

**ESTUDIO SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA SANCIÓN PENAL  
DEL CONTRABANDO FRACCIONADO ESTABLECIDO EN LA  
LEY GENERAL DE ADUANAS, CON RELACION AL PRINCIPIO  
CONSTITUCIONAL “NON BIS IN IDEM”**

***¿Cómo violenta la penalidad del contrabando fraccionado el Principio  
Constitucional NON BIS IN IDEM?***

***Magaly Molina Alpízar***

***Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología***

***San José, Costa Rica***

***Setiembre de 2016***

**Resumen**

El objetivo de este estudio ha sido analizar la tipicidad penal del contrabando fraccionado establecido en el artículo 213 de la Ley General de Aduanas a la luz del artículo 42 de la Constitución Política costarricense, a efecto de determinar si las infracciones administrativas del contrabando fraccionado una vez sancionadas pueden llegar a convertirse en un delito penal, sin afectar la garantía del principio procesal **NON BIS IN IDEM**. En forma adicional, el estudio ha buscado identificar y determinar cuáles podrían ser los efectos administrativos y financieros posibles que afecten la Hacienda Pública por la aplicación de esa penalidad.

Este estudio, de tipo descriptivo, de carácter cualitativo, se sustentó en la metodología de análisis bibliográfico y de recolección de opiniones de expertos, efectuando análisis de la revisión bibliográfica, con contenido de naturaleza normativa legal, nacional y de otros países, resoluciones sobre el principio constitucional (contenido en el artículo 42), por parte de la Sala Constitucional, así como un análisis exhaustivo de opiniones y criterios de expertos consultados sobre el tema.

El análisis realizado, identifica una diversidad de opiniones sobre el punto central de la investigación, ya que si bien, varios de los criterios extraídos del análisis bibliográfico, así como de las consultas dirigidas a los expertos, expresan que la

conurrencia de sanciones administrativas en el contrabando fraccionado, parecen coincidir en que la participación del mismo sujeto, hecho y fundamento, en la presentación de una acusación penal podrían rozar groseramente con el Derecho Constitucional de que una persona no puede ser sancionada doblemente por los mismos hechos, también se obtuvieron criterios, de que al amparo del artículo 231 de la Ley General de Aduanas y al artículo 216 del Código Penal, sería posible elevar la causa penal del infractor, sin incurrir en un acto inconstitucional. Estas divergencias en los criterios y opiniones emitidos, aunado al hecho de que hasta este momento, no se ha aplicado la nueva normativa, y por lo tanto no existen aún, casos elevados ante la Sala Constitucional, por amparo ante la penalización del contrabando fraccionado, impiden tener una conceptualización clara sobre la existencia o no de un posible roce constitucional, entre el artículo 213 de la ley aduanera y el Principio Constitucional.

El estudio si permitió identificar una serie de acciones y medidas necesarias, recomendadas por los

expertos consultados, primero para poder ejecutar lo estipulado en el artículo 213 de la LGA, en aspectos técnicos, administrativos y financieros, y segundo, una serie de recomendaciones generales a aplicar por parte de las autoridades nacionales, para tratar de reducir el flagelo del contrabando, las cuales se presentan en las secciones respectivas.

**Palabras Clave:** Contrabando Fraccionado, Evasión, Delito Penal, Inconstitucionalidad, Doble Penalización

#### **Abstract**

The objective of this study is to analyse the typical penalty of fractional smuggling established in the article 213 of the General Law of Customs in light of the article 42 of the Costa Rican Political Constitution, to determinate if the sanctioned administrative infractions of fractional smuggling can develop into criminal offence, without affecting the guarantee of the procedural principle **NON BIS IN IDEM**. In addition, the objective is to identify and determine which could be the administrative effects that

could affect public finances for the application of that penalty.

This study, of descriptive and qualitative nature, has been supported in the methodology of bibliographical analysis and the collection of relevant expert opinion, through the analysis in bibliography of the nature of legal norms, national and international, resolutions of the constitutional principle (article 42) by the Constitutional Chamber, as well as an exhaustive analysis of opinions and criteria of experts in the field.

This analysis identifies a wide range of opinions in the focal point of the investigation, since many of the criteria extracted from the bibliographical analysis and from experts' opinions allude that the concurrence of administrative sanctions of fractional smuggling have to do with the participation of the same subject, fact and baseless in the presentation of the penal accusation could clash with the Constitutional Right in the sense that a persona cannot be sanctioned twice for the same facts. Also, criteria had been collected that

implies that the amparo of the article 231 of the General Law of Customs and the article 216 of the Penal Code, could elevate the penal cause of the transgressor without incurring in an unconstitutional act. These divergences in the criteria and opinion emitted, with the fact that it hasn't been applied a new normative, hence there's no cases brought to the Constitutional Chamber, prevent a clear conceptualization of the existence of a possible unconstitutional norm, between the article 213 of the customs law and the Constitutional Principle.

However, the study permitted a series of actions and necessary measures recommended by experts, first to execute what was set forth above in the article 213 in the General Law of Customs, in technical aspects, financial and administrative, and second, a series of general recommendations for the national authorities to implement, and try to reduce the scourge of smuggling, which are indeed present in the respective sections.

**Keywords:** Fractional Smuggling, Evasion, Criminal Offence, Unconstitutionality, Double Penalty

## **Introducción**

El contrabando en América Latina es un viejo problema arrastrado desde épocas coloniales, el cual se configura cuando una persona física o jurídica ingresa o extrae del país diferentes tipos de mercadería obviando los controles aduaneros a efecto de no pagar los respectivos impuestos. El contrabando en nuestro país es un delito aduanero que está tipificado no solo en la Ley General de Aduanas (LGA), artículos del 211 al 213, sino también en el Código Penal, artículo 216, fundamentado en el ius puniendi del Estado que es la prevalencia de orden penal por la omisión por parte del contribuyente o sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera.

La recaudación de impuestos es sumamente importante para el Estado ya que le permite satisfacer sus fines en beneficio del interés público, aumentando la disponibilidad de recursos necesarios para programas de bienestar social o creación de infraestructura.

El delito del contrabando afecta en forma directa a la hacienda pública,

al comercio lícito y se convierte en un atentado contra la salud pública, debido a la limitación de los controles estatales, ya que todos los días ingresan por nuestras costas y fronteras, grandes cantidades de mercaderías, medicamentos y otros productos en forma clandestina, en niveles difíciles de calcular y menos de controlar.

Las ganancias para las personas y grupos que se dedican a este comercio ilícito son tan altas, que el poder y la riqueza generada ha sido un incentivo para acumular fortunas, control territorial y de manera creciente, poder político.

Existen diferentes modalidades y acciones para realizar el contrabando, que generan una serie de acciones gubernamentales, legales y operativas, para tratar de ejercer un mayor control sobre sus acciones y reducir el impacto negativo que ocasiona, sin embargo este estudio se centra en el impacto trascendental que implica el cambio fundamental de la ley aduanera para tipificar como delito penal al contrabando fraccionado, denominado también contrabando

hormiga , el cual consiste en el ingreso de mercaderías camuflados o escondidos en valijas de equipaje, en vehículos, incluso adheridos al cuerpo de las personas, en cantidades no llamativas por su volumen, pero cuya periodicidad y frecuencia de ingreso, significan grandes cantidades de recurso económico que no ingresa a las arcas fiscales.

Debido a las graves consecuencias que conlleva el delito de contrabando, para el Estado, por recibir menos recursos por impuestos, por la instauración de un estado de competencia desleal que desestimula la inversión, por la afectación a la salud pública por el incremento de riesgos sanitarios debido a la introducción de mercaderías sin control y supervisión, y el asocio o complicidad de estas organizaciones con otras involucradas con tráfico de drogas, tráfico de personas y armas, este pretende endurecer la penalización vigente para tratar de reducir los niveles existentes. Estos cambios relacionados con el contrabando, incluyen la sanción en forma

específica al contrabando fraccionado.

Estos cambios en la sanción del contrabando fraccionado pretenden lograr su desestimulo a través de la penalización del mismo, convirtiendo su reiteración en delito, lo que antes de la modificación a la ley se sancionaba como infracciones individualizadas

Las principales reformas que impulsó la ley incluyen la reducción del umbral para los delitos de defraudación aduanera, al pasar de \$50.000 a \$5.000 (para ser considerado delito) en períodos anuales, a la vez que establecen sanciones de tres a cinco años de cárcel, acción penal que había sido desechada con las reformas del año 2012.

Al tipificar el Código Aduanero al contrabando fraccionado con penalidad, lo está considerando en forma similar al delito continuado “ artículo 77 del Código Penal”, estableciendo un mecanismo que suma las infracciones administrativas sobre ese tipo de contrabando cometidas por una persona, a lo largo de 12 meses.

Este accionar sin embargo, implica que esas Infracciones deben pasar por un debido proceso e imponer una sanción al infractor, ya que no solo se debe cometer la infracción administrativa, sino que debe ser sancionada como tal. Este proceso descrito en el artículo 231 de la LGA implica la aplicación de sanciones administrativas, independientemente de sanciones aplicables a las tipificadas por delito penal en este mismo sentido, sin embargo podría existir con esta acción un doble castigo al infractor por acciones similares o concurrentes.

Debido al concepto descrito, ha sido de interés el analizar si existe contraposición entre los artículos modificados en la ley de Aduanas para sancionar penalmente el contrabando fraccionado y el principio de NON BIS IN IDEM, estipulado en el artículo 42 de la Constitución Política, referente a la doble penalización o doble castigo por un mismo hecho, ya que de presentarse esa situación, ese acto inconstitucional haría inviable la aplicación de pena carcelaria por el delito de contrabando fraccionado.

## **Revisión bibliográfica**

Las finanzas públicas de cualquier país se sustentan en un ingreso fiscal sano y constante, que genere recursos para gastos propios, de asistencia, y para desarrollo infraestructural. Cualquier afectación a este proceso incide significativamente en el buen manejo de las finanzas públicas y planes de desarrollo de la Nación. Es así, que dentro del mayor déficit fiscal vivido en la historia nacional, la afectación generada por el ingreso masivo de productos en forma ilícita o contrabando, ha afectado en forma importante el ingreso de recursos a las arcas del erario público, unido a la problemática asociada que acarrea este tipo de delito.

Información suministrada por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) evidencia que al año se generan US\$250.000 millones de ganancias en el mundo, producto del tráfico ilegal de mercaderías. La Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) 2015, indicó en el reportaje Comercio Ilícito y Defraudación Aduanera en Centroamérica, que las cifras del

contrabando en Centroamérica para períodos anuales, según cálculos realizados para Guatemala en 2013 y 2014 y tomados como referencia para el resto de países centroamericanos podrían ubicarse entre el 3,4% y 4% de cada PIB nacional.

Datos suministrados por la Fundación Friedrich Ebert Stiftung en el taller denominado “Hacia una Reforma Fiscal Para el Desarrollo y la Reactivación” (2013), indican que el gobierno de la república deja de percibir por año al menos la suma de cien millones de dólares en impuestos por ingreso de productos en forma clandestina.

Según información brindada por la Policía de Control Fiscal del Ministerio de Hacienda, la Consultora Euromonitor y el Sector Empresarial afectado, el comercio ilegal genera pérdidas por muchos millones de dólares, por productos como los cigarrillos, licores, medicamentos, ropa y zapatos y los artículos para la belleza, (El Financiero, 2014).

Otro aspecto de gran relevancia lo constituye la asociación del contrabando con otras organizaciones del crimen

organizado, que incluye lavado de dinero, evasión impositiva, fraude al consumidor, lo cual afecta seriamente la seguridad ciudadana, según expresa en el mismo artículo, la directora de relaciones corporativas de Florida Ice and Farm (FITCO), Gisela Sánchez.

Ante la creciente expansión del tráfico ilícito de mercancías en el país, y ante la fuerte presión ejercida por el Ministerio de Hacienda, apoyado por diversas cámaras empresariales, agrupados por la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado (UCCAEP), la Asamblea Legislativa sanciona la ley 9328, que presenta cambios sustanciales a la Ley Aduanera, con el fin de incrementar controles y aumentar sanciones, al introducir la tipificación como delito del contrabando fraccionado. (Diario Oficial La Gaceta, octubre del 2015.)

Estos cambios se orientan a subsanar modificaciones introducidas en la ley aduanera en el 2012, las cuales trataban de producir mejoras en el control de grandes evasiones por contrabando, pero que al restarle importancia al

contrabando de pequeñas cantidades, generaron una sensación de permisividad, lo que incrementó de manera progresiva los niveles de este tipo de contrabando, afectando el ingreso fiscal. El cambio de tipificación de los delitos con la nueva ley endurece las sanciones, incluyendo castigo penal por contrabando fraccionado, pretendiendo así imponer mano dura con el objetivo fundamental de combatir el contrabando y sus efectos.

La aplicación de la penalidad para el contrabando fraccionado se sustenta la Ley General de Aduana (LGA), *“Artículo 231. “... la aplicación de las sanciones se hará conforme a las leyes vigentes en la época de su comisión. Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulga una nueva ley, aquel se regirá por la que sea más favorable al infractor, en el caso particular que se juzgue. La aplicación de las sanciones administrativas estipuladas en la presente ley es independiente de las sanciones penales cuando el hecho también constituya un delito penal...”*

Es claro que los cambios de la ley se orientan a endurecer las sanciones contra el contrabando en general y para este caso específico de investigación, contra el denominado contrabando fraccionado, sin embargo la viabilidad de la aplicación del artículo que pena con cárcel este tipo de contrabando, genera una serie de dudas e interrogantes, ante lo estipulado en el artículo 42 de la Constitución Política, expuesto en una serie de sentencias de la Sala Constitucional.

Es así que en Sentencia 7925-10 y en Sentencia 7952-11, la Sala manifiesta que el principio *“...non bis in ídem en su acepción general constituye una prohibición a la doble persecución judicial por un mismo hecho a una misma persona, es tutelado en el artículo 42 de la Constitución Política, y la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha aceptado que es también de aplicación en sede administrativa, lo que implica la imposibilidad de sancionar doblemente, aún en sede disciplinaria, una misma infracción o hecho cometido por la misma persona.*

La Sala ratifica también el concepto y la aplicabilidad del Principio Non Bis In Ídem, en acciones generadas en sede administrativa, al expresar *“... lo cierto es que su aplicación también es obligatoria en sede administrativa, de ahí que la Administración se encuentra imposibilitada para sancionar doblemente, aun en sede disciplinaria, una misma infracción o hecho cometido por la misma persona. (Sentencia 15457-10, Sala Constitucional).*

Enfatiza la Sala el alcance del mismo Principio en su Sentencia 18359-09 al recalcar que *“...ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por un mismo hecho, es decir, se proscribe la posibilidad que autoridades de un mismo orden y, a través de distintos procedimientos, sancionen más de una vez la misma conducta.”.*

Por último, entre otras, puede citarse la Sentencia 13820-14, la cual enfatiza *“... la cuestión esencial en este asunto, involucra la raíz misma de la potestad represiva del Estado, que debe atenerse a las limitaciones derivadas de principios como la seguridad jurídica, la*

*razonabilidad y la proporcionalidad, ... sin embargo, el principio constitucional de seguridad jurídica, reconoce que el ius puniendi del Estado no es ilimitado, por este motivo da lugar a cuestionamientos de constitucionalidad, como cuando se derogan normas que convierten el ius puniendi en una potestad que puede ejercitarse ilimitadamente. Por ello, en tanto la norma impugnada implicó la derogatoria de una regla que limitaba el ius puniendi, expresado en el poder de persecución, se contraviene el principio de seguridad jurídica y el de limitación a la potestad represiva del Estado, lesionándose, por esta razón, el derecho de la Constitución...”.*

Lo expresado por la Sala Constitucional aclara que el ius puniendi del Estado no debe violentar el Principio Procesal **NON BIS IN IDEM**, cuando se está en presencia de la Triple Identidad. Ese principio constitucional indica que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez siempre que estén presentes los tres presupuestos: persona – hecho

– fundamento . La igualdad de fundamento es la lesión del mismo bien jurídico o interés legítimamente protegido, siendo la clave que define el sentido del principio: **no cabe la sanción a un mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo delito o en el mismo bien protegido por el Estado.**

Según Lizarraga (2010), la vertiente procesal de este principio significa que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, esto es que un mismo hecho no podrá ser objeto de dos procesos distintos, esto con el fin de impedir la dualidad de procedimientos, (uno de orden administrativo y otro de orden penal) y el Estado está en la obligación de garantizar y respetar este derecho fundamental.

La LGA con la reforma a los artículos 213, 231, podrían entrar en confrontación con la Constitución Política, lo que la haría no solo inviable, sino también inconstitucional con respecto a la aplicación de pena carcelaria en el tipo de delito de contrabando fraccionado.

Otros aspectos relacionados con la viabilidad de la aplicabilidad de los cambios de la Ley General de Aduanas, adicionales a los de roce de constitucionalidad, y que si bien no son el objetivo fundamental de este estudio, si pueden generar consecuencias sobre su aplicabilidad, se relacionan con la ausencia de asignación de recursos para los cambios e instrumentación necesarios para la aplicación de la ley, así como en las consecuencias que generaría su aplicación en el campo de hacinamiento carcelario, cuyos efectos serían totalmente inversos a las políticas impulsadas por las autoridades gubernamentales para lograr el descongestionamiento de las cárceles nacionales.

Es de destacar la similitud de las reformas de la ley aduanera con la aprobación de nuevas leyes sin los recursos presupuestarios necesarios para su ejecución, como ocurre con las leyes del nuevo Código Procesal Laboral, el de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, el nuevo Código Procesal Civil, entre otras, de las cuales la presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Zarela

Villanueva, expresa en un reportaje realizado por el periódico La Nación, 2016, que *“... es una irresponsabilidad el adquirir compromisos y no cumplirlos, por lo que el gobierno debe incluir en el presupuesto de la Corte del 2017, al menos unos C24.000 millones más para poder iniciar la implementación de esos cambios a la legislación...”*.

En otro sentido, la aplicación de las reformas a la Ley General de Aduanas, implicaría no solo un costo presupuestario adicional al propio Ministerio de Hacienda, en nuevo equipo necesario, personal y recursos informáticos, sino que la misma podría ocasionar un serio aumento en el hacinamiento de las cárceles en el país, al ingresar una gran cantidad de acusados por el delito penal de contrabando fraccionado, efecto contrario a las nuevas políticas gubernamentales.

Sobre el problema de condenas penales por delitos menores, José Manuel Arroyo, magistrado de la Sala III, expresa en el Periódico La Nación, 2016, en referencias a los cambios aprobados por el Congreso en la Ley de Protección de Víctimas

y Testigos del 2009, *“...la intención era disminuir la ola de criminalidad que se había convertido en el problema principal de la ciudadanía...Sin embargo, los legisladores no midieron el efecto secundario de las normas: las cárceles empezaron a llenarse de forma exponencial por delitos menores como el hurto...”*.

Sobre el hacinamiento carcelario, el cual sería agravado sustancialmente con la aplicación de los cambios de la ley aduanera, este conlleva no solo una afectación directa a los derechos de las personas privadas de libertad, sino que el costo asociado a su permanencia se dispara a sumas considerables en momentos de gran restricción presupuestaria por la crisis fiscal, como lo afirma Reynaldo Villalobos, director de Adaptación Social al presentar cifras sobre el costo de las etapas de reclusión *“...mantener a un reo en una cárcel cuesta casi C883 mil al mes...”* (La Nación, 2016).

## **Metodología de la Investigación**

### ***Tipo de estudio***

La investigación se desarrolló principalmente a través de una

metodología de análisis bibliográfico de tipo descriptivo de carácter cualitativo, la naturaleza de esta investigación corresponde a un diseño no experimental ya que se realiza sin manipular variables, se sustenta en revisión bibliográfica, tanto de naturaleza normativa legal, como de opiniones y criterios presentados por expertos del tema en diversos medios de difusión.

Al respecto, Sampieri, Fernández, Baptista (2010) indican que la investigación cualitativa se enfoca a comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto. En un estudio no experimental no se construye ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes (en este caso en análisis bibliográfico), no provocadas intencionalmente por el investigador.

### **Procedimiento**

La investigación realizada corresponde al tipo analítico descriptivo, ya que se ocupa de la descripción de hechos y situaciones a partir de un criterio o modelo

teórico definido previamente. Se realiza un estudio que permite poner de manifiesto los conocimientos teóricos y metodológicos del autor para darle solución al problema a través de información obtenida con los instrumentos seleccionados, en este caso concreto se sustenta en análisis bibliográfico, normativo y de opinión, para poder determinar la existencia o no de un conflicto entre normativas vigentes. La temporalidad del presente estudio es transaccional, ya que comprendió un periodo de corto tiempo

### **Sujetos y fuentes de la investigación**

Según Barrantes (2011), los sujetos de investigación son garantes del material consultado, que con fundamento y propiedad validan los datos encontrados en las fuentes consultadas.

En el análisis documental realizado, con relación a los delitos aduaneros encontramos los siguientes sujetos de Acción a saber:

- a. Sujeto Pasivo: es la persona física o jurídica obligado al pago del tributo en su

condición de contribuyente o responsable

- b. Sujeto activo: es el Estado representado por la Dirección General de Aduanas y agraviado por el delito de contrabando fraccionado.
- c. Marco jurídico. Conceptualización del Debido Proceso y constitucionalidad.

Acorde a la normativa establecida el *bien jurídico protegido* que ampara la acción contra los delitos de contrabando fraccionado, es la efectiva y eficiente recaudación del tributo.

#### ***Instrumentos:***

Para realizar este estudio sobre el efecto de penalizar como delito al contrabando fraccionado y su relación con el artículo 42 de la Constitución Política, se analizó el siguiente marco normativo:

- Constitución Política de la República de Costa Rica
- Ley 6227. Ley General de la Administración Pública
- Ley 4573. Código Penal de la República de Costa Rica
- Ley 9328. Ley para mejorar

la lucha contra el Contrabando

- Ley 7557 Ley General de Aduanas.
- Jurisprudencia de la Sala Constitucional

#### ***Diversas opiniones escritas de expertos sobre el tema***

- Criterios de jurisprudencia sobre el tema (análisis bibliográfico).
- Artículos referentes al tema, en derecho comparado.
- Consultas directas a expertos seleccionados, con entrevista dirigida
- Periódicos nacionales. Noticias referentes al tema de contrabando, su impacto sobre las finanzas públicas y hacinamiento carcelario..
- Información electrónica

#### ***Resultados***

##### ***De la revisión bibliográfica:***

- 1- Reconocimiento del impacto del contrabando fraccionado en las finanzas públicas y la necesidad de ejercer un mayor control.

- 2- Aplicación del artículo 231 de la Ley General de Aduanas, que señala la posible penalización del delito de contrabando fraccionado. *La aplicación de las sanciones administrativas estipuladas en la presente ley es independiente de las sanciones penales cuando el hecho también constituya un delito penal.*
- 3- Reforma al artículo 213 de la ley General de Aduanas, penalizando el delito de “contrabando fraccionado”.
- 4- Criterios de diversos autores, sobre la posibilidad de que la aplicación de castigo penal para el hecho de contrabando fraccionado, roce con el principio constitucional “**NON BIS IN IDEM**”.

### **De los señalamientos de las sentencias de la Sala Constitucional:**

En una serie de sentencias, la Sala define claramente la prohibición de la doble penalización, sustentado en el Principio de “**NON BIS IN IDEM**”, por el cual no puede haber

doble castigo por un mismo hecho, si este es realizado por una misma persona. En las justificaciones de sus pronunciamientos, los señores jueces aclaran que esta aplicación también procede en sede administrativa, al enfatizar que:

- Se proscribire la posibilidad que autoridades de un mismo orden y, a través de distintos procedimientos, sancionen más de una vez la misma conducta.
- Reconoce que el ius puniendi del Estado no es ilimitado “... *la cuestión esencial en este asunto, involucra la raíz misma de la potestad represiva del Estado, que debe atenerse a las limitaciones derivadas de principios como la seguridad jurídica, la razonabilidad y la proporcionalidad.*

Lo expresado por la Sala Constitucional aclara que el ius puniendi del Estado no debe violentar el Principio Procesal **NON BIS IN IDEM**, cuando se está en presencia de la Triple Identidad. Ese Principio Constitucional indica que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez siempre que estén presentes los tres presupuestos: persona – hecho – fundamento.

No se ha presentado hasta el momento a la Sala, ningún caso sobre roce constitucional sobre este tema.

### **Del Derecho Comparado**

El tema de la posible confrontación de doble sanción, administrativa y penal, con el principio del “**NON BIS IN IDEM**”, se manifiesta en una serie de legislaciones, cuyos cambios de leyes con fines punitivos, han ocasionado una serie de presentaciones por actos inconstitucionales ante la jurisdicción correspondiente.

Según concluye el jurista peruano Lizarraga (2010), refiriéndose a la penalización de contrabando fraccionado, la vertiente procesal de este principio significa que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, esto es que un mismo hecho no podrá ser objeto de dos procesos distintos, esto con el fin de impedir la dualidad de procedimientos, (uno de orden administrativo y otro de orden penal) y el Estado está en la obligación de garantizar y respetar este derecho fundamental, ante las decisiones de índole constitucional.

Reforzando el concepto, la doctora Torrado, enfatiza en la intención de los parlamentarios de diversos países, al establecer este principio en su Constitución en defender al administrado de una doble punición o de un doble proceso, citando el artículo 45.3 de la Constitución Española y su limitación al poder de ius puniendi del Estado.

### **De los cuestionarios dirigidos**

#### **Implicaciones de la aplicación del artículo 213:**

##### ***Administrativas - Aduanas***

*Necesidad de más personal y mejores equipos.*

*Creación de unidades especializadas*

*Creación del expediente electrónico individualizado.*

*Registro y seguimiento de infractores.*

*Mejorar la infraestructura.*

*Aumento de la saturación de casos, Aduanas y Ministerio Público*

*Aumento del hacinamiento carcelario.*

*Necesidad de incrementar personal en Ministerio Público*

*Programas de capacitación.*

##### ***Fiscales***

*Incremento del gasto público.*

*Construcción de más infraestructura carcelaria.*

*Afectación déficit fiscal.*

*Inversión en infraestructura aduanera y equipos sofisticados.*

### **Requerimientos para la implementación del artículo 213**

*Modernizar equipos electrónicos*

*Disponibilidad de equipos especializados*

*Infraestructura adecuada*

*Mayor enlaces de coordinación con Ministerio Público.*

*Mejorar beneficios laborales.*

*Mayor control sobre la corrupción.*

### **Principio “NON BIS IN IDEM” vs artículo 213 de la Ley de Aduanas**

Este constituye el punto o concepto en que existe discrepancia en las opiniones de los expertos, ya que se presentan diversas opiniones y de criterios sobre la posibilidad o no de presentarse un roce constitucional por la aplicación del artículo 213 de la Ley General de Aduanas.

Es claro que todos convergen en la idea de sancionar duramente el contrabando fraccionado, no solo

por su impacto en las finanzas públicas, sino también por la afectación económica que ocasiona a los comerciantes y empresarios que si actúan conforme a la ley.

Para el funcionario de aduanas, la tipificación del contrabando fraccionado como delito, se relaciona con lo regulado para el “delito continuado”, según el artículo 77 del Código Penal, lo que sustenta y hace viable al artículo 213 de la Ley General de Aduanas. Considera que no se violenta el artículo 42 de la Constitución, si se maneja como delito continuado, con todos sus presupuestos y no roce con el concurso de delitos.

Por su parte, el criterio de la jueza del tribunal aduanero, está en contraposición con el anterior, ya que presenta la posibilidad que pueda existir roce entre la determinación del contrabando fraccionado y el artículo 42 de la Constitución Política, debido a que para proceder a la acusación penal contra una persona por contrabando fraccionado, es necesario determinar y castigar administrativamente (decomiso y multa) cada infracción cometida por la persona, por lo que en el

momento de sobrepasar los \$5000 estipulados en la ley y enviarla a la jurisdicción penal, las acciones por las que se remite ya han sido castigadas, lo que podría afectar el principio constitucional señalado en el artículo 42, de que ninguna persona pueda ser castigada dos veces por la misma situación.

La experta constitucionalista, considera que si existe roce entre el artículo 213 y el Principio Constitucional analizado, y lo sustenta en el establecimiento de los tres requisitos fundamentales para la configuración del **NON BIS IN IDEM** Igualdad de Sujeto, Igualdad de Hecho e Igualdad de Fundamento, situaciones que podrían estar presentes en la conceptualización del “contrabando fraccionado”.

El contrabando fraccionado puede ser considerado una modalidad típica del Delito Continuado, porque a pesar de que los actos que se repiten sean delitos o faltas, la sanción a la naturaleza de las infracciones administrativas tiene la misma naturaleza jurídica, dado que ambos son muestras del *ius Puniendi* del Estado y de la fuerza represiva que tiene para sancionar

acontecimientos antijurídicos, diferenciándolos solo cuestiones cuantitativas. Para este caso, considera que las infracciones tributarias y los delitos tributarios tienen el mismo bien jurídico protegido, el orden económico y la funcionabilidad patrimonial de la administración pública, por lo que parece no aplicar el concepto de que las diversas acciones que conforman el contrabando fraccionado conlleven a sustentar un nuevo delito, por lo que considera se podría estar violentando el principio de **NON BIS IN IDEM**, establecido en la Constitución Política.

Por último, para el fiscal nacional, existen fuertes dudas sobre la determinación del roce entre la norma y el principio. Expresa que si bien es cierto que al instaurarse la norma, parece ser se le quiso dar un matiz de “delito continuado”, el hecho de que sea necesario castigar administrativamente cada infracción, antes de conformar el expediente individual anual acumulado, es muy probable que en los primeros casos en que se determine la necesidad de iniciar un proceso de índole penal, existiendo sanciones previas, tal situación sea

recurrida ante la Sala Constitucional, la cual será la que determine si existe inconstitucionalidad en la aplicación de la norma.

### ***Discusión***

Los intentos realizados por las sociedades para controlar el contrabando, nacen desde el inicio del acto ilícito, una vez regulado en las legislaciones propias de cada país. Son fácilmente comprobables los intentos y esfuerzos que realiza cada administración para tratar de reducir los niveles de ingreso y salida de mercancías de contrabando, principalmente buscando incrementar sus ingresos fiscales, pretendiendo cobrar en mejor forma y a mayores niveles de productos, los tributos correspondientes por ley.

También son conocidos los intentos por incrementar el número y capacidad de las autoridades encargadas del control y vigilancia en los principales puestos de acceso del mercado internacional, así como la lucha constante de los entes responsables en pro de conseguir más recursos y equipos sofisticados que faciliten disminuir al menos, los niveles de ingreso de

mercadería ilícita al país. Todo lo anterior con logros parciales, pero sin éxito real, ante las grandes cantidades de dinero e influencias que representa el tráfico ilícito de mercaderías en todo el mundo.

Hemos sido testigos en los últimos años de cambios importantes en la legislación, algunas veces para endurecer los castigos a los infractores, otras veces reduciendo los mismos, creando incentivos para reducir la evasión y creando mayores controles que reduzcan la posibilidad de infringir la ley.

Los últimos cambios del marco legal, para penalizar con cárcel a los infractores de la modalidad denominada “contrabando fraccionado” es otro esfuerzo de la administración para ejercer mayores controles sobre este tipo de delito.

Sin embargo, las aplicaciones sancionatorias de índole administrativa sobre estas acciones, previo a la aplicación de la normativa para sancionar las mismas o a su reiteración, con sanciones de tipo penal (al considerar existencia de delito), pueden contraponer dicha normativa con el Principio Constitucional del **“NON BIS IN**

**IDEM**”, al considerarse que el infractor está sufriendo doble sanción o castigo, por sus hechos realizados fuera de la normativa establecida.

Es de importancia resaltar que si bien, existe gran cantidad de jurisprudencia de la Sala Constitucional, sobre la necesidad de NO afectar los derechos de cualquier ciudadano sustentados en el principio mencionado, a la hora de sancionar infracciones o delitos, es claro también que hasta el momento no existe ningún voto o resolución referente a acciones de inconstitucionalidad, por aplicación de sanciones en algún caso relacionado en forma directa al “contrabando fraccionado” y a la posible doble penalización, situación que en el momento en que se presente permitiría conocer los razonamientos y justificaciones de los señores magistrados para este tema específico. Esta situación tiene su justificación en la inaplicabilidad hasta el momento, por parte de las autoridades aduanales y penales, del nuevo marco legal establecido, ya sea por falta de recursos financieros, humanos y electrónicos, o por la incertidumbre manifiesta

sobre la posible inconstitucionalidad del mismo.

Debido a esa ausencia de resoluciones directas sobre el tema, es que se refuerza la obtención de información para análisis, con la consulta de opinión dirigida a algunos expertos en el tema, en las áreas de legislación aduanera, derecho penal e incluso opiniones propias de jurisconsultos en el área de inconstitucionalidad.

Debe resaltarse, que a pesar de que las consultas están dirigidas a expertos conocedores del tema, sus opiniones presentan grandes divergencias entre sí, al referirse al aspecto central de la investigación, la existencia o no de roce de índole constitucional, entre la nueva norma y el artículo 42 de la Constitución Política.

Con el análisis de las respuestas de los expertos, se puede aseverar que hasta el momento, no existe un criterio claro y definitorio sobre la presencia de un acto relacionado con el contrabando fraccionado que roce con el principio constitucional analizado.

Es de destacar, que el artículo 213 de la Ley General, no ha sido implementado hasta el momento, por lo que habrá que esperar para

conocer los criterios, tanto de la administración aduanera, como de la Sala Constitucional, para poder determinar la existencia o no de ese roce constitucional.

### ***Conclusiones y recomendaciones***

Queda claro que con los resultados obtenidos con el análisis realizado de la información seleccionada, no es posible emitir con certeza un criterio definitivo sobre la existencia de la posibilidad de encontrarnos ante un acto de inconstitucionalidad, ocasionado por la aplicación de los nuevos cambios de la ley aduanera, referentes al contrabando fraccionado.

Es evidente también, que el tema en análisis solo podrá ser esclarecido con certeza, en el momento en que se presenten y resuelvan posibles acciones de inconstitucionalidad, ante la Sala, por acciones presentadas por afectados por la aplicación de la nueva normativa.

### **Conclusiones**

1- Una primera conclusión del análisis realizado, determina el nivel de dificultad que implicaría el cumplir con el artículo 213, o sea **aplicar condena penal** por incurrir

en el delito de “contrabando fraccionado”. El primer argumento se sustenta en el hecho de su consecuencia con relación al hacinamiento carcelario, tan criticado y combatido, tanto en el país, como a nivel internacional, en momentos en que no se dispone de nueva infraestructura carcelaria que ayude a mitigar el problema, ni con los recursos necesarios para resolver ese déficit, incrementando así, el consabido incumplimiento de los compromisos adquiridos por el país sobre derechos humanos. Es importante señalar dentro de la problemática de la aplicabilidad de la normativa el alto costo, que conlleva ese tipo de procesos y su ejecución para el erario público, en momentos de gran crisis fiscal, aunado a la duda que crea el proceder de la Administración, con su discurso de doble moral al pretender castigar con dureza este tipo de acción (incluso con posible doble penalización), mientras que ella misma reconoce los grandes niveles de evasión y defraudación fiscal existente sin control y sanción, que realizan grandes empresas, personas que ejercen profesiones liberales e incluso comercios

recolectores de impuestos, como el de ventas.

2- Una segunda conclusión está orientada en señalar lo difícil de la implementación de la normativa, debido a las trabas, recargo de acciones y altas cantidades de recursos (humanos, equipo y financieros) que implica proceder con su aplicación. El poder proceder con esta, requiere de nuevos equipos y programas informáticos, nueva infraestructura aduanera, programas de capacitación nuevos, integración de equipos de trabajo especializados y un muy sólido programa de fortalecimiento de los conceptos de ética y lucha contra la corrupción, en tiempos de gran escasez de recursos presupuestarios.

3- La información recabada permite concluir que va a requerirse de decisiones y pronunciamientos, que emita la Sala Constitucional para poder determinar el nivel de roce existente entre el principio constitucional de **“NON BIS IN IDEM”** y la aplicabilidad del artículo 213 de la Ley General de Aduanas, en respuesta a casos que se presenten por solicitud de pena

carcelaria, como sanción al delito de “contrabando fraccionado”.

4- Ante la complejidad de la lucha contra el contrabando, es necesaria la aplicación de una serie de acciones y medidas (sugeridas por los expertos), tanto de aduanas, como del gobierno central, para mejorar la eficacia de los procedimientos y la obtención de resultados. Estas acciones y medidas se señalan en el apartado de recomendaciones.

### **Recomendaciones**

#### **Para tratar de implementar el artículo 213 de la Ley General de Aduanas.**

Es necesario reforzar significativamente los equipos humanos y tecnológicos del Sistema Aduanero, incluyendo la formación de equipos especializados en el manejo de contrabando fraccionado.

La lucha por mejorar el control del contrabando debe enfocarse en tres áreas específicas:

- Recurso humano.
- Recurso tecnológico.
- Coordinación interinstitucional

## **Recurso Humano:**

Sobre este tema los enfoques pueden ir orientados en gestionar diversas acciones para mejorar el accionar y la cobertura del personal responsable, sobre todo en aspectos como:

**-Probidad.** Debe trabajarse arduamente en capacitación, reconocimiento y premiación, destacando aspectos como la ética, el cumplimiento de funciones, control de riesgos, motivación, denuncias presentadas por intentos de soborno, divulgación de los éxitos por equipo o a niveles individuales. Crear equipos de control de asuntos internos y de respuesta rápida, con personal nuevo, capacitado y bien remunerado.

**-Beneficios.** Los funcionarios deben contar con mejores salarios y condiciones que dificulten el ingreso de la corrupción ante las dádivas ofrecidas por usuarios o empresas privadas. Al igual que en el Sistema Bancario puede crearse un sistema de incentivos por aumento en el tributo recaudado, niveles de

decomiso, monto y cantidades de defraudaciones evitadas, entre otros.

**-Relación directa entre funcionarios y usuarios.** La relación directa entre usuarios y funcionarios debe ser reducida al mínimo, contando con mejores programas informáticos que tecnifiquen la mayoría de los trámites y permitan el control cruzado de la tramitología por diversas instancias.

## **Recurso Tecnológico**

En este tema el enfoque debe concentrarse en dos aspectos fundamentales:

**-Programas y equipos informáticos de alto nivel.** Deben crearse programas informáticos con alta prioridad orientados a registrar toda la tramitología sobre el ingreso de las mercaderías por vías normales, como las aduanas o por casilleros, con información cruzada con el país de procedencia, catálogos computarizados del valor de mercaderías de ingreso frecuente, que reduzca el papel subjetivo de los funcionarios y permitan detectar anomalías o

irregularidades en el momento de aplicar controles cruzados o auditorías sobre acciones o procedimientos. También se pueden modernizar los equipos de detección utilizados en las aduanas para ser más precisos y sofisticados y que registren y envíen la información a equipos especiales, que no tengan relación con el usuario acarreador o destinatario.

**-Equipos modernos para detección.** El Servicio Aduanero y de control fiscal debe contar con equipos o servicios más modernos para la detección y detención del contrabando que se realiza por áreas no oficiales en sitios de difícil acceso y prevención. Esta actividad ilícita provoca millones de dólares en pérdidas al fisco anualmente, por lo que una inversión en equipo sofisticado de control, como radares de amplia cobertura, GPS, programas geográficos computarizados sobre cuadrícula de las fronteras, contratación del servicio de fotografía aérea o satelital, podría redundar a mediano o largo plazo en un alto beneficio para la hacienda pública.

## **Mejoras en la Coordinación Interinstitucional**

La coordinación entre la institucionalidad con funciones relacionadas al control y la seguridad es uno de los problemas al que debe brindarse solución para mejorar no solo la lucha contra el contrabando, sino también contra el tráfico de drogas, armas, trata de personas y en esta época, el creciente flujo de inmigrantes ilegales.

Existen en la actualidad diversos cuerpos de seguridad que tratan de controlar o reducir estos flagelos de la humanidad, pero con poca o nula coordinación entre ellos, a pesar de que muchas de las rutas, mecanismos y técnicas utilizadas por los diversos tipos de infractores son las mismas o similares. Una mayor coordinación entre ellas e incluso la conformación de equipos conjuntos facilitaría el intercambio de información estratégica y lograría más impacto de los operativos de intervención. Además los operativos conjuntos e integrados dificultarían aún más la introducción de los mecanismos de corrupción en los cuerpos responsables. En forma adicional,

debe mejorarse la coordinación con organismos e instituciones internacionales, ya que la información que puedan brindar los cuerpos de seguridad de otros países, debe aprovecharse para reforzar los sistemas de seguridad del país, y no usarse en controles y programas en forma aislada.

### **Sobre la determinación de inconstitucionalidad del artículo 213**

En la actualidad aún no se ha implementado el artículo 213, por lo que va a ser necesario esperar a que se ejecuten las primeras sanciones sobre el contrabando fraccionado y se presenten los primeros recursos ante la Sala Constitucional y sean resueltos por la misma, para poder determinar si existe roce entre la norma y el artículo constitucional.

### **Referencias**

- Abarca Mora S (2005) Metodología cualitativa: Más allá de la Investigación Académica. Primera Edición. EUNED. San José. Costa Rica
- Asamblea Legislativa (1949). Constitución Política de la República de Costa Rica, 28 Ed. San José, C.R. Editec, 2010.
- Asamblea Legislativa (1971) Ley 4573. Código Penal de la República de Costa Rica,. 27 Ed. San José, C.R. IJSA, 2015.
- Asamblea Legislativa (2015). Ley 9328. Ley para mejorar la lucha contra el Contrabando, No 9382. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=80523&nValor3=102217&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=80523&nValor3=102217&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa (1979) Ley 6227. Ley General de la Administración Pública, 23 Ed. San José. IJSA, 2010.
- Asamblea Legislativa (1995). Ley 7557 Ley General de Aduanas. Recuperado de <http://www.hacienda.go.cr/docs/51c9baa1b805f>
- Asociación de Investigación y Estudios Sociales (Asies) 2015. Reportaje Comercio ilícito y defraudación aduanera en Centroamérica
- Barrantes Echeverría, Rodrigo (2011) Investigación: Un camino al Conocimiento, Un Enfoque Cualitativo y Cuantitativo.

Editorial EUNED, San José, Costa Rica.

- Chaves Katherine. (17 julio del 2016). Tres de cada diez presos sin condena están menos de un mes en cárcel. Reynaldo Villalobos. Director de Adaptación Social. Periódico La Nación. (pag. 16A)

- Hernández, R.; Fernández, C. y Batista, P. (2010). Metodología de la investigación. (5 Ed.). México, D. F.: McGraw-Hill Interamericana.

- Lizarraga. Víctor (2010). Fundamento del “Non Bis Idem” en la potestad Sancionadora de la Administración Pública. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120908\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120908_02.pdf)

- Llobet – Francisco, expresidente de la Cámara de Comercio de Costa Rica, entrevista Efe. Recuperado de <http://www.efe.com/efe/america/economia/informalidad-y-contrabando-los-principales-desafios-del-comercio-en-costarica/20000011-2859331>.

- Mata Esteban (16 de julio del 2016). Presupuesto del Poder Judicial para el 2017. Zarela

Villanueva, Presidenta de la Corte . Periódico La Nación. (pag. 8 A)

- Mata Esteban (17 de julio del 2016). Hay una Injusticia que se debe corregir. José Manuel Arroyo, Magistrado de la Sala III. Periódico La Nación. (pag. 10 A)

- Mora Henry (2013). Hacia una Reforma fiscal para el desarrollo y la Reactivación del Empleo, Grupo de trabajo sobre reforma fiscal Fundación Friedrich Ebert Stiftung, [http://www.fesamericacentral.org/files/fes-america-central/actividades/costa\\_rica/Actividades\\_cr/131203%20reforma%20fiscal/HACIA%20UNA%20REFORMA%20FISCAL%20dic%202013.pdf](http://www.fesamericacentral.org/files/fes-america-central/actividades/costa_rica/Actividades_cr/131203%20reforma%20fiscal/HACIA%20UNA%20REFORMA%20FISCAL%20dic%202013.pdf)

- Presidencia de la República de Costa Rica (2015), Aprueba Reforma Fiscal sobre Ley Contra el Contrabando. Recuperado de <http://presidencia.go.cr/prensa/comunicados/aprobado-primer-proyecto-de-reforma-fiscal-ley-contra-el-contrabando/>

- Ramírez- Torrado M. (2010), Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. “El criterio de interpretación del principio **NON BIS IN IDEM** previsto en el artículo 45.3 de la Constitución española.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto

No. 13820-2014, Recuperado, <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Principios%20Constitucionales/NON%20BIS%20IN%20IDEM.htm>

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No.15457-2010, Recuperado, <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Principios%20Constitucionales/NON%20BIS%20IN%20IDEM.htm> (Recuperado 15 de julio 2016)

- Sampieri R, Fernández C, Baptista M. (2010) Metodología de

la Investigación, McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V, México.

- Vindas Quirós. Leticia (10 de noviembre del 2013). El contrabando es el mayor reto de las tabacaleras, Periódico El Financiero. Recuperado de [http://www.elfinancierocr.com/negocios/contrabando-ilegalidad-control\\_fiscal\\_0\\_497950221.html](http://www.elfinancierocr.com/negocios/contrabando-ilegalidad-control_fiscal_0_497950221.html)