

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**UN ENFOQUE UTILITARISTA BENTHAMITA
DE TEMAS TRIBUTARIOS ADUANEROS
EN POLÍTICA JURISDICCIONAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL**

AUTOR

CÉSAR AUGUSTO TERRONES LINARES

ASESOR

VICENTE ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

Junio, 2020

RESUMEN

¿Cómo resuelven los jueces? ¿Por qué eligen una interpretación en vez de otra? ¿Cuál es la razón por la que, al decir de los especialistas, prevalece la interpretación literal? Éstas son preguntas insondables. Para abordarlas, hemos recurrido a la visión unitaria que proporciona la filosofía, aplicándola a casos cualitativamente significativos. Analizamos la decisión judicial en tanto opción favorecida en desmedro de otras, a la luz del utilitarismo benthamita. Entonces, emerge la presencia del juez como parte del proceso (en contraposición a la idealizada imagen neutral). Y si la normatividad no considera este fenómeno como elemento de política jurisdiccional, el ciudadano ve afectado su derecho material (aunque se cumplan los principios formales del proceso).

Para mis hijos,
Andrea Sarai y César Augusto



«La muerte de Artemio Cruz»

“Sí, sí, sí. Qué bueno que nuestros ideales coinciden con nuestros intereses, ¿verdad que sí?”

Carlos Fuentes

«Tratados de legislación civil y penal»

“La felicidad pública es el objeto de legislador, cuya ciencia consiste en conocer el bien del pueblo y hallar los medios de realizarlo, debiendo seguirse al efecto la invariable regla de la *utilidad general*, que es el principio del raciocinio en la legislación.”

Jeremy Bentham

«Destino y carácter»

“Si se conociera, por un lado, el carácter de un hombre, es decir, su manera de reaccionar en todos los detalles y, por otro, los acontecimientos del mundo en los sectores en que ese carácter se adentrara, podría decirse con exactitud tanto a lo que ese carácter le sucedería como las cosas que haría. Es decir, se conocería su destino.”

Walter Benjamín

«Predicción y profecía de las ciencias sociales»

“Y esta observación nos brinda la oportunidad para formular *la tarea principal de las ciencias sociales teóricas. Consiste en discernir las repercusiones sociales inesperadas de las acciones humanas intencionales.*”

Karl Popper

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	IX
PARTE PRIMERA	
Utilitarismo benthamita como elemento de política pública	
Capítulo 1	2
Utilitarismo benthamita	
1.1 Breve contexto personal, histórico e intelectual	2
1.2 Definición del utilitarismo	5
1.3 Reinterpretando el utilitarismo benthamita	10
1.3.1 Felicidad individual	10
1.3.2 El utilitarismo benthamita no es una filosofía moral	12
1.3.3 Del placer individual a la felicidad común: ¿Una contradicción insoluble?	13
1.3.4 Gobernantes y legisladores como destinatarios del principio de utilidad	16
1.3.5 Gobernantes y legisladores como individuos (sujetos al principio fáctico de utilidad)	16
1.3.6 Funcionarios y servidores públicos como individuos (sujetos al principio fáctico de utilidad)	17
1.3.7 El juez como individuo (sujeto al principio fáctico de utilidad)	18
1.3.8 La felicidad pública como fuente de legitimación política	19
1.3.9 Comunidad o pueblo (en tanto individualidad)	20
1.3.10 Comunidad o pueblo (en tanto mayoría y minorías)	21
1.3.11 Pero ... ¿cuál es la felicidad de la comunidad o del pueblo?	22
1.3.12 Valores en constante construcción	22
1.3.13 Consecuencialismo	23

1.3.14	Política pública y metodología utilitarista	26
1.3.15	Raciocinio	28
Capítulo 2		32
Nuestra refutación a las críticas contra el utilitarismo benthamita		
2.1	¿Desprecio por los derechos individuales?	33
2.1.1	Crítica de Mill	33
2.1.2	Crítica de Sandel	34
2.1.3	Refutación a la crítica de Mill y Sandel: Derecho de las minorías cuando el derecho es de todos	35
2.2	¿Cuestión de mayoría (sin justificación racional)?	37
2.2.1	Crítica de Dworkin	37
2.2.2	Refutación a la crítica de Dworkin	39
2.3	Declaración de los derechos [del hombre y del ciudadano]	42
2.3.1	Utilitarismo del acto y utilitarismo de la regla	43
2.3.2	¿Por qué el utilitarismo no podría establecer derechos individuales?	43
2.3.3	Relación contradictoria: declaración de derechos y legislación	44
2.3.4	Declaración de derechos del hombre, ¿solo para hombres?	45
2.3.5	El utilitarismo benthamita acepta derechos individuales beneficiosos: tiempo y circunstancias	45
2.3.6	¿Para el utilitarismo benthamita los derechos son imprescriptibles?	46
2.3.7	¿Qué es entonces lo que repudia el utilitarismo benthamita? Imprecisión y vaguedad que conduce al absurdo	47
2.3.8	Errores de Bentham	48
2.3.9	La unidad de medida	50
2.3.10	Conclusiones	52
2.4	Indisoluble y tensa relación entre política y políticas públicas	53
2.4.1	Despenalización de la homosexualidad (Inglaterra, siglo XVIII)	53
2.4.2	Voto femenino (Inglaterra, primer cuarto del siglo XIX)	55

PARTE SEGUNDA

Utilitarismo benthamita aplicado a temas tributarios aduaneros en política jurisdiccional

Capítulo 3	65
Legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria Aduanera	
3.1 Un caso aduanero judicializado por SUNAT	65
Importación de mercancía restringida (a pesar de informe SUNAT a favor del agente de aduana)	
3.2 Cuestionamiento utilitarista: ¿Por qué?	67
3.3 Auto-tutela administrativa: ¿Cuál es su fundamento desde la perspectiva de los privados?	68
§ Legitimidad social	
3.4 Procedimiento contencioso tributario: ¿Procedimiento lineal o trilateral?	74
3.5 Cuestionamientos (errados) a la legitimidad para obrar activa de SUNAT	79
3.5.1 Tribunal Fiscal como superior jerárquico de SUNAT	79
3.5.2 Concepto de nulidad	80
3.5.3 Titular de la situación jurídica amenazada o vulnerada	82
3.5.3.1 Óptica del ciudadano	82
3.5.3.2 Óptica del Poder Judicial (Titular de la situación jurídica amenazada o vulnerada)	84
3.6 Excepcionalidad: acción de lesividad e interés público	86
3.6.1 Excepcionalidad en acción de lesividad	86
3.6.2 Excepcionalidad en interés público	89
3.6.3 Las resoluciones de observancia obligatoria del Tribunal Fiscal	90
3.7 Funcionarios y entidades públicas	93
3.7.1 Funcionarios de SUNAT	93
3.7.2 Tribunal Fiscal	93
3.7.3 Procuradores públicos	100
3.7.4 Jueces	100
3.8 Constitucionalidad (acercándonos al problema)	101
3.9 Dos paradojas benthamitas	103
3.10 Alternativas de solución	105
Capítulo 4	109
Contra-cautela (caución)	
4.1 Un caso aduanero judicializado	109
Multa por asignación incorrecta de código (mediando informe SUNAT a favor del agente de aduana demandante)	
4.2 Cuestionamiento utilitarista	111
4.3 Cautelar tributaria	111

4.3.1	Naturaleza jurídica	111
4.3.2	Requisitos clásicos: verosimilitud del derecho y peligro en la demora	113
4.3.3	Características y crítica civilista	113
4.4	Crítica utilitarista	116
4.4.1	Contracautela y requisitos clásicos de la medida cautelar	117
4.4.2	Tercer requisito de la medida cautelar: razonabilidad	119
4.4.3	Prejuzgamiento	122
4.4.4	¿A quién solicitar la medida cautelar?	122
4.5	Nuestra propuesta	122

Capítulo 5 124

Preferencia del Poder Judicial peruano por la interpretación literal

5.1	Casos aduaneros judicializados	125
5.1.1	Los hechos expuestos a manera de ejemplo	126
5.1.2	Argumentos de la Administración Tributaria Aduanera	128
5.1.3	Clamor de justicia	129
5.2	Las alturas de la fórmula Radbruch y el pedestre Derecho tributario aduanero	130
	§ ¿Caso justo, insoportablemente injusto o tolerablemente injusto?	
5.3	Otras lecturas positivistas acerca de la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana	134
5.3.1	Responsabilidad solidaria como obligación tributaria aduanera	134
5.3.2	Responsabilidad solidaria en consideración al contrato de mandato	136
5.3.3	Disposición y normas	137
5.4	Explicación de la preeminencia de la interpretación literal	138
5.4.1	Explicación legal	138
5.4.1.1	Delito de prevaricato e interpretación literal	138
5.4.1.2	Plan CERIAJUS	139
5.4.1.3	Código Tributario y métodos usuales de interpretación	141
5.4.2	Explicación cultural (valores tergiversados de la Revolución francesa)	142
5.4.3	Explicación utilitarista benthamita	144
5.5	Facultad interpretativa del Congreso de la República e independencia judicial	148

CONCLUSIONES

XXVI

ANEXOS

XXXVIII

- Anexo del capítulo 3
- Anexo del capítulo 4
- Anexo del capítulo 5
- Anexo de solicitud de estadística:
 - Al Tribunal Fiscal
 - Al Poder Judicial

BIBLIOGRAFÍA

LXXVI



INTRODUCCIÓN

Hace veinticinco años, aproximadamente, para la obtención del título de abogado, estudiamos la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana en materia tributaria. En aquella oportunidad desarrollamos una argumentación jurídica basada en el concepto causa jurídica, aplicado a las obligaciones tributarias derivadas de la Ley General de Aduanas de 1992. A nivel normativo, proponíamos que la responsabilidad solidaria (establecida en la ley, sin excepción alguna) sea entendida con otros artículos del mismo texto legal a fin de interpretar razonablemente dicha responsabilidad (derrotabilidad, aunque nunca utilizamos este principio).

Sin embargo, en sede administrativa y a lo largo de todas las instancias del Poder Judicial, prevalecía la interpretación literal de la responsabilidad solidaria, circunscrita a un solo artículo de la ley, sin excepciones. El resultado fue, además de las situaciones plenamente justificadas, el cobro absurdo de tributos y multas que correspondían a terceros, sobre cuyo incumplimiento el agente de aduana no tenía el menor control. Decenas de empresas quebraron y

cientos de puestos de trabajo se perdieron debido a tales excesos. Ese era el destino inminente de los agentes de aduana que todavía operaban.

Así sucedió hasta que el Congreso del año 2000 publicó una ley de precisiónⁱ. En ella no había un mandato para que el juez resolviera de una manera determinada. Sencillamente establecía que la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana (contenido en ese artículo único, sin excepción, sobre el que giraba toda la fundamentación judicial) debía entenderse, de manera conjunta, con otras disposiciones del mismo texto legal. Y, en efecto, la interpretación judicial varió a un sentido razonable.

¿Qué había acontecido? La ley de precisión solo había establecido que la interpretación debe surgir de dos artículos del mismo texto legal. ¿El Poder Judicial no podía hilvanarlos por sí mismo? ¿Era necesaria una ley que le hiciera recordar su deber; esto es, administrar justicia (y no, simplemente, aplicar aisladamente tal o cual artículo del texto legal)?

Un cuarto de siglo después, estas interrogantes terminaron sintetizándose en la gran incógnita del sistema judicial: cómo resuelven los jueces. Ciertamente es una pregunta inconmensurable. Cualquier intento de abismarse a ella está condenada al fracaso, a menos que, antepuesta una teoría (para el presente trabajo, la filosofía utilitarista) reconozcamos las limitaciones de ésta. En efecto, por mayor que fuere su aspiración totalizadora, la realidad organizada solo será

ⁱ En el capítulo 5 hacemos un detallado análisis del sustento jurídico de esta ley. Por ahora, deseamos adelantarnos a la suspicacia que puede generar cualquier ley de interpretación auténtica, y todavía, más, una dictada durante el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori. Solo a manera indiciaria, baste decir que muy probablemente esta ley fue la única que tuvo como abanderados, al mismo tiempo, a los congresistas Martha Chávez Cossío y Fernando Olivera Vega, dos políticos enconados, pronto a la caza de cualquier sospecha de interés subrepticio en el otro. Adicionalmente, de manera paradójica, contó la mencionada ley de precisión contó con el respaldo de SUNAT (que, es, precisamente, acreedor tributario).

una vista parcial y modificada de la realidad caótica. Finalmente, solo podemos ofrecer fórmulas de aproximación mediante ensayo – error.

Para lograr tal fin, el presente trabajo aborda tres temas tributarios aduaneros vinculados a la esfera judicial:

- Legitimidad de obrar activa de SUNAT
- Contra-cautela (dentro del proceso cautelar)
- Preferencia de los jueces por la interpretación literal (donde utilizamos el tema de la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana junto a otro caso tributario actual).

Tres temas que, tratados individualmente, pueden dar pie a igual cantidad de exhaustivas tesis, cada una arribando a sus propias conclusiones, sin conexión entre sí. Empero, observados en conjunto, a través de la mirada unificadora que proporciona la filosofía (en este caso, la utilitarista), desnudan un problema transversal; esto es, un sub sistema judicial que vulnera el derecho de los ciudadanosⁱⁱ; y exponen, de manera descarnada, que en un litigio hay tres partes: el demandante, el demandado y el propio juez.

Asimismo, proponemos soluciones (específicamente, alternativas) basadas en el utilitarismo, alguna de las cuales pueden parecer paradójicas, y hasta contradictorias, en comparación con el tratamiento aislado y tradicional de dichos temas.

§ Un enfoque utilitarista benthamita

ⁱⁱ A lo largo de la tesis utilizamos de manera indistinta las expresiones «ciudadano», «particular», «privado». También utilizamos como sinónimos SUNAT y Administración Tributaria Aduanera.

La filosofía utilitarista, que para este propósito utilizamos como eje central, tiene varias vertientes. Destacan, entre otras, la de John Stuart Mill y Peter Singer. Nosotros hemos elegido la de su fundador, Jeremy Bentham (1748-1832).

En el mismo pensamiento benthamita confluyen varias líneas teóricas. Tomadas literalmente, algunas de ellas han quedado largamente desfasadas. Sin embargo, entendidas de manera principista, constituyen los fundamentos de sus actuales seguidores. Por ejemplo, el sector que prioriza su línea cuantitativa no tiene la menor intención de rescatar la indefendible tabla de resortes de acción (clasificación jerarquizada de motivaciones, sentimientos, valores). Empero, como dice H.L.A. Hart, Bentham es el “experto en el coste beneficio a gran escala” (Dinwiddy, 1995: p.144). De ahí que el título del presente trabajo se refiera a “un enfoque” como reconocimiento que pueden existir otros.

Básicamente, el utilitarismo benthamita tiene tres premisas (plasmadas, de alguna manera, en nuestra página epígrafe):

- Todos hacen lo que les produce más felicidad (o rehúyen aquello que les causa más dolor).

Ya sea que sopesen pros y contras o que se actúe sin reflexión, las personas toman decisiones en función a lo que consideran o sienten su mayor beneficio o menor perjuicio.

Si Bentham tiene razón, entonces eso incluye a los jueces, inclusive cuando ejercen autoridad. Al respecto, se ha escrito mucho sobre el realismo jurídico enfocado en la rama constitucional. ¿Cómo influyen las preferencias morales, políticas, religiosas de los jueces en los casos que resuelven? Empero, qué sucede en un área tan técnica

como el Derecho tributario aduanero (donde, ciertamente, poco importan las preferencias morales, políticas y religiosas que acabamos de mencionar).

- Gobernantes y legisladores deben buscar la felicidad pública, de todos o la mayoría (desde el punto de visto utilitarista, esto es lo bueno).
- Las decisiones se evalúan en función a las consecuencias que generan para la felicidad pública o mayoritaria (desde el punto de vista utilitarista, esto será lo correcto o incorrecto).

En políticas públicas, hoy por hoy, tratar de pronosticar las consecuencias es una verdad de Perogrullo (mas no así cuando lo planteó Bentham). Obviamente, el contenido de una ley indica qué comportamiento se desea incentivar o evitar. El consecuencialismo va más allá y se pregunta por el efecto indirecto, habitualmente fuera de cálculo.

La relación felicidad personal y consecuencialismo social (esto es, el efecto que genera la acción individual –guiada por el placer– sobre la sociedad), puede ser la parte más incómoda del utilitarismo benthamita, principalmente, por su fuerte impronta psicológica.

No es de extrañar, entonces, que más de uno trate de eludirlo amparándose únicamente en las estadísticas: lo que no se puede medir no se puede preverⁱⁱⁱ. Al otro extremo se encuentran los que corren el riesgo de extraviarse en afiebradas fantasías. Entre ambas posiciones, surge la pregunta:

ⁱⁱⁱ El pronóstico es parte del consecuencialismo (Singer, 2004: p.326), tanto como el placer es axioma para el utilitarismo. La conciliación de ambos puede realizarse a través de la configuración de un modelo (a sabiendas que dicho modelo solo es tal y no supe a la realidad, por lo que tendría que ser ajustado o descartado según los hechos lo refuten).

¿corresponde al Derecho escudriñar los efectos indirectos (de lo personal a lo social) de las disposiciones legales que se proponen?

Piénsese en los irreprochables ciudadanos norteamericanos que en 1920 promovieron la ley seca. ¿La habrían impulsado si se les hubiera advertido que, con ello, unos ladronzuelos de mercado frutal llegarían acumular tal capital que crearían la mayor organización criminal en la historia de su país? En todo caso: ¿En qué tipo de estadística se sustentaría una advertencia de esta naturaleza? El benthamismo tiene elementos para anticipar situaciones así, para lo cual debe construirse un modelo^{iv} basado en que las personas actúan en función a su propia felicidad (sin tener que resucitar la impracticable tabla de resorte de acción benthamita).

Admitimos que el utilitarismo es una filosofía no exenta de crítica. Se le acusó de hedonismo instintivo; de incapaz de diferenciar el placer primario de otros más elevados; de contradictorio, pues no ha logrado conciliar cómo quien actúa para su propia felicidad puede trascender a la búsqueda del bienestar común; así como su desprecio a los derechos humanos dado que en el favorecimiento a la mayoría podría sacrificarse a la minoría; y, por supuesto, su consecuencialismo maquiavélico.

No enfrentar estas críticas dejaría nuestro análisis y propuestas con una base endeble. Por ello, toda la primera parte del trabajo está dedicada al utilitarismo como filosofía.

Luego, para aplicar el benthamismo a los temas de la parte segunda requeríamos diseñar un prototipo de juez. La legislación nos ha dado varios modelos personales. Tenemos al buen padre de familia, al buen conductor de

^{iv} Un modelo es una abstracción. Bentham no lo descarta, a menos que solo sirva para esconder la realidad.

vehículo y figuras similares. Por su parte, la doctrina también ha creado los suyos, siendo famoso el excelso, el inalcanzable, el sobrevalorado juez Hércules (pues en la historia de la humanidad solo ha habido una persona con tal nivel de clarividencia sobre hechos, precisión de ley y justa decisión).

El modelo de juez que proponemos es una persona de clase media, que vive de su sueldo mensual, disfruta la imagen profesional que le otorga el cargo y, como cualquier otro trabajador, cuida su empleo (lo cual incluye no ceder al soborno, tara totalmente ausente en nuestro análisis porque responde a otros criterios de solución). Nuestro modelo de juez conoce las líneas generales del Derecho tributario aduanero (sino mucho más que eso), pero mal podría decirse que es un verdadero especialista en la materia (materia que se diversifica y profundiza de manera casi interminable).

Quien haya asistido alguna vez a un informe oral de sala y prestado atención al discurso de los litigantes le será muy fácil comprender que no existe un solo abogado en Perú que domine con solvencia, al mismo tiempo, los intrincados tecnicismos de Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, disposiciones aduaneras sobre origen, valoración, infracciones, etc. Sin embargo, a eso se enfrentan los jueces.

Adicionalmente, su despacho tiene una carga procesal nada despreciable, por lo que debe tratar de optimizar sus tiempos.

Pese a las rápidas pinceladas de este dibujo, no estamos ante un personaje mediocre. El juez conoce y, en algunos casos, hasta domina unos temas más que otros. Cuando se siente seguro, no teme estructurar una argumentación sólida e, inclusive, afrontar una posible denuncia por prevaricato o (qué duda cabe, en sociedades violentas) arriesgar su vida.

¿Por qué es importante retratar a la autoridad judicial? Porque detrás de conceptos como interés público y excepcionalidad (abstracciones suspicaces para Bentham) se hallan funcionarios públicos con nombre, rostro y personalidad concreta, que son los que finalmente lo aplicarán y le darán un contenido; porque ese dibujo nos ayudará a comprender cuáles son sus necesidades y cómo satisfacerlas.

Este retrato del juez, por supuesto, es una abstracción; pero una abstracción que no pretende englobar a todos los jueces y reconoce su limitada pretensión; una abstracción que trata de acercarse a la realidad y no esconderla. Sin lugar a dudas, existen otros modelos, uno, hartamente usado, aunque invisibilizado (por implícito), es el juez Hércules, que supuestamente domina toda su materia (lo que le da libertad de elección, algo que nosotros cuestionamos) y tiene absoluto desinterés personal (mientras que, para nosotros, como lo dijimos arriba, es tan parte del litigio como el demandante y el demandado).

§ **Ámbito de estudio**

Aun así, por qué embarcarnos en un trabajo de investigación que a simple vista supera los esfuerzos solitarios de una tesis de Maestría. Es más, elegir, a la manera tradicional, solo uno de los tres temas (legitimidad, contracautela o interpretación literal) hubiera respondido mejor a la recomendación que suelen contener los manuales de metodología; esto es, circunscribir, lo más ajustado posible, el ámbito de estudio.

Lejos de nosotros cualquier intento de presentar tres trabajos de investigación o profundizar de manera inquisitoria en los conceptos de argumentación jurídica y filosofía del Derecho o en la naturaleza jurídica de las

diversas instituciones de Derecho administrativo, procesal, tributario aduanero que mencionamos, cuyo solo listado, puesto uno seguido de otro, nos resulta abrumador, sino intimidante.

Más bien, hemos partido de las construcciones ya existentes. Simplemente las hemos descrito. No las cuestionamos, no ahondamos en ellas. Lo que verdaderamente nos moviliza es ver cómo se transforman cuando las autoridades las aplican. Y el instrumento elegido para esa observación es la óptica que proporciona el utilitarismo. Así visto, el presente trabajo también ha circunscrito su objeto de estudio, si bien, no de la manera tradicional.^v

Por ejemplo, respecto a la medida cautelar, describimos las diversas corrientes jurídicas que la explican. Empero, nos preocupa cómo reaccionan en manos del juez (partiendo de la premisa que, como todos, ellos también se guían por su propia felicidad personal) y proponemos una alternativa a la luz del utilitarismo.

En el fondo, lo que presentamos es una teoría. Por ende, hemos tenido cuidado de señalar cómo puede ser refutada fácticamente. Por nuestra parte, hemos solicitado al Tribunal Fiscal y al Poder Judicial algunas estadísticas que pueden ayudar a su contrastación. Tampoco desdeñamos otros enfoques filosóficos, los cuales, por supuesto, pueden arrojar resultados distintos.

Además, reconociendo en la Administración Tributaria Aduanera a un actor político de indudable fuerza (sino, el de mayor fuerza en este sector), casi

^v Nuestra tesis para la obtención del grado profesional fue la típica investigación que se centra en el mínimo de conceptos jurídicos a fin de profundizar en su naturaleza. Pero entre la teoría resultante y la realidad judicial no hubo la menor comunicación, hasta que una ley interpretativa intervino. Veinticinco años después vuelvo abordar el tema (en el capítulo 5 de la presente tesis), pero esta vez desde una óptica no tradicional con la finalidad de encontrar una explicación de lo sucedido entonces y que, en preocupante continuidad, se repite en un caso actual de materia distinta.

no sugerimos modificaciones normativas, sino, más bien, proponemos vías alternas.

Siguiendo con el ejemplo de la medida cautelar, el Código Tributario dispone que la contracautela se constituye por el sesenta (60%) del monto amparado. Esto parece beneficioso para el ciudadano. Bajo el utilitarismo, lo consideramos perjudicial y que más favorable sería (para él y la sociedad) que la constituyera por el cien por ciento (100%). Parece paradójico. La explicación de encuentra en el capítulo 4.

Nuestra hipótesis mayor es que, aplicando los principios del utilitarismo benthamita al proceso contencioso administrativo, con especialidad en derecho tributario aduanero, esta parte del sistema judicial peruano, a pesar de cumplir con todos los principios formales de justicia, muestra que su diseño no termina de proteger el derecho de los ciudadanos (ello en razón que no se ha considerado que el juez es una persona que, como todos, también privilegia su felicidad).

Por supuesto, abordar los tres temas en conjunto no fue el plan original.

§ Capítulo 3: Legitimidad para obrar activa de SUNAT

En efecto, también nosotros empezamos bajo la benigna recomendación de los manuales de tesis. Al inicio, solo nos interesaba el primero de los temas, referido a la facultad de SUNAT para impugnar judicialmente las resoluciones del Tribunal Fiscal.

SUNAT, durante el procedimiento de reclamación, resuelve contra la pretensión del ciudadano. Éste, impugna. El expediente administrativo se eleva al Tribunal Fiscal, que revoca la apelada. El particular cree terminada la

controversia, pues la Administración Tributaria (Tribunal Fiscal) le ha dado la razón sobre los argumentos esgrimidos por la misma Administración Tributaria (SUNAT). Sin embargo, antes de los tres meses, SUNAT interpone demanda contenciosa administrativa contra la resolución del Tribunal Fiscal.

¿SUNAT y Tribunal Fiscal no son Administración Tributaria^{vi}? Pues sí, en efecto, así es. ¿El caso no subió en apelación al Tribunal Fiscal para que éste revise la reclamación que previamente había resuelto SUNAT? Es correcto. Entonces, la Administración Tributaria (porque SUNAT y Tribunal Fiscal son Administración Tributaria), en tanto acreedor tributario, es “juez y parte”, dirige el procedimiento y resuelve en última instancia administrativa., pero si lo hace en favor de la pretensión del particular, ¿la misma Administración Tributaria Aduanera se impugna? ¿Es que acaso toda la etapa administrativa no ha sido más que una pantomima?

No es la primera vez que se cuestiona esta peculiar configuración de la controversia en sede administrativa, que constituye la puerta de entrada al Poder Judicial en materia tributaria aduanera. Otros autores ya lo habían hecho, pero sus razones, aunque unas más sólidas que otras, terminaban mostrando flancos rebatibles. En paralelo, pese a estar en desacuerdo con esa facultad (o, precisamente, por estar en desacuerdo con esa facultad) tratamos de articular la mejor fundamentación posible en favor de la legitimidad de obrar activa de SUNAT. Igualmente, no todas sus líneas resistían con la misma eficacia los embates privados. Como suele suceder, pues, ambas posiciones exhibían

^{vi} El Código Tributario, Libro Segundo, denominado La Administración Tributaria y los administrados, considera al Tribunal Fiscal como parte de su estructura, y el artículo 53^º señala que es órgano de resolución en materia tributaria.

fortalezas y debilidades, y así podíamos continuar hasta perdernos en un ingenioso juego de palabras, sin ningún asidero en la realidad.

Lo importante de los autores que cuestionaban dicha facultad era mostrar que los derechos del ciudadano se veían transgredidos por una configuración de controversia que se parecía mucho a la pantomima. Y nosotros estábamos (aún lo estamos) de acuerdo con ellos.

Sin embargo, nuestra investigación dio un giro inesperado cuando nos preguntamos qué sucedería si se retirara dicha facultad a SUNAT (ya sea por medio legal o constitucional). ¿Realmente era la solución? Ciertamente, resolvería el problema de quienes obtienen una resolución favorable del Tribunal Fiscal, pues no podría ser impugnada judicialmente por SUNAT. En cambio, no ayudaría a quienes injustamente se le desconoció derechos (y en la presente tesis proporcionamos algunos ejemplos notorios). Estos últimos tendrían que continuar la defensa de su pretensión en sede judicial.

Lo anterior nos llevaba a la siguiente pregunta: ¿el Tribunal Fiscal seguiría resolviendo igual que lo hace ahora? Los autores que habían tratado el tema jamás se hicieron esta pregunta. Implícitamente, daban por sentado que no habría variación alguna.

Imaginemos que actualmente el Tribunal Fiscal resuelve, con aciertos y errores, el cincuenta por ciento (50%) de los casos a favor de la pretensión estatal y el otro cincuenta por ciento (50%) a favor de la del ciudadano. Lo hace bajo un procedimiento en el que la parte agraviada (ya sea SUNAT o el privado) impugna judicialmente la resolución. Es claro que un mecanismo así alivia de bastante responsabilidad al órgano resolutor. De ninguna manera decimos que su actuación es irresponsable. Empero, si el Tribunal Fiscal se supiera la última

y definitiva instancia en la pretensión estatal; es decir, que si revoca la resolución de SUNAT el fisco dejará de recibir millones de dólares, sentando precedente para los siguientes casos; ¿seguiría resolviendo sin la presión adicional con que la hace en la actualidad? ¿Su espectro interpretativo no cambiaría? No debería, por supuesto. Sin embargo, la pregunta no es si debería o no, sino si sucedería o no.

Algunas menciones especiales: El Tribunal Fiscal pertenece organizacionalmente al sector del acreedor tributario financiero (Ministerio de Economía y Finanzas). Los vocales del Tribunal Fiscal son ratificados cada tres (3) años por el Ministerio de Economía y Finanzas, aunque, cierto es, bajo un estatuto que incluye a dos decanos de facultad de Derecho. SUNAT es un actor político sumamente fuerte. Y, finalmente, en la actualidad el escrutinio mediático no se centra en el Tribunal Fiscal, sino en los órganos sobre quienes realmente pesa la decisión final^{vii}.

Si la supresión de la legitimidad activa de SUNAT va producir que el Tribunal Fiscal adopte interpretaciones fiscalistas, con lo cual subirían el porcentaje de resoluciones a favor de la pretensión estatal, lo que se propone como una forma de respetar el derecho de los ciudadanos terminaría generando un efecto contraproducente (agravado por el hecho que los fallos del Tribunal Fiscal seguirían subiendo al Poder Judicial con un aurea de independencia y especialidad).

vii En un momento determinado, dependía de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero el informe favorable para que SUNAT interpusiera demanda contencioso administrativo. En el 2004, respecto al caso Minera Barrick, no emitió informe. Más allá de quién tenía la razón, lo importante es que el escándalo mediático fue tal que se eliminó del procedimiento la presencia de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero. SUNAT volvió a recuperar la legitimidad para obrar activa con la polémica disposición que es analizada en la presente tesis.

§ Transición hacia otras áreas del quehacer judicial

Habíamos llegado al punto en que la supuesta propuesta en defensa del derecho de los ciudadanos podía convertirse en un perjuicio no intencionado. Ayudaba a los que tenían una resolución favorable del Tribunal Fiscal, pero podía suceder que estas fueran cada vez menor debido a la adopción de un criterio fiscalista cada vez mayor, con lo cual el sistema terminaba afectándose.

Es decir, la solución podía ser peor que el problema. De ser así, ¿la nueva propuesta sería no hacer nada frente a una situación que se mostraba absurda (Administración Tributaria demandando a la Administración Tributaria, pero sobre quien realmente recaía la impugnación judicial era el ciudadano).

Si, pese al rechazo que genera, había que aceptarlo, lo que correspondía hacer era mirar si el panorama general proveía un contra peso que equilibrara esta situación.

Fue así que nos decidimos a revisar otras áreas del quehacer judicial.

§ Capítulo 4: Contracautela (dentro del proceso cautelar)

Por esos días, dentro de nuestra experiencia profesional^{viii}, un juzgado del contencioso administrativo con sub-especialidad tributario aduanero declaró infundada la solicitud de una medida cautelar. Esto no tendría nada de extraño sino fuera por una peculiaridad muy especial. La solicitud venía respaldada por un informe del propio acreedor (específicamente, la Intendencia Nacional Jurídica Aduanera de SUNAT), admitiendo que en situaciones idénticas no

^{viii} Con excepción del último caso mencionado en esta tesis, sobre exportación de mercancía acogida al Protocolo Modificador Peruano – Colombiano, hemos participado de todos los procedimientos administrativos o judiciales de la sub especialidad contencioso administrativo citados.

procedía aplicar multa al agente de aduana (y, precisamente, era un agente de aduana el demandante y solicitante de la medida cautelar).

Era cierto que el Tribunal Fiscal había resuelto contra la pretensión del agente de aduana (lo cual habla de que dicho órgano ha sido rebasado en lo que tendría que ser su fortaleza: la especialidad). Pero, como el informe de SUNAT había sido publicado después de la notificación de su resolución, el Tribunal Fiscal no lo había visto.

A pesar de dicho informe, cuyos fundamentos de hecho y derecho eran irrefutables, el juzgado consideró que no se había cumplido con el requisito de verosimilitud del derecho. Algo realmente sorprendente. En apelación, la Corte Superior, debido al informe, revocó el auto judicial y dispuso que se declarara fundada la medida cautelar (aunque el tema de fondo; esto es, la verosimilitud de derecho, no fuera realmente analizado, lo cual significa que sin dicho informe no hubiera sido concedida la medida cautelar, importando poco los argumentos fácticos y jurídicos).

¿Qué había sucedido?

Si el juez hubiera concedido la medida cautelar, habría correspondido que el agente de aduana constituyera una contracautela (usualmente, carta fianza bancaria), cuyo monto, por disposición del Código Tributario, debería ascender al sesenta por ciento (60%) del monto por el cual se concede la medida cautelar.

Antes era el cien por ciento (100%). La rebaja suponía un beneficio para el demandante, pues le aliviaba el costo financiero (esto es, lo que se paga al banco en contraprestación) por el cuarenta por ciento (40%), así como le disminuía el colateral que suele exigir el banco en respaldo de la garantía.

Pareciera una medida en favor de los ciudadanos. Sin embargo, se volvió contraproducente.

En efecto, pongámonos en la posición del juez. ¿Cómo se vería él si concede la medida cautelar y al final del proceso SUNAT tenía la razón y, además, el ciudadano o su patrimonio desaparecen sin que haya manera de cobrarle el cuarenta por ciento (40%) restante? Un caso puede ser. Dos tal vez. Pero el tercero ya sería altamente cuestionable para el juez. Por ello, de manera práctica, sencillamente rechaza la solicitud porque, de otra manera, él (su criterio) resultaría el garante de ese cuarenta por ciento (40%), algo a lo cual no está dispuesto a acceder. Por supuesto, si el juez domina la materia, tendrá la seguridad suficiente para adoptar esta decisión. Esta explicación es netamente benthamita

No es el único efecto perjudicial para el derecho del ciudadano, pues, ya que el auto está fundamentado como una sentencia (prejuzgamiento, que es una característica válida de la medida cautelar), y ante la excesiva carga de trabajo de los juzgados, ¿realmente hay probabilidad que los jueces vuelvan hacer un análisis que cambie su primera posición? Es decir, el sistema los obliga a hacer un juicio sumario de un tema altamente técnico, que luego se replicará en la sentencia.

Ahora bien, dado que el Estado peruano es el ente con mayor y sobrado recursos económicos, ¿verdaderamente necesita que se le pague la deuda? ¿No le es suficiente que se encuentra debidamente garantizada? Y siendo así, una vez constituida carta fianza por la totalidad de la deuda, ¿qué sentido tiene que el juez analice la verosimilitud del derecho?

En cambio, el cobro de la deuda podía llevar a la quiebra a la empresa, con pérdida de inversión de dinero y puestos de trabajo, y, sin embargo, años después, ganar la causa. Una victoria pírrica frente al Estado que, teniendo la misión protegerlo, termina destruyéndolo.

Nuevamente nos encontrábamos con que el sistema perjudica los derechos del ciudadano.

§ **Capítulo 5: Preferencia del Poder Judicial por la interpretación literal**

Los capítulos 3 y 4 empiezan con un caso real. La descripción de cada uno ha sido remitida a su respectivo anexo.

Más bien, para este tema hemos recurrido a dos casos reales. Uno tratado en el mismo capítulo y otro remitido a su respectivo anexo. El primero está vinculado a un conjunto de procedimientos administrativos y procesos judiciales llevados a cabo entre 1992 y 2000. No pudiendo rehuir la especialización técnica, hemos preferido explicarlo a través de un modelo abstracto. El segundo caso, en cambio, ha sido remitido al anexo respectivo. Trata una materia distinta anterior, es más reciente y muestra la continua preferencia de los jueces por la interpretación literal.

§ **Perspectiva cualitativa de los casos**

Es cierto que de un caso no se pueden extraer conclusiones generales. Pero los que presentamos a lo largo del trabajo son cualitativamente relevantes, pues desnudan la operatividad del sub sistema judicial peruano.

En todo caso, se ha solicitado al Tribunal Fiscal y Poder Judicial estadística para analizarla, sin respuesta a la fecha.

PARTE PRIMERA

Utilitarismo benthamita como elemento de política pública



CAPÍTULO 1

Utilitarismo benthamita

1.1 Breve contexto personal, histórico e intelectual del fundador

Jeremy Bentham (1748–1832) nació en Londres, en el seno de una familia acomodada. Su inteligencia precoz y educación esmerada (estudió latín desde los tres años) hizo que su padre albergara para él la esperanza próspera del abogado litigante. Pronto se decepcionaría y nunca llegaría a entender por qué su hijo abandonó la práctica legal para dedicarse al análisis y la crítica del sistema que precisamente debió servirle de plataforma a la fama y el dinero.

En efecto, Bentham analizó y criticó la organización y funcionamiento de las instituciones judiciales de su país a través del utilitarismo, pensamiento filosófico que fundó a partir de premisas muy sencillas: las personas actúan guiadas por la felicidad propia; el legislador debe buscar la mayor felicidad de las mayorías; y, a fin de cuentas, el acto se mide en función al resultado. Empero, tras su aparente sencillez, estas premisas traían consigo una revolución democrática y sentaban las bases de las políticas públicas tal como la

conocemos en la actualidad, aunque con una fuerte impronta psicológica, hoy injustamente menospreciada.

¿Puede explicar el utilitarismo bentamita ciertos aspectos de la política jurisdiccional peruana? Eso es lo que trataremos de descubrir en el presente trabajo.

No vamos a detenernos en los orígenes del utilitarismo, que puede retrotraerse hasta el filósofo por quien esta doctrina sería motejada “con el odioso nombre de epicúreo” (Bentham, 2008 [1789]: p.19). Baste mencionar a los pensadores del siglo XVIII, como el francés Helvétius (1984 [1758]: p.123), primero en relacionar los conceptos felicidad, mayoría de personas y legislación; el italiano Beccaria (2015 [1764]: p.17), quien advirtió que las leyes venían siendo emitidas de manera coyuntural, limitándose a buscar el interés de pocos; o el británico Hume (2014 [1751]: p.104, 111), que le imprimió consistencia filosófica al principio de utilidad. En Deontología se da cuenta de Joseph Priestley, divulgador de las ideas de David Hartley (Bentham, 1836: p.260, 256). Finalmente, en sus memorias añadiría a Montesquieu y Barrington (Bentham, 1838-1843: vol. X, p.54).

Para cuando, a los veintiocho años, publicó Fragmento de gobierno, ya tenía claro el principio que regiría sus proyectos políticos. Corría 1776, y pese a que ese año también apareció la obra cumbre de Adam Smith (1723-1790) e Inglaterra perdió las trece colonias americanas, su ensayo no pasó desapercibido. Al contrario, pronto llamó la atención que considerase como axioma filosófico y de política pública, que la mayor felicidad del mayor número es la medida de lo justo e injusto. Pero más todavía, atrajo el interés de los políticos reformistas su cuestionamiento a la teoría del contrato social, que en su

país sostenía el ilustrísimo e inapelable jurista William Blackstone. Aquello fue más que un desplante contra el conservadurismo¹. Era la actitud cuestionadora del filósofo, pero ya no frente a abstracciones, sino respecto a situaciones y normatividades concretas. Y es lo que nosotros también trataremos de hacer de cara a figuras e instituciones habitualmente aceptadas en nuestro país.

Su siguiente obra, *Los principios de la moral y la legislación*, vio la luz junto con el estallido de la Revolución francesa, que tanto lo entusiasmó (y, aunque por un momento lo asustó el desborde popular, la experiencia de la democracia norteamericana terminaría tranquilizándolo). Si en su obra anterior lo moral (lo bueno, correcto) quedaba fijado al beneficio de las mayorías, ahora se adentraba en el mecanismo concreto para lograrlo; esto es, la legislación. A nuestro juicio, este libro bien puede ser considerado uno de los primeros tratados de políticas públicas. En él, se esfuerza por determinar factores objetivos para medir decisiones públicas, sin rehuir aspectos psicológicos, apuntando siempre a las consecuencias de las mismas (si se quiere, el arte de la política).

A partir de ese momento, Bentham empieza aplicar los principios utilitaristas a diversos campos sociales. Así pues, además de filósofo moral, es reconocido como economista, jurista, arquitecto, reformista político, ingeniero social, en una amplia labor no exenta de polémica².

¹ No deja de ser interesante que, en esos mismos días, en Francia, la doctrina del contrato social representaba la línea revolucionaria.

² Karl Marx (2009 [1867]: p.755), en apenas un párrafo, lo llamó “archifilisteo [...] ese oráculo insípidamente pedante, acartonado y charlatanesco del sentido común burgués decimonónico”. Pero ya, de manera un poco más relevante, añade: “El *principio de la utilidad* no es ningún invento de Bentham. Éste se limita a reproducir sin ingenio alguno lo que Helvecio y otros franceses del siglo XVIII habían dicho ingeniosamente”. Ese aparente plagio no parece preocuparle mucho a Isaiah Berlin (2000b: p.199). Acertadamente, señala que en la gran mayoría de doctrinas suele ser fácil encontrar sus fuentes, inclusive en la del mismo Marx. Añade que eso no merma la originalidad y genialidad de pensadores como Bentham. Por lo demás, nuestro autor nunca se atribuyó la invención del principio de utilidad, así como tampoco negó sus precursores (Berlin, 2004: p.41-42). Tal vez la economía no fue su mejor materia de investigación (aunque su estudio de la usura no deja de ser revelador) y a Marx poco podía interesarle el aporte

Entre sus múltiples propuestas, creó el Panóptico (para algunos, modelo de cárcel humanitaria y eficiente; para otros, metáfora del totalitarismo). Sus declaraciones pueden parecer desconcertantes. En *Anarchical Fallacies* llamará a la Declaración de los derechos del hombre de 1791 esa “execrable trash the choicest talents of the French nation have produced”³ (Bentham, 1838-1843: vol. II p.521). Al Reino de España le aconseja liberarse de sus Colonias (mientras Marx impulsaba el colonialismo como paso necesario hacia al comunismo). Y su influencia trascendió continentes. Así, los futuros gobiernos independientes de ultramar (especialmente, Argentina y Colombia) tomarán como referente sus tratados de legislación civil y penal.

Lo último que escribió fue *El libro de las falacias* (1824), obra que desnuda las mil y una argucias que los conservadores esgrimen para impedir el avance de las reformas (argucias a las que él mismo recurrió en algún momento para en dos ideas de vanguardia, postergar una en favor de otra por negociación). A la fecha, su ingente producción intelectual no ha terminado de ser publicada y sistematizada.

1.2 Definición del utilitarismo

El fundador del utilitarismo mira a su alrededor y comprueba que las personas hacen cosas que las hace felices y huyen de aquello que les causa dolor:

- I. La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Sólo ellos nos

benthamita a la teoría analítica del Derecho, que desde su formulación no ha dejado de ser valorada (Chiassoni, 2017). Lo cierto, es que sería mezquino no reconocer la contribución de Bentham a tantas otras áreas del conocimiento humano.

³ Nuestra traducción: basura execrable que los talentos más selectos de la nación francesa han producido.

indican lo que debemos hacer, así como determinan lo que haremos. (Bentham, 2008 [1789]: p.11)

Pero, qué es la felicidad. Aquí carece de sentido recurrir a sistemas filosóficos o ponerse a filosofar. Lo único que hay que hacer es preguntarle a cada persona qué lo hace feliz y eso será la felicidad para él o ella:

“[...]: bien entendido que tomo estas palabras pena y placer en su significación vulgar, sin inventar definiciones arbitrarias para excluir ciertos placeres, ó para negar la existencia de ciertas penas.” (sic) (Bentham, 1821: p.23)

Y, para escándalo de sus contemporáneos (y, tal vez, también de los nuestros), culmina:

“Nada de sutileza, nada de metafísica: no es necesario consultar á Platon, ni á Aristóteles; pena y placer, es lo que todos sienten como tal, el labrador como el principe, el ignorante como el filósofo.” (sic) (Bentham, 1821: p.23)

Esa capacidad de producirnos placer es lo que valoramos en todos los objetos, circunstancias, pensamientos, pero no solo en el efecto presente, sino en su tendencia (esto es, midiendo las consecuencias):

III. Por utilidad se quiere significar aquella propiedad en cualquier objeto⁴ por la que tiende a producir un beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad (todo ello, en el presente caso, equivale a la misma cosa) o (lo que igualmente equivale a lo mismo) a impedir que produzca un daño, dolor, mal o infelicidad a la parte cuyo interés se considera [...]. (Bentham, 2008 [1789]: p.12)

⁴ De un lado, dice que la propiedad utilitaria se encuentra en el objeto. Pero en otro pasaje lo ubica en la percepción del sujeto: “El principio que está aquí en cuestión puede ser tomado por un acto de la mente, un sentimiento, un sentimiento de aprobación, un sentimiento que, cuando se aplica a la acción, aprueba su utilidad como la cualidad de dicha acción por la que debe regirse el grado de aprobación o desaprobación que se le otorga.” (Bentham, 2008 [1789]: p.12).

Si el conocimiento provenía del objeto o más bien era un desarrollo del sujeto constituyó uno de los problemas epistemológico más importantes de la época. Bentham estaba vivamente interesado en el pensamiento de Hume, pero no estamos seguros que haya conocido a Kant. En todo caso, lo central es su asociación a la felicidad.

Esa parte cuyo interés se afecta puede ser individual o comunal (en sus diferentes grados):

“III. [...] si esa parte es la comunidad en general, entonces se trata de la felicidad de la comunidad; si es un individuo particular, entonces de la felicidad de ese individuo.”
(Bentham, 2008 [1789]: p.12)

Y a nivel comunal, existiendo diversos grupos e intereses, lo que se busca es la mayor felicidad del mayor número. Así lo planteó Bentham en su primera publicación, Fragmento sobre el gobierno, utilizando la frase que a partir de entonces estaría asociada a él:

Lo anterior constituye una prueba más del poco método y precisión con que, hasta ahora, se han extraído las consecuencias de este fundamental axioma: *la mayor felicidad del mayor número es la medida de lo justo y de lo injusto*. (Bentham, 1985 [1776]: p.25-26)

Y a este axioma denominó principio de utilidad, haciendo suyo (en el buen sentido del término) la terminología e idea central de Hume y otros filósofos, aplicándolo a realidades concretas, cuya metodología, hoy, en esencia, se mantiene en la elaboración de políticas públicas, pese a que el utilitarismo, como denominación, no goza de buena salud.

En ese sentido, Jeremy Bentham diseñó una amplia gama de propuestas liberales que, si bien pocas llegaron a cuajar en políticas públicas, siempre se fundaron en la premisa de que:

La felicidad pública es el objeto de legislador, cuya ciencia consiste en conocer el bien del pueblo y hallar los medios de realizarlo, debiendo seguirse al efecto la invariable regla de la *utilidad general*, que es el principio del raciocinio en la legislación. (Bentham, 1821: p.21)

Y:

- “1. La tarea del gobierno es promover la felicidad de la sociedad, por medio de castigos y recompensas” (Bentham, 2008 [1789]: p.73)⁵

Si bien es cierto que todos buscamos la felicidad, no siempre logramos obtenerla. Pero eso no es una falla del principio, sino propio de una incorrecta aplicación del mismo:

Se puede obrar mal, dirán algunos, creyendo seguir el principio de utilidad, como sucede al hombre de corto entendimiento y al que se haya agitado por las pasiones; pero no deben atribuirse al principio las faltas que le son contrarias y que solo por él pueden rectificarse, así como si un hombre calcula mal, el defecto es suyo y no de la aritmética. (Bentham, 1839: p.10)

Y, generalmente, esa mala aplicación del utilitarismo se debe al anti-principio de arbitrariedad:

El principio arbitrario ó de simpatía y antipatía no consiste en otra cosa que en la aprobacion ó condenacion que da un hombre á una accion por sentimiento ó instinto, no porque sea conforme ó contraria al bien de la sociedad, sino porque le agrada ó desagrada, porque tal es su persuasion interior sin presentar justificacion alguna de su juicio. (sic) (Bentham, 1839: p.4-5)

Superado el aspecto justificativo de la propuesta (esto es, depurado de cualquier asomo de prejuicio y sustentado en razones que han resistido la refutación), Bentham (2008 [1789]: p.36-37) propone los criterios para medir la felicidad (beneficio) de la decisión a adoptarse:

- Intensidad
- Duración
- Certeza “o incerteza”

⁵ El término castigo tiene una direccionalidad penal. Aun así, esta frase es un buen ejemplo del utilitarismo benthamita como ingeniería social, entendida en el sentido del esfuerzo por influir en el comportamiento de las personas.

- Proximidad o distancia

Y cuando se apunta a estimar su tendencia, añade:

- Fecundidad
- Pureza (“o la posibilidad que tiene de no ser seguida por sensaciones de la clase opuesta”)

Y, finalmente:

- Alcance (“es decir, el número de personas a quienes se extiende, o, en otras palabras, que son afectadas por ella”).

¿Cómo medir estos criterios?⁶

Desde el punto de vista político, efectivamente, cada persona cuenta con un voto en esa preferencia (recordando que para el alcance social se ha hecho una depuración de lo que se considera relevante).

Desde el punto de vista económico, el dinero es un parámetro.

Empero, advierte, sin que haya llegado a desarrollar del todo, el fenómeno de la utilidad marginal decreciente del dinero:

- §5. Axioms applying to Equality, in respect of wealth
 4. The effect of wealth in the production of happiness goes on diminishing, as the quantity by which the wealth of one man exceeds that of another goes on increasing; in other words, the quantity of happiness produced by a particle of wealth (each particle being of the same magnitude) will be less and less at every particle; the second will produce less than the first, the third than the second, and so on.⁷ (Bentham, 1843 [1831]: p.229)

⁶ Davies (2016) nos informa que Bentham no descartó medir la felicidad por el ritmo cardíaco.

⁷ Nuestra traducción:
 El efecto de la riqueza en la producción de la felicidad sigue disminuyendo, a medida que aumenta la cantidad en que la riqueza de un hombre supera a la de otro; en otras palabras, la cantidad de felicidad producida por una partícula de riqueza (cada partícula es de la misma magnitud) será menor en cada partícula; el segundo producirá menos que el primero, el tercero que el segundo, y así sucesivamente.

En todo caso, elabora lo que denomina *Table of the spring of action* (Tabla del resorte de acción) en la que se esfuerza por encontrar motivaciones últimas y cuantificarlas, algo que realmente causa extrañeza (tanta como querer asignar peso a los valores sociales en un juicio de ponderación).

Mayor desarrollo de lo dicho lo encontraremos a continuación, en nuestra interpretación del principio benthamita, la refutación a sus críticos y el análisis a dos temas concretos de la época, de donde podremos deducir los elementos aplicables a cualquier problema público, incluido el jurisdiccional que atañe al presente trabajo.

1.3 Reinterpretando el utilitarismo benthamita

1.3.1 Felicidad individual

Para Bentham, las personas se esfuerzan por obtener máximo placer y mínimo dolor (de ser posible, ausencia total de dolor), sea cual fuere su particular idea de felicidad. Todos; inclusive los jueces, aunque no se refiere específicamente a ellos.

Esta felicidad es netamente individual y cuando dice:

“Nada de sutileza, nada de metafísica: no es necesario consultar á Platon, ni á Aristóteles; pena y placer, es lo que todos sienten como tal, el labrador como el príncipe, el ignorante como el filósofo.” (sic) (Bentham, 1821: p.23)

No se trata de ver en ello el mínimo común denominador de la felicidad para labradores, príncipes, ignorante y filósofos, reduciéndolo a los instintos básicos (alimento, abrigo, sexo). Pueden ser éstos, por supuesto, pero también los más altos placeres, como deleitarse con sinfonías y libros clásicos, seguidos de músicaailable en una fiesta; en fin, todo lo que a cada uno lo haga feliz en

un instante determinado, que para la misma persona puede tener un orden de prelación distinto en otro momento o lugar.

Por ejemplo, Bill Clinton, reconocido como uno de los políticos más inteligentes de EE.UU., organizó cada aspecto de su vida con miras a alcanzar la presidencia de su país. *Ad portas* de la contienda electoral, cruzando el vestíbulo del hotel acompañado de su séquito, advierte la presencia de una mujer en el mostrador y, minutos más tarde, la manda llamar a su habitación para hacerle una proposición que estuvo a punto de echar por tierra sus aspiraciones. Luego, tuvo otros episodios similares, intercalados con momentos políticos de gran sagacidad. Sus biógrafos se siguen preguntando cómo pudo suceder algo así (Hamilton, 2005). Para Bentham, en cambio, no habría nada sorprendente que la misma persona que disfrutaba *Cien años de soledad* y recitaba de memoria los pasajes más complejos de *El sonido y la furia*, fuera capaz, en otras circunstancias, de incurrir en actos particularmente escabrosos, arriesgando su mayor ambición personal. Y es que la felicidad puede ser una línea inalterable de valores, así como una rara combinación de éstos con pasiones bullentes y momentos tranquilos. La realidad muestra que no es tan caótico como parece. Las personas tienden a largos períodos de actuación coherente con fluctuaciones intermitentes.

Este carácter personalísimo de la felicidad no impide que el analista deba prever los efectos de las disposiciones legales sobre el comportamiento de las personas. Esta previsión es parte del consecuencialismo utilitarista. Llevado a nuestro tema, es necesario dibujar un prototipo de juez a fin de evaluar cómo reaccionaría frente a determinadas situaciones (siempre quedando claro que solo es un prototipo, sujeto a variación por la realidad misma).

1.3.2 El utilitarismo benthamita no es una filosofía moral

Bentham puede explicar la naturaleza humana (a través de la búsqueda personal de la felicidad) para anticipar su reacción, pero no dar una guía de buen comportamiento.

Debido a ello, ha sido acusado de total desidia en lo concerniente a establecer pautas que conduzcan a la auto-perfección individual:

La moralidad consta de dos partes. Una de ellas es la autoeducación, el entrenamiento que el mismo ser humano lleva a cabo ejercitándose sobre sus propios afectos y su propia voluntad. En el sistema de Bentham, esa parte está vacía. (Mill, 2013: p.54)⁸

Y este vacío que Mill considera deficiencia de la teoría moral benthamita, en realidad constituye un pensamiento a caballo entre filosofía moral y política pública, algo no visto hasta ese momento.

En Deontología, Bentham pone énfasis en la educación, más con perspectivas de ingeniería social que con fines morales propiamente dicho. Pero es en su Panóptico donde desencadena ese deseo que, sabiéndolo imposible, marca un derrotero político social:

Si se hallára un medio de hacerse dueño de todo lo que puede suceder á un cierto número de hombres, de disponer todo lo que les rodea, de modo que hiciese en ellos la impresión que se quiere producir, de asegurarse de sus acciones, de sus conexiones, y de todas las circunstancias de su vida, de manera que nada pudiera ignorarse, ni contrariar el efecto deseado, no se puede dudar que un instrumento de esa especie sería un instrumento muy enérgico y muy útil que los gobiernos podrían aplicar á diferentes objetos de la mayor importancia. (sic) (Bentham, 1979: p.33)

⁸ Una explicación de esta acusada ausencia puede estar en que Bentham no fue realmente un filósofo moral, sino un filósofo de lo que con el tiempo sería conocido como políticas públicas. Esto es, más le interesa el funcionamiento de los condicionamientos (castigos y recompensas) en las personas. Tampoco puede desconocerse el papel de la educación en los jóvenes como parte de re-ingeniería social.

En conclusión, hemos de admitir que más que una filosofía moral es, en realidad, una filosofía incipiente acerca de políticas públicas.

1.3.3 Del placer individual a la felicidad común: ¿Una contradicción insoluble?

Este tema es transcendental para el utilitarismo y, por ende, para las tesis que se basen en él. Si no superamos la contradicción, carece de sentido recurrir a esta filosofía.

Es legítimo preguntar cómo, dentro de esta doctrina, se soluciona la incompatibilidad del hecho que cada uno busque su propio placer con el deber de actuar de acuerdo al principio ético de la mayor felicidad del mayor número de miembros de la comunidad. No parece existir un puente entre ambos conceptos. Así, se ha acusado de incoherentes a Bentham, Mill, Sidgwick y demás utilitaristas (MacIntyre, 1991: p.227, 228, 235).

Dinwiddy (1995: p.36) intenta salvar el utilitarismo, y aunque hace un buen acercamiento, no termina de resolver la contradicción. De manera tan inteligente, hace notar que lo primero (esto es, que cada uno busque su propia felicidad) es un presupuesto fáctico, mientras que lo segundo (esto es, buscar el bien común) es un principio normativo. Lo primero «es», lo segundo «debe ser». Y añade: “Bentham no pretendió que el segundo enunciado pudiera ser deducido lógicamente del primero” (Dinwiddy, 1995: p.37)⁹.

⁹ Sin embargo, otros autores sí han derivado del presupuesto fáctico (interés individual) el principio normativo (la mayor felicidad del mayor número). Su contemporáneo Adam Smith, por ejemplo, no lo consideraba incompatible: “Ninguno por lo general se propone originariamente promover el interés público, y acaso ni aun conoce cómo lo fomenta cuando no abriga tal propósito” (Smith, 1983 [1776]: T.II, p.191). En efecto, el filósofo escocés lo resolvía desde el punto de vista económico en la famosa frase: “No de la benevolencia del carnicero, del vinatero, del panadero, sino de sus miras al interés propio es de quien esperamos y debemos esperar nuestro alimento” (Smith, [1776]: t.I, p.58).

Al principio, su explicación nos dejó satisfechos. Pero luego, siguiendo el revisionismo propio del utilitarismo, encontramos que no había superado la contradicción. La investigación volvió a empantanarse. Aceptando que buscar el bien común es el principio normativo, no cabe duda que debe ser aplicado por un individuo o conjunto de individuos en el que cada uno busca su propia felicidad. Cómo, entonces, éstos procurarán el bien común. Con ello regresamos al inicio de la contradicción, aparentemente insoluble.

Sin embargo, existe una salida y la proporciona el propio Bentham, reinterpretado.

Se nos ha dicho que:

Si cada individuo es impulsado en realidad por las propias posibilidades de placer y dolor, ¿qué sucede con el altruismo? El pensamiento de Bentham no es del todo coherente sobre este punto. (MacIntyre, 1991: p.227)

Para refutarlo, se nos viene a la mente San Francisco de Asís. Donó todos sus bienes a los pobres. Lo hizo porque había algo dentro de sí que le impelía hacerlo. Rebelarse a esa fuerza no haría más que torturarlo espiritualmente. Su desprendimiento material era su felicidad, aunque todos lo veamos como un sacrificio.

Pasando a campos más cotidianos, varias veces los profesores, de diversos grados, se han quejado de falta de reconocimiento, pero algunos finalizan expresando que mayor es la felicidad de desarrollar su vocación.

Y cuando se trata de lucha social, los primeros sindicalistas suelen ser amedrentados con el fin de advertir a los demás las posibles consecuencias de

En la actualidad, a Samuel B. Harris, filósofo neuro-científico estadounidense, que en el 2010 publicó *The moral landscape*, se le atribuye la misma implicación (fáctico – principio normativo), por lo cual ha sido calificado de utilitarista (Oseguera, 2012: p.57-58), aunque muy distinto al de Bentham y Mill.

seguirlos. ¿Por qué no aceptan el escarmiento? Porque doblegarse (a pesar que ello conlleve tranquilidad y alguna recompensa material) les causaría un dolor mayor que continuar el sacrificio sindical (a veces, arrastrando a sus propias familias).¹⁰

No hablemos ya de actos heroicos por causas independentistas o en defensa de la patria.

Y en política, la lucha por la democracia o por reformas sociales (en Perú, por ejemplo, sería mezquino no reconocer las persecuciones sufridas por Víctor Raúl Haya de la Torre y los apristas de la primera hornada) o sencillamente, valorar una vez más a Franklin D. Roosevelt o Nelson Mandela, gobernantes que claramente utilizaron el poder en beneficio de la sociedad en conjunto.

Todos ellos tienen en común ser personas que hallan la felicidad en su entrega a la comunidad o, visto de otra manera, para ellos sería inaceptable la opción aislacionista (así viniera acompañada de tranquilidad y beneficios materiales). Es decir, su felicidad individual (elemento fáctico) se halla vinculado a la búsqueda del bien común (elemento normativo).

Esta es una nueva manera de entender lo dicho por Bentham. No había que andar con especulaciones filosóficas. Sencillamente hay que preguntarle a cada persona qué lo hace feliz en ese momento y lugar. Algunos responderán

¹⁰ De los múltiples ejemplos, tomamos uno. A mediados de los cuarenta del siglo pasado tres artistas mexicanos luchaban por re-agrupar a los trabajadores de la industria cinematográfica contra el viejo sindicato al que acusaban de corrupto. “Inconformes con el laudo, Carrillo y su banda organizaron una campaña de sabotaje contra el nuevo sindicato: impidieron el estreno de *No basta ser charro*, una comedia que Jorge [Negrete] acababa de filmar con Producciones Grovas; retiraron iluminadores y tramoyistas del teatro donde se presentaba *Cantinflas* [Mario Moreno]; y ordenaron a los cácaros de la Sección I que pasaran fuera de foco las películas de Gabriel Figueroa” (Serna, 1993: p.29). Resistieron las represalias porque ceder y recibir en pago la tranquilidad les era intolerablemente doloroso. Otros artistas mexicanos, en cambio, se mantuvieron expectantes a los resultados.

que su propio interés. Otros, el bien común de esos pocos. Pero también existirán personas que buscan el bien común, inclusive a costa del sacrificio personal, porque cualquier otra opción les causaría más dolor. Son estos últimos los que disuelven la contradicción.¹¹

1.3.4 Gobernantes y legisladores como destinatarios del principio de utilidad

Como señala la definición, la razón de ser del gobernante es buscar la felicidad pública.

De ahí que puede decirse que el principio de utilidad “fue principalmente concebido como un precepto dirigido a los legisladores, es decir a aquellos responsables de la organización de la sociedad” (Dinwiddy, 2004: p.44).

Así visto:

- IX. Puede decirse que un hombre es partidario del principio de utilidad cuando la aprobación o desaprobación que otorga a una acción o medida es determinada y proporcional a la tendencia que concibe que ella tiene de aumentar o disminuir la felicidad de la comunidad; o, en otras palabras, a su acuerdo o desacuerdo con la ley o los mandatos de la utilidad. (Bentham, 2008 [1789]: p.13)

1.3.5 Gobernantes y legisladores como individuos (sujetos al principio fáctico de utilidad)

Pero los gobernantes y legisladores también son seres que rigen sus vidas por el placer personal. Pueden ser personas que han disfrazado su sed individual con el ropaje del bien común o sinceros adalides de las mayorías que se

¹¹ A diferencia de las utopías, que suelen ser mecanicistas, las democracias requieren este tipo de personas. Su institucionalidad o falta de ella se encuentra en función al compromiso de los ciudadanos. Ya es mítica la respuesta de Benjamín Franklin a la pregunta de qué organización política habían elegido para EE.UU.: “Una república, si son capaces de mantenerla”.

pervirtieron en el camino o durante su estancia en el gobierno. No hay razón para pensar que eso no sucederá.

Siendo así, por qué no suponer que van a utilizar el poder en beneficio propio o del grupo reducido que lo ha encumbrado. Estos son los intereses siniestros (término acuñado, según algunos autores, por James Mill).

Y así actuará el gobernante a menos que llegue al poder (y se mantengan en él) a través de mecanismos que relacionen su interés personal con el interés de la mayoría (intereses unidos artificialmente, término también atribuido a James Mill). Para Bentham ello se consigue a través de la votación universal. Evidentemente, no es el único mecanismo.

1.3.6 Funcionarios y servidores públicos como individuos (sujetos al principio fáctico de utilidad)

En el pensamiento benthamita, los funcionarios y servidores públicos también se encuentran sujetos al principio de utilidad, en el que ellos, individualmente, buscan su propia felicidad.

Empero, lo hacen en un marco muy particular, pues, de un lado, están sus superiores jerárquicos y, del otro, la ciudadanía a la que debe atender.

La forma en que se organicen (o desorganicen) esos extremos determinarán la eficiencia de la entidad.

En *Constitutional Code*, Bentham muestra su preocupación desde el ingreso a la carrera pública hasta la salida de la misma, en busca de la meritocracia y el control de los funcionarios y servidores públicos.¹²

¹² Bozzo-Rey (2012) ha estudiado este extremo la teoría benthamita.

1.3.7 El juez como individuo (sujeto al principio fáctico de utilidad)

¿Y qué diremos de los jueces? ¿Ellos son las únicas personas del mundo y en la historia de la humanidad ajenos al principio fáctico del utilitarismo?

No hablemos ya de corrupción, sino de jueces honestos. Que la religión, filosofía o contexto particular influyen en el juez y sus decisiones ha sido estudiado de diversas maneras, destacando la teoría realista, principalmente en temas constitucionales.

Pero, acaso, ¿la religión, la filosofía o el contexto particular puede influenciar las decisiones de un juez al momento de resolver temas tributarios aduaneros? Es poco probable.

Sin embargo, tengamos muy presente, en la teoría utilitarista ni los jueces se escapan a la búsqueda de su propia felicidad. Es decir, desde el punto de vista benthamita, ¿cómo resuelven los jueces? ¿En qué puede mostrarse ello? Lo veremos en la segunda parte del presente trabajo directamente vinculado a temas tributarios aduaneros.

Para ello, hemos diseñado un modelo de juez. El Derecho nos ha dado varios prototipos. Tenemos al buen padre de familia, al buen conductor de vehículo y figuras similares. La doctrina también ha realizado sus aportes, destacando el inalcanzable juez Hércules (pues en la historia de la humanidad solo ha habido una persona con tal nivel clarividencia sobre los hechos, precisión acerca de la ley y justicia respecto a la decisión).

El prototipo de juez (aunque también de autoridad administrativa) sobre el cual mediremos su comportamiento es una persona de clase media, que vive de su sueldo mensual, disfruta su posición social y, como cualquier trabajador, cuida su empleo (lo cual incluye no ceder al soborno, desviación totalmente ausente

en nuestro análisis porque responde a otros criterios de solución). Esta autoridad conoce las líneas generales del derecho tributario aduanero y aún más, pero mal podría decirse que es un especialista en la materia (en la diversidad de sub materias de la que está compuesta). Quien haya asistido alguna vez a un informe oral de sala y haya prestado atención al discurso de los abogados litigantes no le será difícil comprender que no existe un solo abogado en Perú que domine con solvencia los intrincados tecnicismos de Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, disposiciones aduaneras sobre origen, valoración, infracciones, etc. Adicionalmente, su despacho tiene una carga procesal nada despreciable, por lo que debe tratar de optimizar sus tiempos.

Pese a las rápidas pinceladas de este dibujo, no estamos ante un personaje mediocre. Al igual que cualquier otro profesional, conoce unos temas más que otros, y, cuando se siente seguro, no teme exhibir su dominio de la materia y hasta afrontar una denuncia por prevaricato.

¿Por qué es importante retratar a la autoridad? Porque detrás de conceptos como interés público y excepcionalidad (abstracciones suspicaces para Bentham) se hallan funcionarios públicos con nombre, rostro y personalidad concreta, que son los que finalmente lo aplicarán y le darán un contenido. Porque ese dibujo nos ayudará a comprender cuáles son sus necesidades y cómo satisfacerlas. De otro modo, el único afectado será el ciudadano, y ahí, sí, sus derechos constitucionales serán realmente vulnerados, pero no por tal o cuál disposición aislada, sino por el sistema en su conjunto.

1.3.8 La felicidad pública como fuente de legitimación política

En contraposición a la teoría contractualista, el principio de utilidad se erige como fuente de legitimidad del gobernante. De un lado, los gobiernos deben abstenerse de causar la infelicidad de los ciudadanos; y, de otro lado, éstos obedecen en la medida que aquéllos se conduzcan en dicha forma. Así, el hábito se mantiene “en tanto que el probable perjuicio de la obediencia sea menor que el probable perjuicio de la resistencia” (Bentham, 1985 [1776]: p.111).

Ese mismo principio le sirvió para criticar tanto a los conservadores (Fragmento sobre el gobierno dirigido contra el pensamiento de Blackstone) como a los liberales (Falacias anárquicas contra la Declaración de los derechos del hombre).

1.3.9 Comunidad o pueblo (en tanto individualidad)

Si el ámbito es público, corresponde determinar los alcances de expresiones como «comunidad» y «pueblo».

Bentham desconfía de términos como estos. Los considera ficciones que pueden servir de vehículo para introducir, de manera subrepticia, ideas sin justificación. Es como si dijéramos «la juventud peruana». ¿Existe realmente? ¿Los jóvenes de San Isidro tienen los mismos intereses que los jóvenes de poblaciones marginales?

Nuestro autor también utiliza expresiones como aquellas, pero solo por economía de lenguaje y no sin antes hacer la respectiva advertencia:

- IV. El interés de la comunidad es una de las expresiones más generales que pueden ocurrir en la fraseología de la moral: no es extraño entonces que a menudo pierda su sentido. Cuando tiene alguno, es el siguiente: la comunidad es un *cuerpo* ficticio, compuesto de las personas individuales que se considera que lo constituyen como si fueran sus *miembros*. ¿Cuál es entonces el interés de la comunidad?:

la suma de los intereses de los diversos miembros que la componen. Bentham (2008 [1789]: p.12)

Es decir, se busca la felicidad de la comunidad, pero es necesario ingresar al entramado social hasta llegar al individuo concreto para conocer sus intereses, y así con cada uno, y del resultado conocer el verdadero interés de la comunidad. Por supuesto, Bentham no está sugiriendo que para cada acción pública ha de efectuarse referéndums, pero en la medida que no nos perdamos en la ficción, nos acercaremos más al objetivo.

Mantener a la comunidad en el plano de la ficción puede ocasionar que el gobernante simplemente proyecte su propia ideología sobre el pueblo, confundiéndolo con el verdadero interés de la comunidad.¹³

En ese contexto, el interés del Fisco, como representación del Estado, no es necesariamente (ni debe darse por sentado) la felicidad de la mayoría.

1.3.10 Comunidad o pueblo (en tanto mayoría y minorías)

Entonces ¿se debe buscar la felicidad de toda la comunidad? Eso es lo ideal, y, por tanto, quimérico. Debido al eventual conflicto de intereses entre los afectados es casi imposible obtener la aprobación unánime, por lo que el gobierno no debe esperar ese nivel de conformidad.

Así pues, se debe actuar en función a la mayoría.

¿Eso significa desconocer el sentir de la minoría? No necesariamente. No se trata de una dictadura de mayoría, pues ésta, al avasallar a la minoría, se convierte en fuente de infelicidad para la misma mayoría. Sin embargo, ese

¹³ No hace falta precisar casos concretos de presidentes que en su primera gestión aplicaron al país programas acordes al ideario del partido en pro del pueblo, desatando sendas crisis económicas en su perjuicio, pero que en su segunda gestión adoptaron políticas diametralmente opuestas.

supuesto desconocimiento ha sido una de las críticas más fuerte contra el utilitarismo. Desvirtuarla es materia del siguiente capítulo, especialmente cuando estudiemos las observaciones de Mill.

1.3.11 Pero ... ¿cuál es la felicidad de la comunidad o del pueblo?

Bentham no da una receta socialista, liberal o de otra índole. Por supuesto, todas las ideologías sostienen que sus medidas (políticas, económicas, sociales) son las correctas y apuntan a beneficiar a las mayorías.

Esto de alguna manera nos lleva a la contingencia; esto es, ensayo – error, aprender de la experiencia, cuestionar siempre, pero sin caer en el relativismo, pues lo que funciona puede permanecer, sin perjuicio de ser revisado.

Y, en lo que concierne a medidas de gobierno, esa parte “parte cuyo interés está en juego” es la comunidad en general. Pero el concepto comunidad también es una ficción. Es necesario traspasar esa membrana teórica y llegar hasta el interés del individuo y medirlo.

“IV. ¿Cuál es entonces el interés de la comunidad?: la suma de los intereses de los diversos miembros que la componen.”
(Bentham, 2008 [1789]: p.12)

1.3.12 Valores en constante construcción

El concepto de tolerancia antes de 1933 era amplio y seguramente los principistas lo consideraba definitivo.

Sin embargo, la llegada de Hitler al poder lo puso en cuestionamiento: ¿se puede ser tolerante con los intolerantes? La Alemania post guerra o Perú mismo han respondido en sentido negativo, estableciendo impedimento para ciertas ideologías (piénsese en el partido nacional socialista o MOVAREF). El concepto

de tolerancia volvió a cambiar, y los principistas volvieron a considerarlo definitivo.

Pero nada obsta para que el concepto siga variando. Y seguramente el principista lo considerará definitivo.

Lo cierto es que detrás de esas modificaciones está la actitud revisionista del utilitarista y su disposición de adecuarlas a las nuevas circunstancias.

Este tema, tan interesante, también escapa a los propósitos del presente trabajo, y solo dejamos lo aquí apuntado.

1.3.13 Consecuencialismo

Bentham (2008 [1789]: p.35-38) constata que la felicidad o el dolor que produce un acto rara vez vienen en estado puro y pocas veces carecen de consecuencias. Utilizando la metáfora del barco impulsado por el viento, advierte que sería ingenuo creer que la sola circunstancia del viento determinará su dirección, pues también deben considerarse la gravedad, las corrientes de las aguas o su resistencia, entre otros factores (Bentham, 2008 [1789]: p.50). Es decir, las acciones no se encuentran aisladas y es necesario prever las consecuencias en conjunto.

- II. [...] Por el principio de utilidad se quiere decir aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego; o, en otras palabras, promover u oponerse a ella. Digo cualquier acción, y por tanto no solo de toda acción de un individuo privado, sino de cualquier medida de gobierno. (Bentham, 2008 [1789]: p.12)

Esa “tendencia” es uno de los aspectos más atractivos del utilitarismo; esto es, tener ante sí varias opciones, tratar de prever los efectos de corto,

mediano y largo alcance de cada una, y tomada la decisión, medir su corrección en función a los resultados.

No basta con que la intención sea buena, honorable y correcta, pues puede generar más estropicios que beneficios¹⁴. Lo correcto se mide en función al resultado, resultado que debe ser en favor de las mayorías.

Ahora bien, la acción de pronosticar exige personas creativas. La escasez, justa medida o exceso febril de la imaginación es tan importante como en la elaboración de cualquier teoría. Puede ir acompañado de experiencias y datos estadísticos. En el caso del utilitarismo benthamita se parte del axioma de que todos se guían por la búsqueda del placer personal y evitar el dolor. Esta es una constante para calcular el comportamiento de las personas y la forma en que las leyes lo deben impulsar, dejar o contrarrestar.

El consecuencialismo, que, por cierto, no es exclusividad del utilitarismo, ha recibido críticas. A continuación apuntamos algunas de ellas¹⁵ y las trataremos de desvirtuar.

¹⁴ Los ejemplos abundan. En la historia contemporánea destaca la ley de prohibición alcohólica en los Estados Unidos de América, que en los años veinte del siglo pasado permitió a pandillas juveniles acumular el capital suficiente para convertirse en poderosas organizaciones criminales. En literatura fue graficado brillantemente en Guerra y Paz cuando el conde Pierre Bezukhov, después de llegar a sus lejanas propiedades, y movido por buenos sentimientos, adopta diversas medidas sociales en favor de los campesinos, entre ellas, prohibir el trabajo infantil. Al retirarse entre vítores, jamás imaginó que el efecto sería la disminución del salario de los niños y el aumento de su jornada laboral, porque ahora era una actividad ilegal.

¹⁵ La dos primeras críticas las hemos tomado de Lara (2011: p.108-110). La tercera de Gutiérrez (1990: p.156). Y la cuarta es nuestra. Antes, debemos anotar que, en el fondo, la preocupación de Lara se centra en compatibilizar la acción primaria con el cálculo óptimo que realiza cada persona. En realidad, siguiendo a Bentham, no hay mucho que filosofar sobre el tema. Una persona puede obrar contra sus intereses proyectados siguiendo el instinto primario del placer, pero otro día, o en otras circunstancias, esa misma persona puede optar por la felicidad a mediano y largo plazo (sacrificando su primer instinto). En ambos casos actúa conforme a su particular visión de felicidad para ese momento. Sinsentidos así abundan. Piénsese sino en el affaire Paula Corbin Jones a portas de que Bill Clinton, reconocido estratega político, se enrumbe a la presidencia de su país (Hamilton, 2005: vol. II p.505-510).

Primera crítica: Nada asegura que el pronóstico sea acertado y, más bien, conduzca al desastre¹⁶. Esto es cierto, pero la verdad ninguna teoría lo puede asegurar y el consecuencialismo, por lo menos, se esfuerza en preverlo.

Segunda crítica: En última instancia, se desprecia el derecho individual en función al beneficio de la mayoría. Este tema será abordado en el siguiente sub capítulo dedicado a la crítica al utilitarismo y nuestra refutación a la misma.

Tercera crítica: Es recomendable, incluso obligatorio, engañar, coaccionar o traicionar a otros con tal de conseguir el resultado. Pero esta crítica no es válida contra Bentham, pues, como hemos visto, individualmente no hay un “deber ser”. Su teoría es busca políticas públicas, las cuales, para ser eficaces en el conjunto de políticas, requiere legitimidad, que incluye credibilidad, por lo que atentaría contra el sistema aceptar el engaño, la coacción y la traición.

Cuarta crítica: El consecuencialismo no tiene una distancia temporal objetiva, sino que será el expositor quien fije el momento y, por lo tanto, las consecuencias a ese momento. Desde nuestro punto de vista, una visión a largo plazo tiende a solaparse con la perspectiva deóntica¹⁷. Escoger el momento

Como bien critica Mill, Bentham no aporta ninguna teoría para la auto-superación. Sin embargo, el mejoramiento individual con miras a una sociedad mejor es un aspecto de política pública educativa, que, por ejemplo, inculque valores (aunque en un régimen totalitario se impulsa el culto a la persona, lo cual, por supuesto, es contrario al beneficio de las mayorías).

¹⁶ Se nos viene a la mente la acusación de Hannah Arendt contra los Consejo Judíos que colaboraron en la selección de personas enviadas a campos de concentración nazi. La justificación de los Consejos fue que, con ello, pudieron salvar a un grupo pequeño que de otro modo también hubiera muerto. Aparentemente, cálculo erróneo, porque en los guetos donde los Consejos de Judíos no colaboraron la mortandad fue mucho menor. Decimos aparentemente, porque los hechos también pueden ser leídos en el sentido que la acción de los colaboradores produjo laxitud respecto a los no colaboradores. Si la negativa hubiera sido general, el genocidio también lo habría sido, sin contemplaciones. Y así se puede seguir haciendo conexiones hasta el infinito. ¿Dónde establecer el límite? No hay reglas (ni siquiera por experiencia o datos estadísticos).

¹⁷ “[...] una teoría consecuencialista puede apelar a múltiples principios y valores, incluidos aquellos que a primera vista aparecen habitualmente asociados a teorías que no son consecuencialistas. Podría creerse que, si se le define de forma suficientemente amplia, el Consecuencialismo pierde todo carácter específico para convertirse en una condición

adecuado para realizar el corte y determinar las consecuencias es más propio del arte que de la ciencia¹⁸.

1.3.14 Política pública y metodología utilitarista

Relegado a la protohistoria de las políticas públicas, Bentham debería ser reconocido, más bien, como padre de esta ciencia que recién a mediados del siglo XX despertó el interés de gobernantes y estudiosos. Antes de él y por doscientos años después de su muerte, nadie volvió a reflexionar sobre parámetros, supuestamente objetivos, tendiente a buscar la felicidad de los pueblos. H.L.A. Hart lo describió como “experto en el coste-beneficio a gran escala” (en Dinwiddy, 1995: p.144).

trivialmente necesaria de cualquier teoría moral, incluida la kantiana” (Gutiérrez, 1990: p.150).

“Una teoría que considerase intrínsecamente bueno un estado terminal de cosas en el que no se violasen derechos fundamentales sería consecuencialista si definiese como objetivamente correctas las acciones que contribuyesen a producirlo y propusiese su realización como objetivo sustantivo común para todo agente” (Gutiérrez, 1990: p.154). A nuestro juicio, un ejemplo de ello puede encontrarse en la famosa disyuntiva de si se debe torturar o no al terrorista para que indique dónde está la bomba y así salvar a una comunidad. Un utilitarista puede responder en sentido afirmativo. Pero llevado el problema a una distancia temporal mayor, también se puede determinar que la tortura sería un precedente negativo ya que después revertiría en contra de cualquier o todos los miembros de la sociedad, que tendrían que aceptarla, por lo que no sería correcto torturar al terrorista. Dependiendo de la distancia temporal las consecuencias varían.

¹⁸ ¿Qué habría sucedido si durante el fujimorismo no se hubiera impuesto la política de jueces sin rostro y medidas de esa naturaleza? Pues bien, policías y militares, seguramente frustrados por el sistema judicial, habrían hecho justicia por sus propias manos, como lo hacen muchas personas, con la diferencia que aquellos tienen las armas. Una guerra sucia de escala nacional se habría producido. Pero aquellas medidas, violatoria de derechos humanos, lo impidió. ¿Se cometieron injusticias? Por supuesto. Hubo gente que fue a la cárcel sin merecerla. Pero el respeto purista de los derechos humanos, acompañado de las amenazas terroristas a fiscales y jueces, habría hecho ineficaz el sistema judicial y, repetimos, convertido a Perú en la Argentina de Videla y sucesores. Finalmente, la gente encarcelada injustamente fue saliendo (después de décadas, en algunos casos), pero vivas, lo que no hubiera sucedido si nos aferramos al estricto cumplimiento de los derechos humanos. ¿Qué hubiera preferido una madre? Una hija liberada después de años de encarcelamiento injusto o que le digan que su hija fue victimada por un escuadrón de la muerte, pero que no se preocupe, porque los derechos humanos prevalecieron y nunca se aplicó la política de jueces sin rostro. Este tipo de razonamiento se puede fabricar en el consecuencialismo, y aplicarlo también a las prisiones preventivas del caso Odebrecht.

Por primera vez alguien trató de racionalizar las decisiones públicas contemplando las consecuencias.

Sobre política pública existen muchas definiciones, enfatizando tal o cual aspecto. Nosotros tomaremos el concepto menos controvertible y que encaja en casi todas las teorías:

Las políticas públicas son el conjunto de decisiones y acciones que toma el gobierno con el fin de obtener un objetivo que puede incluir el atender una necesidad de la población, establecer marcos de incentivos para promover un comportamiento con el fin de beneficiar a los ciudadanos y la sociedad. Sin embargo, políticas públicas mal diseñadas pueden llegar a tener el impacto contrario al esperado, inhibiendo comportamientos que benefician a los individuos y generan bienestar social. (Villegas, 2017: p.39)

Esta definición moderna encaja con toda la teoría de Bentham, quien no se conformó con ser un pensador. Necesitó que el principio abstracto y genérico de mayor felicidad para la mayoría de personas se transforme en ideas concretas y éstas en leyes. Así, propuso reformas fundamentales en materia de sufragio popular, libertad de expresión, registro de títulos de propiedad, inversión pública en prevención sanitaria, régimen carcelario, entre otros.

Para sustentar los proyectos, uno de sus grandes aportes es haber hecho el esfuerzo de establecer parámetros objetivos. A la pregunta: ¿cómo hace el legislador para conocer qué acción conduce a la felicidad del pueblo? La respuesta del filósofo es sistemática: A fin determinar el valor de un placer o de una pena, el legislador debe considerar las siguientes circunstancias: atención (intensidad), duración, certeza, proximidad (inmediatez), fecundidad, pureza y extensión (cantidad de personas afectadas) (Bentham, 1839: p.18).¹⁹

¹⁹ “Se puede obrar mal, dirán algunos, creyendo seguir el principio de utilidad, como sucede al hombre de corto entendimiento y al que se haya agitado por las pasiones; pero no debe atribuirse al principio las faltas que le son contrarias y que solo por él pueden

Muy probablemente estos parámetros, en tanto categorías, ya se encuentren superados, pero es innegable que su esencia (determinar el problema, analizarlo, establecer opciones de solución y decidir en función a las consecuencias) se mantiene vigente para el diseño de cualquier política pública.

Tal vez Bentham haya sido el primero en establecer parámetros de esta naturaleza para la implementación de políticas públicas. No es que antes faltaren decisiones gubernamentales (la gran cantidad de guerras lo demuestran), inclusive de profundo carácter liberal (recuérdese la historia de Johann Friedrich Struensee, regente de facto en el reinado danés que abolió la tortura, la censura de prensa, los privilegios nobiliarios, entre muchas otras importantes reformas radicales dispuestas en 1773, abruptamente interrumpidas al año siguiente y revertidas dolorosamente) o que no existieren teorías específicas (la fisiocracia, por ejemplo); pero eran intuitivas, dogmáticas o sectoriales. Bentham proponía un método objetivo, aplicable a todas las áreas públicas.

1.3.15 Raciocinio

Jeremy Bentham parte del axioma de que cada uno busca su propia felicidad en sus propios términos (para unos, producto de una acción instintiva, para otros –o los mismos en otras situaciones– producto de una acción calculada a corto, mediano o largo plazo).

Empero, el utilitarismo en sí mismo es un principio de dirigido a los gobernantes y legisladores, quienes deben buscar la felicidad de la mayoría.

Esta búsqueda supone dos abstracciones sucesivas.

rectificarse, así como si un hombre calcula mal, el defecto es suyo y no de la aritmética” (Bentham, 1839: p.10).

Por la primera, la sola sensación de placer del individuo, inclusive si ese sentimiento fuera mayoritario, no basta para ser atendido por el gobernante o legislador. Es necesario un proceso de justificación para ser considerado parte de la agenda, pues debe descartarse el anti-principio de arbitrariedad (simpatía o antipatía).

Por la segunda abstracción, el gobernante o legislador, para tomar decisiones, no pregunta a todos y cada uno de los individuos sobre lo que les reporta beneficios ni calcula las consecuencias para cada persona (aunque esta operación es recomendable). Ciertamente, se debe empezar por ahí, pero:

VI. No debe esperarse que este proceso sea estrictamente realizado previamente con respecto a cada juicio moral o a toda operación legislativa o judicial. Puede, sin embargo, ser tenida en cuenta; y cuanto más se aproxime a él en estas ocasiones el proceso realmente desarrollado, tanto más tal proceso se aproximará a la exactitud. (Bentham, 2008: p.37)

Ello va aparejado con el esfuerzo de no sucumbir, precisamente, a la abstracción deshumanizada, que tanto ha criticado Bentham.

¿La solución surge de la revisión de los problemas o ya se encuentra en el pensamiento del gobernante y legislador? Esta es una pregunta que las ciencias políticas continúan respondiendo.

Berlin (2000b: p.116), citando a Vico, pero apuntando que la siguiente idea sería mantenida tiempo después por Helvetius, Adam Smith y Jeremy Bentham, expresa:

La legislación, valiéndose «de la ferocidad, de la avaricia y de la ambición» crea «la milicia, el comercio y la corte, y de ahí la fortaleza, la opulencia y la sabiduría de las repúblicas; y a partir de estos tres grandes vicios, que ciertamente destruirían la generación humana sobre la tierra, resulta la felicidad civil». (Berlin 2000b: p.116)

Y en el caso particular de Bentham la legislación, efectivamente, es el instrumento que sirve para pasar de esa felicidad individual a la felicidad comunal (que termine revirtiendo en la felicidad individual).

Hasta ahora, a falta del principio utilitario, ha sido la arbitrariedad lo que ha guiado hasta ahora a los gobernantes al proponerse para sus pueblos riquezas, comercio, poder, libertad, igualdad, justicia y religión; todos valores relativos en cuanto constituyen medios para alcanzar la finalidad, que es la felicidad (Bentham, 1839: p.9).

En tal sentido elaboró una serie de parámetros para cuantificarlos no solo en el instante, sino en su tendencia, para determinar, por su consecuencia si tal acto hizo bien o mal.

Esto significa dejar a un lado el placer de una medida por mera simpatía o antipatía (haciendo un esfuerzo de filosofía, diría Flora Tristán) para reemplazarlo por la razón, que debe ser justificada.

El anti-principio arbitrario apunta al placer primario y acrítico, al gusto o disgusto sin fundamento, así como al juicio basado en razones insuficientes o erradas.

A efecto de su cabal comprensión, advierte la necesidad de analizar, primero, el término «utilidad»; segundo, establecer “la unidad y soberanía” del principio; y tercero, “hallar los procedimientos de una aritmética moral para obtener resultados uniformes” (Bentham, 1821: p.21). El desarrollo de los dos último lo veremos en el capítulo dedicado a la relación del utilitarismo con el concepto de política pública moderno.

Baste por ahora centrarnos en el término utilidad, del cual dijo:

- IX. Puede decirse que un hombre es partidario del principio de utilidad cuando la aprobación o desaprobación que otorga a

una acción o medida es determinada y proporcional a la tendencia que concibe que ella tiene de aumentar o disminuir la felicidad de la comunidad; o, en otras palabras, a su acuerdo o desacuerdo con la ley o los mandatos de la utilidad. (Bentham, 2008 [1789]: p.13)



CAPÍTULO 2

Críticas al utilitarismo y nuestra refutación a las mismas

Hemos elegido a tres críticos de la teoría utilitarista de Bentham, representativos de los siglos XIX, XX y XXI. Mill, discípulo directo; Dworkin, jurista fundamental de los derechos individuales; y Sandel, profesor de Harvard bastante popular en nuestros días. Aunque toda selección tiene algo discrecional, hemos procurado no ser arbitrarios.

No obstante, respecto a nombres, esta lista adolece de omisiones que no pueden ser sino clamorosas. Pero si a nuestra relación añadimos, por ejemplo, a Rawls, pronto se apuntará la ausencia de Habermas, y así podríamos ir sumando pensadores por buen rato. Aceptamos como inevitable este primer reparo.

También se nos podría observar haber elegido autores cercanos al utilitarismo. Mill pertenece al período clásico de esta doctrina; Dworkin (2012: p.451) nos dice que en su teoría política global el utilitarismo es parte fundamental; y Sandel no reniega su aplicación práctica. Pero lo relevante no es la procedencia intelectual, sino la honestidad del crítico y su capacidad de

análisis. En ese sentido, jamás soslayan lo que consideran debilidades del pensamiento benthamita y, de alguna manera, su argumentación engloba el conjunto de críticas contra el utilitarismo (que es otra forma de reconocer la vigencia de los autores seleccionados).

Así, del filósofo inglés John Stuart Mill (1806-1873), hemos tomado la monografía Bentham y el ensayo Sobre la libertad, publicados originalmente en 1838 y 1859, respectivamente. Del jurista norteamericano Ronald Dworkin (1931-2013), *Is there a right to pornography?*, publicado originalmente en 1981 y traducido como *¿Tenemos derecho a la pornografía?*, para el presente trabajo utilizamos el texto recopilado en *Una cuestión de principios*, del 2012. Y, finalmente, del profesor norteamericano Michael J. Sandel (nacido en 1953), hemos tomado *Justice: What's the right thing to do?*, publicado originalmente en el 2010 y traducido como *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?*, cuyo capítulo 2, titulado *El principio de la máxima felicidad. El utilitarismo*, está dedicado al pensamiento de Bentham y de Mill.

2.1 ¿Desprecio por los derechos individuales?

2.1.1 Crítica de Mill

La relación de Bentham con los Mill, padre e hijo, fue estrecha, experimental y destinada al rompimiento, ya sea por caracteres, independencia o mal cálculo utilitarista. No por ello John Stuart Mill mezquina elogios al fundador de la doctrina, algunas de las cuales suelen rematar con una crítica.

Así, reconocía a Bentham el haber desarrollado, con su particular capacidad de conjugar principios comprensivos y detalles minuciosos, una lógica argumental que colocaba a la mayoría del pueblo en capacidad de

controlar a su autoridad política a fin que ésta le sirviera y no, como sucedía hasta entonces, se sirviera de ella y terminara avasallándola. No obstante, a su juicio, Bentham descuidó la posibilidad que al interior de ese mismo pueblo la mayoría terminara avasallando a la minoría (lo que equivale decir, al individuo).

Pero ¿es esta doctrina fundamental de la filosofía política de Bentham una verdad universal? ¿Es buena para la humanidad el que ésta, en todo tiempo y lugar, se sitúe bajo la autoridad absoluta de la mayoría? Decimos la autoridad, y no meramente la autoridad política; porque es quimérico suponer que quien tenga poder absoluto sobre los cuerpos de los hombres, no quiera apropiarse también de sus almas, no busque controlar (quizá no mediante castigos legales, pero sí mediante presiones sociales) las opiniones y sentimientos que se aparten de su norma y no intente configurar la educación de los jóvenes según su modelo, eliminando todos los libros, todas las escuelas y todas las asociaciones de individuos que decidan actuar sobre la sociedad con la intención de mantener vivo un espíritu de discrepancia. ¿Es adecuada la condición del hombre, decimos nosotros, el estar en todas las edades y en todas las naciones bajo el despotismo de la Opinión Pública? (Mill, 2013: p.73)

Y en otra obra, Mill (1984 [1859]: p.130-132) nos dice que, en materia de moralidad social, la mayoría juzga en función a sus propios intereses. Se considera ofensa la conducta que los disguste. Se pregunta dónde se ha visto un pueblo que se auto-limite frente a la libertad de elección del individuo en temas inciertos. Más bien, disfrazan sus prejuicios bajo la forma de religión o filosofía. “Y no es difícil mostrar mediante abundantes ejemplos que una de las más universales de todas las propensiones humanas consiste en extender los límites de la que puede ser llamada policía moral, hasta el punto en que choque con las libertades más indiscutiblemente legítimas del individuo”.

2.1.2 Crítica de Sandel

El profesor norteamericano, en la misma línea, lo ilustra con un ejemplo inequívoco:

En la antigua Roma echaban cristianos a los leones en el Coliseo para divertir a la muchedumbre. Imagine el correspondiente cálculo utilitario: sí, los cristianos sienten un dolor espantoso cuando los leones los muerden y devoran; pero tenga en cuenta el éxtasis colectivo de los vociferantes espectadores que abarrotan el Coliseo. Si hay suficientes romanos que sacan suficiente placer del violento espectáculo, ¿hay alguna razón por la que un utilitarista pueda condenarlo? (Sandel, 2016: p.49)

Es decir, según Sandel, la felicidad de la mayoría prevalece al punto de sojuzgar a la minoría, tal como lo advertía Mill.

2.1.3 Refutación a la crítica de Mill y Sandel: Derecho de las minorías cuando el derecho es de todos

Repetimos la pregunta: ¿Hay alguna razón por la que un utilitarista pueda condenar la decisión de la mayoría?

La respuesta es afirmativa y la expresa el propio Bentham:

Tomad una sociedad cualquiera; divididla en dos partes desiguales; llamad á la una mayoría y minoría á la otra. Sacad del total los sentimientos de la minoría, y no hagáis entrar en cuenta otros que los de la mayoría. Tendréis por resultado de la operación una balanza no de provecho, sino de pérdida sobre la suma de la dicha total. (Bentham, 1836: p.284)

Esta cita rebate a Mill, pues ya que para el cálculo de la mayor felicidad no puede omitirse los intereses de la minoría, pues, si solo prevaleciera el de la mayoría, el placer será de pérdida para ésta y el conjunto.

Bentham nos dice que ello se hace muy visible en una sociedad de cuatro mil y un personas, donde la mayoría es dos mil uno. Desconocer los sentimientos

de la minoría claramente trae pérdida para la misma mayoría, y pone el siguiente ejemplo, que rebate directamente a Sandel:

Si fuese de otro modo, notad la aplicación práctica que debería hacerse á las Islas Británicas. En la Gran Bretaña tomad todos los católicos, hacedlos esclavos y divididlos en una proporción cualquiera á ellos y á sus familias entre el cuerpo entero de los protestantes. En Irlanda tomad todos los protestantes y repartidlos del mismo modo entre todo el cuerpo de los católicos. (sic) (Bentham, 1836: p.284)

Ahora bien, no podemos soslayar que Mill (2013: p.55) cuestionaba que Bentham fuera el autor de Deontología, de donde hemos extraído las citas, y es comprensible habida cuenta que es un libro hartamente incómodo para sus detractores. ¿Cómo sostener ahora que Bentham no había previsto y contrarrestado el avasallamiento de la minoría? Tampoco podría considerársele un libro de vejez, pues está demostrado que lo venía escribiendo desde 1814 (Dinwiddy, 1995: p.39). Pero más relevante todavía es que no se trata de citas aisladas, sino que son piezas coherentes con el conjunto de la obra benthamita.

La legitimidad (y no un ficcional contrato social, que, por cierto, desvirtuó en su primera obra) es necesaria para mantener unida a la sociedad (mayoría y minoría):

Society is held together only by the sacrifices that men can be induced to make of the gratifications they demand: to obtain these sacrifices is the great difficulty, the great task of government. (Bentham, 1838-1843: vol. II p.497)²⁰

²⁰ Nuestra traducción:

La sociedad se mantiene unida solo por los sacrificios que los hombres pueden ser inducidos a hacer de las satisfacciones que ellos demandan: obtener estos sacrificios es la gran dificultad, la gran tarea del gobierno.

Esto queda demostrado al analizar la crítica de Dworkin, la temática de los derechos humanos y los casos concretos que estudiaremos (despenalización de la homosexualidad y derecho electoral de las mujeres).

2.2 ¿Cuestión de mayoría (sin justificación racional)?

2.2.1 Crítica de Dworkin

Tanto el jugador de billar como el poeta tienen el mismo derecho a satisfacer su gusto. Dworkin (2012: p.445) dice que el buen utilitarista “no está obligado a afirmar por ello la proposición de que una vida dedicada al billar sea tan buena como una dedicada a la poesía”. En la teoría de justicia utilitarista no existen razones intrínsecas para movilizar la política y la economía en favor de una u otra actividad. “Desde el punto de vista de la justicia política, es solo una cuestión de cuánta gente prefiere una más que la otra y con qué fuerza” y, en función a ello, se adoptan decisiones políticas.

Y la misma pauta debe seguir el utilitarista coherente respecto a las preferencias del pornógrafo o el homosexual. La mayoría determinará su prohibición, restricción o permiso (Dworkin, 2012: p.442 y 447).

Para demostrar los límites de la lógica utilitarista, Dworkin (2012: p.444) propone el caso de la comunidad donde hay un nazi cuya preferencia es que las necesidades de los arios se vean más y mejor satisfechas que la de los judíos por el simple hecho de ser tales.

¿Cómo actúa un utilitarista, según el jurista norteamericano?

“Un utilitarista neutro no puede decir que no hay razón en la moral política para rechazar o para no honrar esa preferencia, para no desestimarla por incorrecta, para no intentar satisfacerla con todo el empeño que los funcionarios dedican a cualquier otro tipo de preferencia.” (Dworkin, 2012: p.444)

Esa debe ser su actitud respecto de la preferencia nazi como la del que se opone a ella.

Pero ello lo hace anotar una contradicción. Si bien el utilitarismo debe ser neutro entre preferencias personales (como la del billarista y el poeta), no puede tener la misma actitud frente a preferencias de naturaleza política, como la nazi, pues ambas pretenden dominar el mismo espacio. Sería absurdo que la aplicación de los postulados de la teoría política del utilitarismo signifique su desplazamiento por otra teoría política. Siendo así, ya no es factible resolver las preferencias por la inclinación de la mayoría.

Un utilitarista neutro, por razones de coherencia, está inhabilitado para adoptar la misma actitud políticamente neutra hacia la preferencia política del nazi que la que adopta hacia otros tipos de preferencia. Pero, entonces, no puede plantear el argumento que acabamos de exponer en favor de la utilidad promedio más alta computada tomando en cuenta esa preferencia. (Dworkin, 2012: p.445).

Igual sucedería si, por ejemplo, un grupo de personas estuvieran dispuestos a que las preferencias de Sarah valieran el doble debido a la simpatía que le tienen. Aunque menos despreciable que la pretensión nazi, la de los sarócratas invaden el mismo espacio político, enfrentándose al utilitarista neutro.

¿Cómo se resuelve esta contradicción?

Dworkin (2012: p.446) expresa que, si el utilitarismo va constituirse parte de una teoría política atractiva para una sociedad, debe poseer las condiciones necesarias para restringir las preferencias computables excluyendo las preferencias políticas formales o informales.

“Una manera muy práctica de conseguir esta restricción se encuentra en la idea de los derechos como triunfos sobre el utilitarismo irrestricto.” (Dworkin, 2012: p.446)

Estos derechos como triunfos sobre el utilitarismo irrestricto tienen dos ámbitos: uno, derecho a la independencia política y otro derecho a la independencia moral.

[...] un derecho a la independencia política: el derecho de que nadie se vea desfavorecido en la distribución de bienes u oportunidades sobre la base de que otros piensan que debería recibir menos por quién es o no es, o de que otros se interesan menos por esa persona que por otras. El derecho a la independencia política tendría el efecto de proteger a los judíos de la preferencia de los nazis, y de aquellos que no son sarócratas, de las preferencias de los que lo son. (Dworkin, 2012: p.446)

Y añade:

Se puede defender el derecho a la independencia moral de un modo análogo. El utilitarismo neutro rechaza la idea de que ciertas ambiciones que las personas puedan tener para sus vidas deberían tener menos posibilidad que otra de acceder a los recursos y oportunidades sociales [...]. Pero, entonces, no puede (por los motivos que recién expusimos) computar las preferencias morales de aquellos que en efecto defienden esas opiniones en el cálculo de si se debe prohibir a los individuos que conforman alguna minoría sexual, como los homosexuales o los pornógrafos, que tengan las experiencias sexuales que desean tener. (Dworkin, 2012: p.447)

Así, los derechos a la independencia política y moral se constituyen en filtros previos al cómputo de preferencias; derechos como triunfos sobre el utilitarismo.

Sin embargo, lo que Dworkin presenta como un mecanismo ideado por él para superar las contradicciones del utilitarismo, Bentham ya lo había previsto y de manera mucho menos alambicada, como demostraremos a continuación.

2.2.2 Refutación a la crítica de Dworkin

Acabamos de ver que, según Dworkin, para el utilitarismo las políticas públicas las determina la mayoría y, para salvar la supuesta incongruencia de

esta doctrina, él propone un tamiz previo en el que el derecho individual se constituiría en triunfo sobre el utilitarismo.

En realidad, Bentham nunca señaló que las decisiones públicas son cuestión de simple mayoría. Al contrario, pues antes del cómputo y de fijarla como política, su contenido debe pasar por un tamiz racional. La mayoría podrá sentir afinidad por el nazismo. Sin embargo, previamente, a pesar de ser mayoría, debe justificar sus postulados y admitir su derrota ante argumentos sólidos (inclusive si éstos provienen de la minoría. Esta es la parte del pensamiento benthamita, que, al no ser tomado en cuenta, ha desbalanceado el utilitarismo hasta la caricatura.

En el capítulo anterior, al detallar las características del utilitarismo, vimos sus tres anti-principios:

- Ascetismo
- Simpatía y antipatía
- Fantasía

Debido a los anti-principios de simpatía y antipatía nos dejamos llevar por sensaciones, sentimiento e ideas primarias, que tendemos a generalizar utilizando términos como sentido moral, sentido común, regla del bien, etc. Es decir, prejuicios que pretenden ser colocados a nivel de principio (y, por ende, explica la situación sin recurrir a criterios externos).

Bentham nos dice que la simple sensación de placer no es lo que le da propiedad útil a la acción:

El principio arbitrario ó de simpatía y antipatía no consiste en otra cosa que en la aprobacion ó condenacion que da un hombre á una accion por sentimiento ó instinto, no porque sea conforme ó contraria al bien de la sociedad, sino porque le agrada ó desagrade, porque tal es su persuasion interior sin presentar justificacion alguna de su juicio. (sic) (Bentham, 1839: p.4-5)

El anti-principio arbitrario apunta al placer primario y acrítico, al gusto o disgusto sin fundamento, así como al juicio basado en razones insuficientes o erradas. A la larga, estos anti-principios terminan en la regla de oro kantiana de la universalidad (compórtate de tal manera que tus acciones constituyan reglas para todos, inclusive para ti mismo cuando te encuentres al otro extremo). Para no dejarla como una idea teórica hemos recurrido a dos casos expuestos por el mismo Bentham: la homosexualidad y el voto femenino.

En conclusión, los críticos a este extremo del benthamismo han olvidado la importancia de los anti-principios, derivando en una caricatura del utilitarismo benthamita.

XIV Los diversos sistemas que se han constituido respecto del criterio bueno y malo pueden ser todos reducidos al principio de simpatía y antipatía. Una explicación puede servir para todos ellos. Todos ellos consisten en otros tantos ardidés para evitar la obligación de apelar a ningún criterio externo, y para hacer que el lector acepte el sentimiento u opinión del autor como la razón misma. Las frases son distintas, pero el principio es el mismo. (Bentham, 2008: p.25)

El nazismo se fundamenta en estos anti-principios. La condena legal de homosexualismo y del pornógrafo también.

Igual posición se tiene para el anti-principio de fantasía. Aquí no hay sentimientos en favor o en contra, sino algo más fundamentado, pero sin solidez suficiente. Bentham pone como ejemplo la propuesta de lord Cook (suponemos se refiere al juez inglés Edward Cook, una de cuyas sentencias prefiguró la del caso Madison contra Marbury). Así, más por imaginación que por razón, interpretó que en ocasiones el Common Law daba preferencia a los tíos sobre los padres en materia de sucesión.

La simpatía y la antipatía, así como la fantasía, pueden organizar algunas ideas para darle apariencia lógica, pero no resisten una argumentación sólida. ¿Qué fundamentos científicos existen para sostener que la raza aria es superior a las demás? ¿Por qué la homosexualidad y la pornografía debe ser reprimida legalmente? Y estas preguntas no están en función de la mayoría. Solo una vez debidamente sustentado se pasa al cómputo de mayoría.

En conclusión, no se trata de simple mayoría. Es necesario una justificación previa para ingresar al cómputo.

Pero todavía debemos completar la visión benthamita enfrentando el siguiente tema.

2.3 Declaración de los derechos [del hombre y del ciudadano]

En crítica transversal de los tres autores, Sandel (2016: p.45) recuerda que el filósofo londinense se burlaba del concepto derechos naturales llamándolo “sinsentido con zancos”.

Admitimos desconocer el significado exacto de la frase, pero la imagen carnavalesca hace reconocible su intención. Tal fue su impacto que terminó por eclipsar Anarchical fallacies (Falacias anárquicas), obra póstuma y estridente mediante la cual Bentham hace el examen crítico de la Declaración de derechos, aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1791. Precisamente, al analizar el artículo II, escribió que si los derechos naturales eran absurdos (sinsentido), los derechos naturales imprescriptibles eran “nonsense upon stilts”.

Desde entonces parece evidente la supuesta incompatibilidad entre utilitarismo y derechos individuales, lo cual trataremos de refutar. Nuestra tesis es que el utilitarismo benthamita no repudiaba los derechos del hombre en sí

mismo, sino los derechos del hombre aprobado por la Asamblea Nacional francesa en 1791, así como todas las declaraciones que siguieran ese modelo, más allá de las circunstancias. Asimismo, creemos necesario distinguir entre el principio utilitarista y su aplicación que, aun siendo realizada por Bentham, no tendría por qué estar exenta de error práctico, más todavía cuando en su época se desconocían conceptos filosóficos que tardarían un siglo más en aparecer.

Antes, debemos mencionar a H.L.A Hart, que dedicó varios textos a Anarchical fallacies, alguno de los cuales hemos apuntado en la bibliografía, y aunque son reveladores (por ejemplo, el llamado a la insurrección que supone la declaración), a veces tiende a consolidar la supuesta incompatibilidad que tratamos de desvirtuar.

Ahora bien, pasemos a analizar los temas que demuestran que no existe incompatibilidad entre utilitarismo y derechos humanos.

2.3.1 Utilitarismo del acto y utilitarismo de la regla

Supuestamente, el primero se atribuye a Bentham y el segundo a Mill.

Sin embargo, ¿el utilitarismo benthamita no es un principio en sí mismo y, específicamente, un principio de política pública que se concreta en disposiciones jurídicas? ¿No fue Bentham un firme partidario de la codificación legal?

Es decir, el utilitarismo benthamita también se manifiesta:

- En reglas y excepciones y, por ende,
- No es incompatible con la abstracción en sí mismo.

2.3.2 ¿Por qué el utilitarismo no podría establecer derechos individuales?

En el ítem anterior era importante asociar el utilitarismo benthamita con la abstracción, dado que los derechos individuales tal vez representen el grado máximo de ésta.

Entonces, no existe esa supuesta incompatibilidad, por lo menos en este aspecto formal.

2.3.3 Relación contradictoria: declaración de derechos y legislación

Y podemos decir que Bentham entendía mejor la declaración que los mismos franceses:

It would be not only inconsistent with itself, but inconsistent with the declared and sole object of the declaration, if it did not exclude the interference of the laws.

It is against, the laws themselves, and the laws only, that this declaration is levelled.

It is for the hands of the legislator and all legislators, and none but legislators, the the shackles it provides are intended, –it is against the apprehended encroachments of legislators that the rights in question,

the liberty and property, and so forth, are intended to be made secure, – it is to such encroachments, and damages, and dangers, that whatever security it profess to give has respect.

Precious security for unbounded rights against legislators, if the extent of those rights in every directions were purposely left to depend upon the will and pleasure of those very legislators!
(Bentham, 1838-1843: vol. II p.502)²¹

²¹ Nuestra traducción –no textual–:

No solo sería inconsistente consigo misma, sino incompatible con el objeto declarado y único de la declaración, si no excluyera la injerencia de las leyes. Esta declaración se levanta contra las leyes. Es para evitar que las manos del legislador, y de todos los legisladores, invadan los derechos en cuestión. La libertad y la propiedad, y demás derechos están destinadas a hacerse seguras ante tales invasiones, y daños y peligros. Preciosa seguridad para los derechos ilimitados contra los legisladores, si la extensión de esos derechos en todas las direcciones se dejó a propósito para sobreponerse a la voluntad y el placer de esos mismos legisladores.

Bentham comprendió que esta declaración se elevaba sobre la ley y maniató al legislador frente a los derechos, mientras que los franceses, los mismos que habían aprobado la declaración, seguían privilegiando la ley.

Entonces, surgía la pregunta: ¿los derechos naturales tenían o no carácter vinculante, de manera tal que se sobrepusiera a la ley?

Y lo que Bentham veía es que se seguía aplicando la ley. ¿Qué sentido jurídico tenía entonces la declaración de derechos aprobada por la Asamblea Nacional francesa, en 1791?

2.3.4 Declaración de derechos del hombre, ¿solo para hombres?

Recordemos que la Declaración de los derechos del hombre establecía lo siguiente, en francés: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”, traducido como: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

Bentham (1838-1843: vol. II p.498) también entiende mejor que los franceses de la época, cuando comenta: “*All men* (i.e. all human creatures of both sex) *remain equal in rights*. All men meaning doubtless all human creatures”. Es decir, la expresión “hombres” se refiere a humano, incluyendo a la mujer.

2.3.5 El utilitarismo benthamita acepta derechos individuales beneficiosos: tiempo y circunstancias

Sandel lo explica bien:

Puede que la gente diga que cree en ciertos deberes o derechos absolutos, categóricos. Pero no tendrá base alguna para defender esos deberes o derechos a no ser que crea que respetarlos maximiza la felicidad humana, al menos a largo plazo. (Sandel, 2016: p.46)

A lo que Bentham (1838-1843: vol. II p.501) precisa que debe determinarse en función al tiempo y circunstancia para mantener o abrogar el derecho (o, por qué no también, para matizar el derecho, diríamos nosotros).

Por lo demás, en relación a la Declaración de Derechos de Virginia, promulgada en 1776, sobre la disposición primera de que todos los hombres cuentan con derechos inherentes, entre los cuales se encuentran la vida, la libertad, con los medios para perseguir y obtener felicidad y seguridad; Bentham (2008 [1789]: p.318) dice: “¿Quién puede evitar lamentarse de una causa tan racional se apoye sobre razones tanto más adecuadas para engendrar objeciones que para eliminarlas?” Es decir, la causa es racional, pero la citada Declaración la sustenta en razones desdeñables. Ello reafirma que el utilitarismo benthamita es perfectamente compatible con los derechos individuales, en tanto éstos puedan justificarse.

2.3.6 ¿Para el utilitarismo benthamita los derechos son imprescriptibles?

Recordemos que Bentham calificaba de absurdo los derechos naturales, pues, si realmente fueran derechos, podrían ser exigidos, lo cual no sucedía.

Pero lo que lo hacía un absurdo sobre zancos es que fueran calificados como imprescriptibles; es decir, inalterables, algo que Bentham cuestiona, en función al tiempo, lugar y circunstancias.

Esto que puede parecer inseguro es la manera en que muchas personas ha reflexionado. Antes de 1933, fecha en que Hitler es nombrado canciller de Alemania, el concepto de tolerancia era uno y diferente a como se comprendería después, en el sentido de no ser tolerante con los intolerantes. En este cambio sutil opera un utilitarismo benthamita. Y nada obsta para que mañana volvamos

a cambiarlo, conforme al tiempo, lugar y circunstancias, en beneficio de la comunidad. Quien admita que los derechos evolucionan tendrán que aceptar como válida la polémica frase de los zancos.

Y si los derechos individuales tienen fuerza en sí mismos, cuál es el temor de ser revisados cada vez que las circunstancias lo ameriten (cuidando no incurrir en los anti-principios del utilitarismo, especialmente simpatía y antipatía o fantasía) y, si son lo suficientemente sólidos, mantenerse o sino ser modificados (como el ejemplo de Hitler que acabamos de dar).²²

2.3.7 ¿Qué es entonces lo que repudia el utilitarismo benthamita?

Imprecisión y vaguedad que conduce al absurdo

Habiendo ya estudiado la naturaleza jurídica de la declaración y el carácter prescriptible de los derechos, la preocupación de Bentham se centra en problemas lingüísticos: imprecisión y vaguedad conducentes al absurdo.

Sobre la imprecisión del lenguaje, aunque ninguna precaución es poca, difícilmente podrá ser totalmente superada. Pero, para Bentham, el descuido de al que llega la declaración es insufrible:

The logic of it is of a piece with its morality: – a perpetual vein of nonsense, flowing from a perpetual abuse of words, – words having a variety meanings, where words with single meanings were equally at hand – the same words used in a variety of meaning in the same page, – words used in meaning not their own, where proper words were equally at hand [...]. (Bentham, 1838-1843: vol. II p.497)²³

²² No es casual que lo dicho tenga mucho parecido a la teoría de Karl Popper de que las verdades científicas son tales hasta que sean refutadas por otra.

²³ Nuestra traducción:
La lógica de esto es una pieza con su moralidad: - una vena perpetua de tonterías, que se deriva de un abuso perpetuo de palabras, - palabras que tienen diversos significados, donde las palabras con significados simples estaban igualmente a la mano - las mismas palabras utilizadas en una variedad de significados en la misma página, - palabras usadas en significados no propias, donde las palabras correctas estaban igualmente a la mano [...].

Más relevante es el tema de la vaguedad. Habíamos dicho que el utilitarismo benthamita no repudia la abstracción y que los derechos individuales probablemente constituyen el ejemplo máximo de vaguedad. Una mente lógica advierte que mientras más abierta se encuentre la hipótesis mayor es su vulnerabilidad:

“But the more ample the extent given to any proposition or string propositions, the more difficult it is to keep the import of it confined without deviation, within the bounds of truth and reason.” (Bentham, 1838-1843: vol. II p.496)²⁴

Como ejemplo práctico, Bentham (2008 [1789]: p.317) toma la Declaración de derechos, promulgada por la convención del Estado Carolina del Norte, cuyo artículo primero repite el modelo virginiano de que los derechos naturales no pueden ser privados o despojados.

Pero una premisa así de extensa hace nula toda orden de pagar impuestos o deuda entre individuos porque supone privarlos o despojarlos de su derecho patrimonial, y ni qué decir de ir a prisión por delito porque atenta contra su libertad (Bentham 2008 [1789]: p.317-318).

Bentham (1838-1843: vol. II p.498) tiene el mismo problema contradictorio respecto a los artículos I y XIII de la declaración de derechos francesa.²⁵

2.3.8 Errores de Bentham

²⁴ Nuestra traducción:
Pero cuanto más amplia sea la extensión dada a cualquier proposición o conjunto de proposiciones, más difícil será mantener el significado de ella sin desviación, dentro de los límites de la verdad y la razón.

²⁵ Bentham bien pudo recurrir a la paradoja de los galeotes. Como se recuerda, el Quijote (I-XXII) desencadena a delincuentes porque la libertad es el valor supremo. Aquel disparate vuelve a echar por tierra al manchego.

Error jurídico

Pero los cuestionamientos de Bentham a la imprecisión y vaguedad del lenguaje conducentes al absurdo no son problemas relacionados al principio de utilidad, sino a técnicas jurídicas para resolver antinomias, que pueden solucionarse, por lo menos, con una interpretación sistemática, si no se recurre a la ponderación. Lo que puede resolver en materia política es incapaz de solucionar en campo jurídico.

Por lo demás, probablemente desconozca los avances jurídicos de su contemporáneo alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) y su método de interpretación basado en cuatro elementos (gramatical, lógico, histórico, sistemático), y ciertamente aún falta mucho para el desarrollo de la ponderación.

Error Político

Habida cuenta que las personas no pueden invocar judicialmente los derechos de la declaración en la Europa continental, Bentham llama la atención respecto a la revuelta, rebelión o revolución que pueden producir.

Pero, políticamente, esa es precisamente la intención. Lo que se busca es generar corrientes y soliviantar conciencias para un mañana esa declaración política sean efectivamente derechos judicialmente reclamables.

Bentham lo entiende muy bien, pues lo que deben buscar los gobiernos es legitimidad. Pero la mayoría de la sociedad se resiste. Sin embargo, después de temblores de diversos grados, terminará ajustándose, pues mantener la sociedad está por encima. La revolución llegará cuando las partes contrapuestas consideren que sus intereses sobrepasan a la sociedad actual. Y eso es casi la dialéctica hegeliana.

Todavía falta un siglo para que Isaiah Berlin nos diga que los derechos fundamentales pueden contraponerse entre sí. Pero ello es algo que Bentham conoce muy bien desde la óptica teórica (recordemos la metáfora del barco en altamar).

2.3.9 La unidad de medida

Sandel (2016: p.53) nos dice que el utilitarismo propone una ciencia moral basada en calcular la felicidad a través de sumas y restas. Ninguna preferencia es superior a otra. Todas cuentan por igual, sin pre juzgarlas. Así pues, debe haber una unidad de medida.

Sin embargo, ¿es posible traducir todos los bienes morales a una sola unidad de valor sin perder algo en la traducción? La segunda objeción al utilitarismo duda de tal posibilidad. Según esta objeción, con una unidad común de valor no se captan todos los valores. (Sandel, 2016: p.53)

Y a continuación Sandel presenta varios ejemplos, todos los cuales terminan traduciéndose a dólares americanos.

En realidad, como ya hemos demostrado, para Bentham no todas las preferencias tienen el mismo nivel. Al contrario, cada una debe justificarse racionalmente, pues la simpatía o antipatía están descartadas *per sé*.

Se ha dicho que Bentham hubiera deseado que ese parámetro fueran los latidos del corazón, pero que lo descartó (por razones obvias), aceptando el dinero como una medida.

Bentham también elaboró un extraño cuadro de resortes de acción, asignando un peso a determinadas preferencias, como el honor y valores

semejantes. Por lo menos, es tan extraño como los pesos que Robert Alexy ha tratado de asignar a los valores dentro de su teoría de ponderación.

En todo, Bentham siempre incidió en el factor psicológico como puntal de su teoría. El carácter subjetivo es sumamente relevante al momento de atribuir fuerza a la felicidad o el dolor. A este tema dedica el capítulo IV de Los principios de la moral y la legislación, anotando diversas circunstancias que, ante un mismo estímulo, produce mayor o menor felicidad o dolor, según las personas:

- II. Pero en la misma mente, tales y cuales causas de dolor o placer producirán más dolor o placer que tales y o cuales otras causas de dolor o placer; y esta proporción será diferente en las distintas mentes. (Bentham, 2008 [1789]: p.49)

En materia económica, inclusive respecto al dinero, hace la misma anotación, describiendo el fenómeno de la utilidad marginal decreciente:

- IV Chapter: Axioms
- §5. Axioms applying to Equality, in respect of wealth
4. The effect of wealth in the production of happiness goes on diminishing, as the quantity by which the wealth of one man exceeds that of another goes on increasing; in other words, the quantity of happiness produced by a particle of wealth (each particle being of the same magnitude) will be less and less at every particle; the second will produce less than the first, the third than the second, and so on.²⁶ (Bentham, 1838-1843 [1831]: p.229)

En todo caso, no parece que exista texto alguno donde Bentham haya hecho cuestión de estado en que el dinero es la única unidad de

²⁶

Nuestra traducción:

El efecto de la riqueza en la producción de la felicidad sigue disminuyendo, a medida que aumenta la cantidad en que la riqueza de un hombre supera a la de otro; en otras palabras, la cantidad de felicidad producida por una partícula de riqueza (cada partícula es de la misma magnitud) será menor en cada partícula; el segundo producirá menos que el primero, el tercero que el segundo, y así sucesivamente.

medida a considerar ni que, la que se tome, sea cual fuere, constituya el único para todos los casos en que deba compararse las situaciones y los valores.

Si la crítica fuere la rigidez del pensamiento Benthamita, habría que aceptarla por ese extremo.

2.3.10 En conclusión:

1. Bentham se pregunta cuál es la naturaleza jurídica de los derechos naturales; es decir, son vinculantes o no.
2. Pues de ser vinculantes deberían primar sobre la ley.
3. Sin embargo, la Europa continental, y específicamente Francia, no lo entiende así.
4. Y, como toda disposición jurídica, debe utilizar palabras precisas y proposiciones cuya amplitud no colisione con la razón y el sistema jurídico (pues, por ejemplo, el derecho a la propiedad no puede ser redactado de tal manera que sirva para evitar *per sé* el pago de tributos).
5. Pero este cuestionamiento lingüístico de la declaración de derechos es de orden técnico y no significa incompatibilidad principista entre utilitarismo y derechos individuales, inclusive contra-mayoritarios.
6. Así, los derechos individuales, incluida las satisfacciones de quien se oponga a éstos, deben ser justificadas por la razón (y no la mayoría).
7. Ello supone que la pretensión sea sometida a cuestionamiento conforme a las circunstancias e ir variando o matizándola conforme a estas (por ejemplo, cómo en algunas partes del mundo, a partir del

nazismo, se varió el concepto de tolerancia, de manera tal que no se puede ser tolerante con los intolerantes, pues se corre el grave riesgo de perder el marco democrático).

8. Y si ello es así, los derechos no son imprescriptibles.

2.4 Indisoluble y tensa relación entre política y políticas públicas

A continuación, presentamos dos casos afrontados por Bentham aplicando el utilitarismo. En uno propone la despenalización de la homosexualidad y en otro justifica (y difiere para mejor momento) el voto femenino. Lo que nos interesa de ellos es la forma como este pensamiento filosófico encara problemas de relevancia social, que se plasman (o deberían plasmarse) en disposiciones jurídicas. Es decir, la metodología benthamita de racionalizar, que es la misma que usaremos para reflexionar sobre los temas de política judicial propuesto en la segunda parte del presente trabajo.

Adrede, no hemos tomado como referencia el panóptico, tal vez su proyecto más conocido.

2.4.1 Despenalización de la homosexualidad (Inglaterra, siglo XVIII)

Si fuera cierto que el utilitarismo benthamita despreciara el derecho de las minorías o del individuo, entonces no habría duda que el filósofo inglés tendría que haber estado del lado de la penalización de la homosexualidad de su época. Sin embargo, no fue así.

En efecto, en 1785 Jeremy Bentham se atrevió a escribir «De los delitos contra uno mismo: sobre la pederastia», obra que Francisco Vargas García considera la primera argumentación filosófico-jurídico en favor de la

despenalización de la homosexualidad entre adultos consintientes (Bentham, 2002: p.15).

Aquello fue una osadía. Piénsese, sino, que un siglo más tarde el capitán sir Richard Burton se convertirá en paria social por solo publicar *Pederasty*, ensayo que acompañó su traducción de *Las mil y una noches* y cuya erudición de las prácticas orientales no podía ser sino clara evidencia de su pertenencia a la *execrabilis familia pathicorum*. O tómesese en cuenta que dentro de ciento diez años Oscar Wilde sería encarcelado por sodomía. O que poco más de siglo y medio después, Alan Turing, por los mismos cargos, sufrirá la castración química que lo llevó al suicidio.

La obra también es de gran importancia porque nos permite observar a Bentham aplicando el principio de utilidad en un tema harto polémico para su época y que aún hoy continúa siéndolo en varios lugares del mundo. Todas sus páginas son un constante llamado a la justificación. Uno a uno los argumentos en favor de la penalización se van derrumbando, quedando claramente como un simple prejuicio.

Bentham lo escribió (entonces tenía treinta y siete años), pero no lo publicó. Estaba preocupado por los malentendidos que pudiera causar(le), así como por la repercusión social de sus conclusiones. El texto en idioma original recién vería luz en 1978.²⁷

²⁷ A 1785, fecha en que Bentham redactó *De los delitos contra uno mismo*, Gran Bretaña sancionaba la homosexualidad con pena de muerte. En 1861 la cambió por cárcel y trabajos forzados. El resto de Europa ya lo había hecho a finales del siglo XVIII. La primera despenalización se produjo en la Francia revolucionaria de 1791, a instancias de la Asamblea Constituyente, que el Código de Napoleón confirmó en 1810, de progresiva influencia mundial. Gran Bretaña todavía tendría que esperar hasta 1967 para hacerlo parcialmente y, algo entrado el siglo XXI, para completarlo.

2.4.2 Voto femenino (Inglaterra, primer cuarto del siglo XIX)

§ ¿Contrato social o hábito de obediencia?

Bentham (1985: p.77-85, 96-97,103), remontándose a Hume, refuta la teoría del contrato social sostenida en su país por Blackstone. Lo que diferencia el estado natural de la sociedad política no es un supuesto acuerdo entre las partes, sino la ausencia o presencia, en diferentes grados, del hábito de obediencia de los ciudadanos frente al gobernante. Y, por ende, lo que mantiene a la sociedad política en particular tampoco es dicho acuerdo, sino el interés concreto de los ciudadanos.

[...] o, en otras palabras, porque los súbditos deben obedecer en tanto que el probable perjuicio de la obediencia sea menor que el probable perjuicio de la resistencia, ya que, si se considera la comunidad entera, su deber de obedecer llega solo hasta allí donde llega su interés y no más. Siendo así, ¿qué necesidad hay para decir que el uno ha prometido gobernar y el otro ha prometido obedecer, cuando la realidad es distinta? (Bentham, 1985: p.111-112)

§ ¿En qué se diferencia un gobierno libre (democrático) de otro despótico?

En Fragmento sobre el gobierno, Bentham (1985: p.175-176) nos dice que el poder de los gobiernos, si bien no es infinito, es ilimitado (salvo por el compromiso internacional). La Constitución en sí misma no es límite a su autoridad, ya sea que se le llame democrático o se le tilde como despótico.

La diferencia, pues, entre ambos tipos de gobiernos, no se encuentra en la mera formalidad, sino en circunstancias de distinta naturaleza (la realidad):

- Separación de poderes²⁸

²⁸ Sin embargo, en otra obra Bentham expresa lo siguiente: “La causa eficiente de la libertad constitucional o del buen gobierno que no es sino otro nombre para la misma cosa no es la división de poderes entre las distintas clases de hombres a los que se les ha confiado sino la dependencia inmediata o mediata de todos ellos del conjunto del pueblo.” (Bentham citado por Dinwiddy, 1995: p.109),

“[...] a la forma en que el poder, que considerado en su totalidad es supremo, se distribuye, en un Estado libre, entre las diferentes clases de personas que en él participan;” (Bentham, 1985: p.175)

- Legalidad

“[...] a la *fuerza* de que se derivan sus títulos;” (Bentham, 1985: p.175)

- Alternancia en el poder

“[...] a los frecuentes y pacíficos cambios de condición que se producen entre gobernantes y gobernados, en virtud de los cuales los intereses de una clase se confunden con los de la otra” (Bentham, 1985: p.175)

- Control y rendición de cuentas

“[...] a la *responsabilidad* de los gobernantes;” (Bentham, 1985: p.175)

- Libertad de crítica

“[...] al derecho concedido a los súbditos para examinar y analizar públicamente los fundamentos que asisten a todo acto de poder ejercido sobre ellos;” (Bentham, 1985: p.175)

- Libertad de prensa

“[...] a la posibilidad que tiene todo ciudadano, sea de la clase que fuere, de hacer pública sus quejas y denunciar a toda la comunidad;” (Bentham, 1985: p.175-76)

- Libertad de asociación

“[...] a la posibilidad que tienen los disconformes de comunicar sus sentimientos, concertar sus planes y practicar cualquier modo de oposición, excepto la rebelión, sin que puedan verse legalmente perturbados por actos del ejecutivo. (Bentham, 1985: p.176)

§ Sistema electoral

Aquí Bentham no desprecia el rol de la separación de poderes, pero sí centra el elemento determinante que produce la democracia; esto es, la dependencia de la autoridad al pueblo. Esta dependencia puede ser inmediata (a través del voto directo) o mediata (a través de sus múltiples formas). Pero ninguno en sí misma, visto de manera excluyente, lo explica.

Empero ¿cómo controlar al gobernante? ¿Cómo impedir que el legislador priorice su propio interés (recordemos que humanamente todos buscamos nuestra propia felicidad) y el de las minorías influyentes (sinister interest) en desmedro del pueblo?

“If as above, so it be, that in the situation of a ruler, whatsoever that situation be, the conduct of no man can reasonably be expected to be governed by any interest that stands, at that same moment, in opposition to that which, in his conception, is his own individual interest, it follows, that for causing it to take that direction, in which it will be subservient to the universal interest, the nature of the case affords no other method, than that which consists in the bringing of the particular interest of rulers into accordance with the universal interest.”²⁹ (Bentham, 1838-1843: vol. IX p.6)

La última frase dice: La naturaleza del caso no ofrece ningún otro método, que el que consiste en poner el interés particular de los gobernantes en conformidad con el interés universal.

¿Cómo se consigue esto? Respuesta: A través del sistema electoral, pues este mecanismo consigue una artificial comunidad de intereses entre gobernantes y gobernados:

Cuando más estricta es la dependencia de los gobernantes de los gobernados mejor será el gobierno. (Bentham citado por Dinwiddy, 1995: p.26)

²⁹ Nuestra traducción:

Si como arriba, así sea, que en la situación de un gobernante, cualquiera que sea la situación, no se puede esperar razonablemente que la conducta de ningún hombre se rija por ningún interés que, en ese mismo momento, se oponga a lo que, en su concepción, es su propio interés individual, se deduce, que al hacer que tome esa dirección, en el que estará subordinado al interés universal, la naturaleza del caso no ofrece ningún otro método, que el que consiste en poner el interés particular de los gobernantes en conformidad con el interés universal.

Así, respecto al sistema electoral, propuso: “*Now as regards the mode of election of the agents of the people. Universality, secrecy, equality and annuality of suffrage [...]*”³⁰ (Bentham, 1838-1843: vol. IX p.107).

Esta idea de universalidad incluía a los sectores económicamente menos favorecidos de la sociedad (Bentham, 1838-1843: vol. IX p.107), pero ¿incluiría a las mujeres también?

§ La naturaleza mutante de la mujer

¿Qué era una mujer en 1822? Vásquez García (2002: p.22-23), recogiendo el trabajo de Thomas Laqueur, nos dice que alrededor de 1750 se produjo un cambio conceptual.

Antes, el discurso médico partía del modelo sexo único. Por supuesto, ese sexo único era del varón, siendo la mujer su variante imperfecta, y entre estos polos, un repertorio de seres intermedios (varones afeminados, mujeres hombrunas, hermafroditas, etc.). Es decir, realizaciones diferentes de una misma identidad sexual.

Empero, después de esa fecha se transita al modelo de los dos sexos biológicos, distintos e inconmensurables entre sí. Y aquel repertorio intermedio ahora es explicado a partir de anomalías orgánicas del sexo correspondiente. La catalogación dualista constituye una revolución cultural, replicada en su respectivo rol social.

Así, en uno y otro modelo se percibe la convención social detrás del discurso científico.

³⁰ Nuestra traducción:
Ahora en cuanto al modo de elección de los agentes del pueblo. Universalidad, secreto, igualdad y anualidad del sufragio [...]

§ Política pública: Fundamentación benthamita

Ya hemos dicho que la universalidad benthamita del voto político era tan revolucionaria que incluía a los sectores económicamente menos favorecidos de la sociedad. Sin embargo, hasta ahí solo se pensaba en votantes varones.

Pero qué pensaba Bentham sobre el voto femenino y, aún más, sobre la participación de la mujer en el poder. Su posición quedó sentada en veinte (20) párrafos del *Code Constitutiona*³¹:

*“The happiness and interest of a person of the female sex, constitutes as large a portion of the universal happiness and interest, as does that of a person of the male sex.”*³² (Bentham, 1838-1843: vol. IX p.108)

§ Política: Sofisma benthamita

Bentham, pues, se adelantó a su época respecto al voto femenino y la participación de la mujer en el poder.

Antes de él, los pensadores no daban mayor importancia a la mujer. Por ejemplo, en 1759 (Bentham apenas tenía diez años de edad), Adam Smith publicó *Teoría de los sentimientos morales*, obra elaborada en función a los hombres (Vargas Llosa, 2018: p.40), y aunque las mujeres llegan a ser

³¹ Bentham empezó a escribir *Code Constitutional* en 1822. El primer volumen fue impreso en 1827 y publicado en 1830. Estamos utilizando la recopilación realizada por John Bowring, centrándonos en cada uno de los veinte (20) párrafos dedicados al tema (Bentham, 1838-1843: vol. IX p.108-109). Aunque hemos tratado que la traducción no pierda el sentido original (cuyo texto inglés anexamos al presente trabajo), nos ha parecido imprudente entrecomillarlo. Para evitar confusión, nuestros comentarios se encuentran en el recuadro que sigue al párrafo.

³² Nuestra traducción:
La felicidad y el interés de una persona del sexo femenino constituyen una porción tan grande de la felicidad y el interés universal, como el de una persona del sexo masculino.

mencionadas (muy pocas veces, por cierto) es básicamente para llamarlas el bello sexo o las portadoras de la humanidad.

Los contemporáneos de Bentham mantienen el mismo prejuicio. James Mill, discípulo predilecto del utilitarismo, en 1825 (para entonces Bentham ya había redactado *Code Constitutional*) comparó a los niños con las mujeres, cuyos intereses muy bien podían ser asimilados a los sus padres o respectivos esposos.³³

Pero no fue el padre del utilitarismo quien pasó a la historia como reivindicador del feminismo. Ese alto honor recayó en John Stuart Mill. Lo respaldan su trabajo de 1832: “[...] la ley que ambos deben observar debe ser hecha ciertamente por los dos, y no, como hasta el presente, solamente por el más fuerte.” (Mill, 1973^a: p.89); así como su ensayo de 1869: “Y es: que el principio que regula las actuales relaciones sociales entre los dos sexos, –la subordinación legal de un sexo al otro–, es injusto en sí mismo y es actualmente uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad; que debe reemplazarse por un principio de perfecta igualdad, sin admitir ningún poder o privilegio para un sexo ni ninguna incapacidad para el otro.” (Mill, 1973^b: p.155).

Como se puede apreciar, ambos autores guardaban la misma óptica. ¿Por qué, entonces, Bentham sería relegado en el reconocimiento feminista? Es más, se les percibe antagónicos, justificando la supuesta diferencia en que el viejo maestro no tuvo una Harriet Taylor en su vida.

La confrontación se tornó académicamente violento cuando en alguna ocasión se llamó a Bentham padre del feminismo. Pendas García da cuenta del debate, agrio por momentos, concluyendo que el filósofo inglés no parece

³³ “In this light, also, women may be regarded, the interest of almost all of whom is involved either in that of their fathers or in that of their husbands.” (Mill, James; 1825: p.21)

identificable con los orígenes del movimiento feminista (Pendas García, 1988: p.28).

Esta discrepancia entre los diecinueve (19) párrafos del *Code Constitucional*, claramente feminista, y la sentencia condenatoria de la posteridad se debe, precisamente, al párrafo veinte (20), que traducimos a continuación:

Al mismo tiempo, no conozco ningún estado político en el cual, con motivo de cualquier nueva constitución que se esté formulando, debería pensar que es conveniente proponer un conjunto de disposiciones legislativas dirigidas a este fin [voto femenino]. Antes de que se hubiera hecho el estado del sistema legal, en casi todos los demás puntos contribuyeron en el grado más alto a la mayor felicidad del mayor número, casi no se podía ofrecer ninguna posibilidad de que se presentara de esta manera. El concurso y la confusión producidos por la propuesta de esta mejora [voto femenino] absorberían completamente la mente del público y arrojarían la mejora, en todas las demás formas, a la distancia. (Bentham, 1838-1843: vol. IX, p.109)

Bentham, que a lo largo de diecinueve (19) párrafos había construido el fundamento del voto femenino, no puede sino reconocer que lo avanzando de esta propuesta terminaría perjudicando el proyecto conjunto, igual de progresista, pero menor generador de perjuicio, por lo que, como un lastre, tiene que dejarla caer a fin que las demás ideas se concretaran. No podía ofrecer a los países una fórmula constitucional que generara burlas. Sin embargo, se preocupa de dejar sentado el fundamento (tal vez para que vaya ganando terreno en el campo ideológico). Sea como fuere, esta es la razón por la que al feminismo le irrita se le vincule a Bentham.³⁴

³⁴ Si se hubiera tratado de una revolución, probablemente Bentham habría optado por convencer a hombres y mujeres, excluidos del voto, a formar un frente común. Pero lo que estaba en juego era un documento jurídico, por lo que la negociación exigía ser pragmática.

Para el filósofo inglés tampoco debió ser fácil conculcar la integridad de su *Code Constitutional*, sobre todo porque había realizado serias advertencias contra este tipo de actitudes, a las que llama sofisma del curso gradual:

Propónese un plan de reforma ó mejora, que, para producir su total efecto, requiere un cierto número de operaciones que pueden hacerse de una vez ó sucesivamente, sin intervalo o con cortos intervalos. El sofisma consiste en salir al encuentro con la idea del curso gradual, querer separar lo que habría de formar un total, y hacer la providencia nula ó ineficaz dividiéndola.

Este espediente es uno de los más hábiles y seguros. Miétras que se permanece dentro de los términos generales, es fácil el dar á este argumento una apariencia plausible. Todo se hace por grados en la naturaleza; y todo ha de ir por ellos en la política.” (sic) (Bentham, 1824: p.104)

Y más aún cuando, en absoluto, la gradualidad es despreciable en sí misma.

El decir que unas operaciones han de seguirse gradualmente, es decir que han de seguirse con tal orden que ellas se apoyen y faciliten mutuamente: El censurar en este sentido por falta de graduación las operaciones políticas, es hacer la más razonable objeción.³⁵ (sic) (Bentham, 1824: p.105)

Esto es, sencillamente, política:

Tal vez su conciencia les imponga de vez en cuando la adopción de una posición más rígida en defensa de sus principios, pero su inteligencia les dice que un proyecto de ley razonable o incompleto es mejor que ningún proyecto en absoluto, y que sencillamente por medio del toma y daca de las mutuas concesiones podrá cualquier proyecto de ley recibir la sucesiva aprobación del Senado, de la Cámara de Representantes, del Presidente y de la nación (Kennedy, 2006: p.36)

³⁵ Bentham (1824: p.105-106) recuerda que un día, caminando con el conde Mirabeau, éste le señaló un adorno que representaba el Tiempo. Cogimos la guadaña, dijo, pero no su reloj.

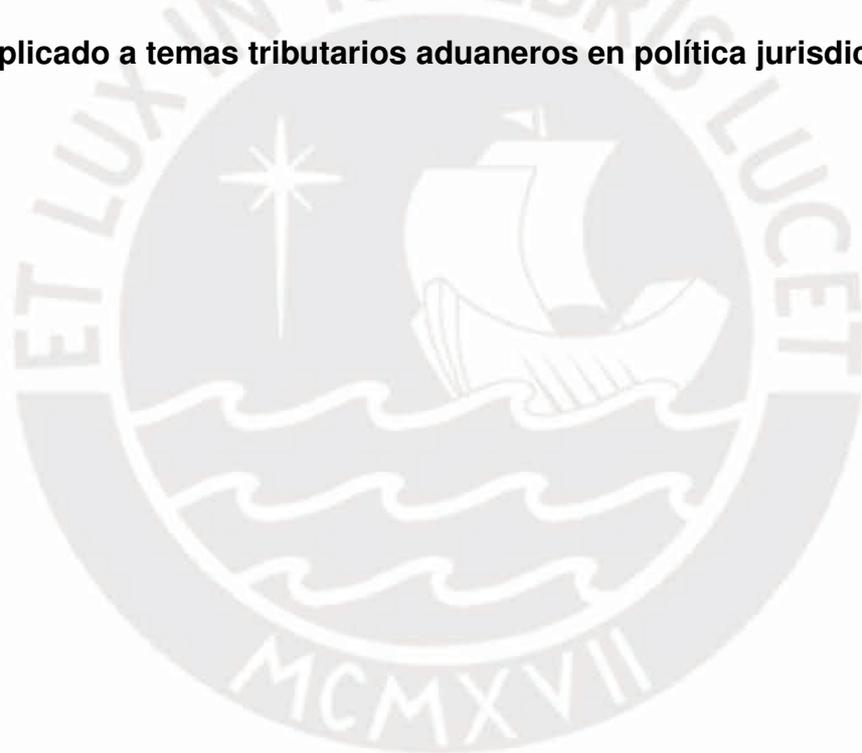
Y política, por lo menos en una de sus acepciones, son los esfuerzos por crear, modificar o extinguir políticas públicas, así como obstaculizarlas o apoyarlas, casi siempre transando.



PARTE SEGUNDA

Utilitarismo benthamita

aplicado a temas tributarios aduaneros en política jurisdiccional



CAPÍTULO 3

Legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria Aduanera

3.1 Un caso aduanero judicializado por SUNAT

Importación de mercancía restringida (a pesar de informe SUNAT a favor del agente de aduana)

En el caso que presentamos a continuación, SUNAT aplica una multa al agente de aduana. El particular interpone recurso de reclamación y SUNAT lo declara infundado. Entonces, el agente de aduana apela y el Tribunal Fiscal anula la multa. Siendo que esta última decisión agota la vía administrativa y, además, lo hace de manera concluyente, es indudable que la resolución causa estado. A continuación, el procurador de SUNAT interpone demanda contencioso administrativa contra la resolución del Tribunal Fiscal.

El lector puede sentirse un poco extrañado del relato anterior. ¿Qué tiene de asombroso esa sucesión de actos, por lo demás, absolutamente adecuado al procedimiento contemplado en el Código Tributario? Exacto. El problema es que no genera estupor alguno. Sencillamente, nos hemos acostumbrado a que SUNAT (que viene de declarar infundada la reclamación, en calidad de “juez y

parte”) impugne judicialmente la resolución del Tribunal Fiscal que le ha denegado la razón. Administración Pública (SUNAT) contra Administración Pública (Tribunal Fiscal). Entonces, para qué hemos seguido el procedimiento tan perfectamente regulado en el Código Tributario, en garantía de nuestros derechos, si al final, por favorecernos la decisión administrativa, simplemente se le desconoce. ¿Todo este procedimiento de contradicción ha sido una farsa?

El problema se agrava porque en el caso que presentamos a continuación la misma SUNAT (área jurídica) había reconocido que el Agente de Aduana actuó correctamente. Sin embargo, SUNAT (procuradores), con pleno conocimiento de ello (pues el Tribunal Fiscal lo resalta en su resolución) interpuso demanda contencioso administrativa.

¿Cómo puede suceder algo así (y no dejarnos perplejos)? Es que la Administración Tributaria Aduanera no puede evitar poner en marcha sus engranajes y, guiado por la inercia burocrática, iniciar el proceso contencioso administrativo y llevarlo hasta casación. ¿Se interpuso esta demanda por interés público o bien común? En el utilitarismo benthamita se desconfía de abstracciones de este tipo si no se parte de la realidad, y es que, detrás de ellos, existen personas concretas, llamados funcionarios públicos, que no escapan al axioma de que cada quien busca su propia felicidad. Si se comprende bien esta constante, usualmente descartada de las ecuaciones, se podrá diseñar un procedimiento que verdaderamente cautele el interés fiscal y el derecho de los particulares.

¿Solo se trata de un caso? En el capítulo siguiente relatamos uno similar, aunque nos sirve para explicar otros temas. Lo cierto es que estamos ante una realidad desconcertante, indefectible, habitual.

3.2 Cuestionamiento utilitarista: ¿por qué?

Decir que la Administración Tributaria Aduanera cuestiona judicialmente las resoluciones del Tribunal Fiscal no genera ninguna sorpresa.

Empero, ¿no es extraño que la Administración Pública demande a la misma Administración Pública? Es decir, tenemos una primera parte en que la Administración Pública (SUNAT) califica los hechos, exige al particular el pago de tributos y/o multas, y resuelve la reclamación de dicho particular (primera instancia). En esta fase hay claramente una relación Administración – administrado. Y luego empieza la segunda etapa, cuando el particular apela. Así, nuevamente la Administración Pública (esta vez, el Tribunal Fiscal) hace un control legal de la resolución recurrida, que termina con su confirmación, anulación o revocación (segunda instancia). Hasta aquí asistimos a lo que parece ser un procedimiento regular de impugnación en sede administrativa (no decimos procedimiento general de impugnación).

Entonces, se produce una situación contra-intuitiva, porque vemos que la Administración Pública (SUNAT), que resolvió en primera instancia, demanda judicialmente a la Administración Pública (Tribunal Fiscal), que resolvió en segunda instancia.

Si la Administración Pública no va respetar la resolución emitida por ella misma, entonces ¿para qué se ha seguido ese procedimiento previo al proceso judicial?

Esta situación nos lleva a varias preguntas. ¿Cómo es posible que un procedimiento administrativo, dirigido, controlado y resuelto por la Administración

Pública pueda ser impugnado judicialmente por la propia Administración Pública? Tal vez debamos retroceder un poco más: ¿Por qué existe ese procedimiento de controversia administrativa previo al judicial? ¿Realmente SUNAT tiene facultad para interponer demanda contenciosa administrativa contra resoluciones del Tribunal Fiscal? Y si la tiene, ¿es beneficioso para la sociedad (no decimos ya para el particular directamente afectado, que, muy probablemente, responda en sentido negativo)?

Estas son las preguntas que trataremos de resolver.

3.3 Auto-tutela administrativa: ¿Cuál es su fundamento desde la perspectiva de los particulares?

Parafraseando el cuento jurásico de Augusto Monterroso, podemos decir que, cuando llegamos, la auto-tutela administrativa ya estaba ahí. Y, por supuesto, lo aceptamos. Lo aceptamos como sucede con tantas otras situaciones. Pero, la verdad, esta institución no puede evitar generar, cuando menos, la sensación de una clara inequidad entre la Administración Pública y nosotros los particulares.

La auto-tutela administrativa tiene, en esencia, tres características. Primera: la presunción de validez de los actos administrativos; esto es, la facultad de la Administración Pública de alterar situaciones jurídicas, reconociendo derechos e imponiendo obligaciones, deducidos de un marco jurídico. Segunda característica: la facultad de resolver la controversia generada, precisamente, por esa alteración de situación jurídica. En efecto, dado que los actos

administrativos se presumen válidos, es el particular quien debe accionar³⁶ contra ellos. La tercera característica es el privilegio de ejecutar sus decisiones.

Generalmente, solo después de culminado el procedimiento administrativo el particular puede recurrir a sede judicial o constitucional.

La pregunta es: ¿por qué los particulares aceptamos un mecanismo por el cual la otra parte (esto es, la Administración Pública) organiza el procedimiento de controversia, lo dirige y culmina con un acto administrativo que afecta nuestros intereses y pretensiones? Esto no lo admitiríamos entre privados; por eso recurrimos a un tercero imparcial. ¿Cuál es el fundamento de la auto-tutela administrativa desde la óptica de los privados?

Habrà quien haga reparos a esta pregunta, cuestionando que deba existir o deba encontrarse un fundamento desde la perspectiva privada. Para quienes así opinan basta la realidad; esto es, la existencia de un Estado que debe cumplir sus funciones (producir bienes y brindar servicios) de manera eficaz y eficiente, así como la coerción que lo haga operativo. Pero eso es creer que el Estado, y no la persona humana, es fin en sí mismo (lo cual sería contravenir, cuando menos, la Constitución Política del Perú, artículo 1º).

Entonces, ¿cuál es el fundamento de la auto-tutela administrativa para el particular? ¿Por qué la aceptamos (más allá de la coerción)? Pues, ciertamente, no vemos que se hayan formado movimientos ciudadanos, nacional ni internacional, para remover esta institución que surgió con la Revolución francesa y el nacimiento del Estado (aunque hay estudiosos que se remontan

³⁶ En efecto, el particular debe accionar. Respecto a la actuación probatoria, en principio, cada quien debe presentarlas. Decimos en principio porque, en valoración aduanera, por ejemplo, es el particular quien debe demostrar la procedencia del método Valor de Transacción.

hasta los últimos Luises). El peso de la historia, o la costumbre, no parece ser explicación suficiente para soportar tal inequidad.

De las tres características de la auto-tutela administrativa que vimos líneas arriba, centrémonos en el privilegio de resolver controversias. ¿Por qué la Administración Pública se sustrae (momentáneamente) al Poder Judicial? Una respuesta puede ser su función de cautelar el interés público y bien común. Sin embargo, como temas a resolver, el Poder Judicial lo puede tratar desde el inicio (tanto así, que actualmente lo resuelve al finalizar el procedimiento administrativo).

A la larga, la razón de la sustracción momentánea es porque existe el convencimiento que el proceso judicial es lento y carece de especialización (aún en juzgados y salas contenciosos administrativos con sub especialidad en derecho tributario y aduaneros). Entonces, se crea para la Administración Pública un mecanismo de apariencia judicial, que ha ido encontrando características propias. Es tratar de llegar a lo jurídicamente correcto sin tener que recurrir al siempre complicado, formalista y moroso Poder Judicial.

Pues bien, es la misma razón para el sector privado: Las controversias se definen con más rapidez en sede administrativa que en el Poder Judicial; es procesalmente menos formalista; y los funcionarios administrativos que resuelven tienen una especialización mayor que los jueces. Si se le diera al particular la oportunidad de reclamar o apelar directamente ante el Poder Judicial, probablemente preferiría seguir el procedimiento administrativo previo, un poco por lo dicho anteriormente y otro poco por la esperanza que significa cada instancia.

Sin embargo, la auto-tutela administrativa no puede ocultar sus limitaciones cuando vemos que cede espacio al arbitraje en contratos de gran inversión económica (aunque el resto de particulares debemos soportar aceptar la auto-tutela administrativa).

Esas limitaciones de la auto-tutela administrativa no hacen distinción al momento de afectar grandes o pequeñas inversiones económicas. La diferencia es que éstos carecen de la fuerza para negociar un arbitraje, debiendo aceptar la auto-tutela administrativa.

§ Legitimidad social

El procedimiento administrativo contencioso, mediante confrontación de posiciones ante la autoridad administrativa (autoridad que puede considerar argumentos propios), busca alcanzar la correcta aplicación de la disposición jurídica en sede administrativa. Sin embargo, dado que las disposiciones jurídicas generan múltiples interpretaciones, ¿cuál es esa “correcta aplicación”?

Cassagne propone una delimitación conjunta de corte axiológico y teleológico:

El procedimiento administrativo constituye [...] un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación con el interés público o bien común que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia). (Cassagne, 2010: p.629)

Encuadrar el acto administrativo en un marco jurídico de interés público o bien común, aplicado de manera justa o razonables, es una perspectiva ampliamente mayoritaria. Difícil será encontrar un autor que actualmente exprese lo contrario. Ni el positivista más radical aceptaría pacíficamente que se le aplique una sanción tributaria aduanera aplicada injustamente.

El mayor reto de la auto-tutela administrativa es tratar de evitar que la Administración Pública, en su rol de juez y parte, se parcialice consigo misma. Lo debe evitar, por razones éticas, por supuesto; pero también por el hecho que la institucionalidad es indispensable para la inversión privada, motor del crecimiento y desarrollo de un país.

Para sostener un sistema imparcial, la ley establece una serie de principios y reglas destinadas a equilibrar formalmente la controversia, como si ambas partes estuvieran en igualdad de condiciones. Es claramente un equilibrio formal. Si no se cumplen las disposiciones de imparcialidad o su contenido es vaciado, la controversia se convierte en una farsa. Admitamos que la Ley General de Procedimiento Administrativo y el Código Tributario contemplan una generosa relación de derechos y garantías en favor del particular que, en su gran mayoría, se cumplen decorosamente. Pero sigue siendo un equilibrio formal.

Los privados aceptamos la auto-tutela administrativa cuando ésta posee legitimidad y no lo vemos como una pantomima en la que todos sabemos que la Administración Pública (la otra parte) ganará la controversia en la mayor parte de los casos simplemente porque está defendiendo sus pretensiones.

Es más, la Administración Pública puede motivar perfectamente su resolución. Basta escoger la interpretación más beneficiosa a su pretensión y desarrollarla. En teoría, esa pretensión puede asociarse con el interés público, pero sería ingenuo si no entendemos que la Administración Pública se desenvuelve a través de funcionarios que tienen controles que los impulsa a perseguir casos como el presentado al inicio de este capítulo. ¿El procurador de SUNAT busca la verdad y justicia o ganar el caso presentándolo desde una óptica más favorable a su acreencia?

En el tema tributario aduanero, la controversia administrativa la resuelven SUNAT y el Tribunal Fiscal. Habrá quien manifieste que se desarrolla de manera imparcial. Es cierto, desde el punto de visto formal.

En primera instancia, quien resuelve es un funcionario de SUNAT, muy atento a la fiscalización de control interno de su institución. Si existe un argumento, así sea con el mínimo soporte en favor de la Administración Pública, aunque carezca de razonabilidad, será el que esgrima y con el que resolverá el caso.

La segunda instancia se encuentra a cargo del Tribunal Fiscal, entidad que proyecta una imagen de mayor imparcialidad.

En todo caso, admitimos que se trata de percepciones teñidas de subjetivismo. Aunque se encuestara a los recurrentes, nos seguiríamos manteniendo el campo personal. Se necesitaría hacer una revisión exhaustiva de todas las resoluciones de SUNAT y el Tribunal Fiscal para contrastar la percepción con la realidad. Ello no nos es posible. Sin embargo, podemos mostrar algunas resoluciones que desnudan las falencias del sistema (mas no las personales, pues existe amplio consenso del alto grado profesional de ambas instituciones).

Esta investigación empezó preguntándose qué manera tenemos para descubrir la real naturaleza del procedimiento administrativo contencioso. Y se respondía expresando que una de las maneras era determinar si la auto-tutela administrativa era o no una pantomima, ya sea de modo parcial o completo. ¿Cómo se podía determinar ello? Preguntándonos en qué casos la Administración Pública (SUNAT) está dispuesta a respetar las propias resoluciones de la Administración Pública (Tribunal Fiscal). Es decir, en qué

situaciones SUNAT realmente tiene o debería tener legitimidad activa para obrar. O, si más bien, dicha facultad no tenía límite alguno, con lo cual las resoluciones del Tribunal Fiscal no tenían mayor relevancia para el acreedor estatal.

Empero, hemos ido virando a una visión de conjunto para preguntarnos si el particular se encuentra en un estado de indefensión sustancial (más no procedimental ni procesal).

En el caso tributario aduanero con que empezó este sub capítulo, ¿SUNAT se encontraba, o debería encontrarse, facultada a interponer demanda contencioso administrativo contra la resolución del Tribunal Fiscal? La respuesta dará algunas luces acerca de si la auto-tutela administrativa en el campo que nos ocupa es o no una pantomima. La pregunta en sí constituyó la perturbación que dio inicio a la investigación, pero su respuesta ya no es suficiente para explicar la situación de indefensión del ciudadano frente a la jurisdicción.

3.4 Procedimiento contencioso tributario: ¿Procedimiento lineal o trilateral³⁷?

SUNAT emite una resolución (conteniendo un acto administrativo) exigiendo el pago de tributos y/o recargos o aplicando una sanción. El particular interpone recurso de reclamación y SUNAT resuelve en primera instancia. Si es contraria al particular, éste apela para que la causa sea elevada al Tribunal Fiscal a fin que resuelva la impugnación.

³⁷ La naturaleza jurídica del procedimiento trilateral no es jurisdiccional, sino administrativa. A lo largo de la historia el Estado, como concepto, ha ido variando sus funciones en relación al mercado, desde la actitud pasiva (llamado Estado policía, que después de tantos regímenes dictatoriales y totalitarios ya no parece ser el mejor significante), pasando por ser gestor directo en la prestación de bienes y servicios, hasta asumir el rol activo de árbitro y de regulador de las condiciones de mercado entre particulares, con facultad de dirimir sus controversias. El procedimiento trilateral se inscribe en esta última etapa. Para estos temas, ver Zegarra (2015).

Hasta este momento estamos ante una típica relación lineal Administración – administrado de auto-tutela administrativa. Pero el Código Tributario añade un elemento que recompone el procedimiento administrativo:

Artículo 149º.- Administración Tributaria como Parte

La Administración Tributaria será considerada parte en el procedimiento de apelación, pudiendo contestar la apelación, presentar medios probatorios y demás actuaciones que correspondan.

Así visto, formalmente, la apelación se convierte en un procedimiento trilateral: de una parte, el particular, y de la otra, SUNAT; ambos ante el Tribunal Fiscal. Empero, ¿realmente es un procedimiento trilateral?

Ley de Procedimiento Administrativo General

Procedimiento trilateral

Artículo 229º.- Procedimiento trilateral

229.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la presente Ley.

Ley de Procedimiento Administrativo General

Título Preliminar

Artículo 1º.- Ámbito de aplicación de la ley

[...]

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

229.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como “reclamante” y cualquiera de los emplazados será designado como “reclamado”.

Artículo 230º.- Marco legal

El procedimiento trilateral se rige por lo dispuesto en el presente Capítulo y en lo demás por lo previsto en esta Ley. Respecto de los procedimientos administrativos trilaterales regidos por leyes especiales, este capítulo tendrá únicamente carácter supletorio.

Claramente, el procedimiento trilateral alcanza a dos administrados (pudiendo ser alguno de ellos una entidad pública, pero en su condición de administrado), ambos ante la Administración.

Ahora bien, recordemos que el citado artículo 230^o también contempla procedimientos trilaterales especiales. Morón Urbina (2001: p.491) expresa que, además de la modalidad general, el procedimiento trilateral también puede tener como materia un conflicto previo entre Administración y administrado (es decir, pre-existe un acto administrativo –y, aunque no lo dice expresamente, por qué no una resolución proveniente de una impugnación ante el emisor–). Señala como ejemplo, precisamente, el que se desarrolla en el ámbito fiscal.

A nuestro entender, el procedimiento SUNAT – Tribunal Fiscal, si bien desde el punto de vista formal es un procedimiento trilateral regido por ley especial, cual es el Código Tributario (ya hemos dicho que por disposición expresa SUNAT asume calidad de parte cuando el ciudadano apela); desde el punto de vista sustancial no puede evitar dejar ver que se trata de un procedimiento lineal.

Primero, no empieza con una reclamación, sino con la apelación que será resuelta por el Tribunal Fiscal. Cierto es que se trata de una objeción meramente formal.

Segundo, no se admiten pruebas previamente requeridas al particular en la etapa de fiscalización, lo cual evidencia que la supuesta trilateralidad está condicionada procedimentalmente por la primera etapa resolutive; esto es, se trata sencillamente de un procedimiento lineal que sigue su curso:

Artículo 141^o.- Medios probatorios extemporáneos

No se admite como medio probatorio bajo responsabilidad, el que habiendo sido requerido por la Administración Tributaria durante el proceso de verificación o fiscalización no ha sido presentado y/o

exhibido, salvo que el deudor tributario pruebe que la omisión no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera u otra garantía por dicho monto que la Administración Tributaria establezca por resolución de superintendencia, actualizada [...].

Tercero, el Tribunal Fiscal es un órgano resolutorio del Ministerio de Economía y Finanzas, que es el acreedor financiero del tributo y/o la multa. No tiene otra función. Claramente es el órgano resolutorio de apelación que ha sido desgajado de SUNAT para concederle autonomía respecto de éste (y, normativamente, también del Ministerio).

En esencia, estamos ante el procedimiento lineal, convertido formalmente en procedimiento trilateral³⁸.

Este ropaje de procedimiento trilateral servirá para reforzar la legitimidad activa de SUNAT, cuya facultad legal empieza, paradójicamente, con una denegatoria (otra vez, meramente formal) para culminar concediéndole facultad total de impugnación (salvo las resoluciones de observancia obligatoria, que se sustenta en otro artículo del Código Tributario):

En efecto, el Código Tributario inicia con un contundente

Artículo 157^o.- Demanda contencioso administrativa
[...]

La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa.

Pero inmediatamente añade la excepción que remite a una disposición que le otorga facultad total para impugnar judicialmente (repetimos, salvo las resoluciones de observancia obligatoria, que se sustenta en otro artículo):

³⁸ La RTF No.04843-A-2019, página 4/5, no deja dudas de la opinión del Tribunal Fiscal acerca de la naturaleza de su actuación: “En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas.”

Código Tributario

Artículo 157º.- Demanda contencioso administrativa

[...]

La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10º de la Ley No.27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Y la Ley de Procedimiento Administrativo General, solo en el primer inciso del artículo 10º, es suficiente para que SUNAT recupere, sin ninguna limitación, toda la facultad que se le había negado en la primera línea del Código Tributario:

Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14º.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

¿Estamos ante una simple antinomia jurídica? Hemos visto disposiciones de igual jerarquía, publicadas el mismo día, expresando exactamente lo contrario una de otra³⁹. No debería llamar la atención que la contradicción se produzca en el mismo párrafo.

³⁹ El 18 de diciembre de 2018 se publicaron la Ley No.29303 y el Decreto de Urgencia No.050-2018, ambos modificando en sentido diferente el Decreto Legislativo No.843, artículo 1º, literal a).

A nuestro juicio, si tenemos en cuenta su antecesora y los motivos que generaron el cambio normativo, no estaríamos ante una simple torpeza de técnica legislativa, si no a un esfuerzo más por tratar de limitar, infructuosamente, el poder de SUNAT⁴⁰.

3.5 Cuestionamientos (errados) a la legitimidad para obrar activa de SUNAT

La pregunta es válida desde que el Código Tributario, artículo 157^º, es en sí mismo una contradicción. Por lo demás, el planteamiento del problema no es nuevo y ha sido abordado de diferentes maneras. Sin embargo, hasta ahora no ha sido satisfactoria su cuestionamiento.

3.5.1 Tribunal Fiscal como superior jerárquico de SUNAT

Loayza cuestiona la legitimidad para obrar de SUNAT partiendo de la premisa que el Tribunal Fiscal es el superior jerárquico de SUNAT:

En ese sentido, cuestionamos la legitimidad activa para obrar de la Administración Tributaria, en estricto la de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT),

⁴⁰ La normatividad predecesora establecía que SUNAT, antes de cuestionar judicialmente la resolución del Tribunal Fiscal, debía tener autorización del ministro de Economía y Finanzas (quien, previamente, contaba con una recomendación en ese sentido de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, entendiéndose que si no había generado informe a favor es porque el caso no lo ameritaba). Era una buena disposición, pero el caso Barrick y su exposición mediática terminó por revertirla. ¿El Tribunal Fiscal resolvió de manera incorrecta? ¿Hubo negligencia de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero al no dar trámite a la demanda?

<https://larepublica.pe/politica/354718-el-caso-minera-barrick/>
<http://www.olca.cl/oca/peru/huaraz03.htm>

Así naufragó el primer esfuerzo serio por controlar la facultad de SUNAT. Eso explica la contundencia de la frase inicial como una manera de no cejar en la voluntad de controlar el poder de SUNAT, aunque el texto que le sigue termine derrotándolo. Y es que todo intento de hacerlo estará condenado al fracaso si no se considera que SUNAT es un actor político en sí mismo.

La exposición de motivos al Decreto Legislativo No.981 (15.03.2007), que es la disposición vigente, señala que la modificatoria tiene “la finalidad de limitar la posibilidad de que la Administración Tributaria impugne la resolución del Tribunal Fiscal mediante la demanda contencioso administrativa [...]”.

respecto a la demanda contenciosa administrativa contra la Resolución emitida por el Tribunal Fiscal (RTF), siendo éste último el superior jerárquico y última instancia en materia resolutoria, pero que, excepcionalmente, facultado por el artículo 157° del Código Tributario, la SUNAT interpone demanda contenciosa cuando ésta demuestra que la RTF es nula de acuerdo a lo contemplado en el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), evidenciándose la carencia de un juicio de validez del acto administrativo previo, y una norma bastante poco flexible concerniente a la nulidad del acto administrativo a razón de la aplicación en demasía de los numerales 1 y 2 del mismo cuerpo de ley, las mismas que se refieren a aquellas resoluciones que contravienen a las normas o tengan un vicio de invalidez. (Loayza, 2016: p.11)

Claramente parte de una premisa errada. SUNAT y el Tribunal Fiscal son dos instituciones autónomas, sin subordinación. No existe jerarquía entre ellos, a menos que lo veamos desde el punto de vista procedimental (esto es, que uno revisa la resolución del otro), en cuyo caso el término poco o nada aporta al tratamiento del problema.

3.5.2 Concepto de nulidad

Por su parte, León enfatiza el concepto nulidad.

En efecto, relaciona nulidad a graves vicios de legalidad. Se trata de una situación excepcional y debe ser distinguida de la interpretación como medio para dar sentido a una disposición:

Nótese que estamos hablando de actos administrativos que tengan vicios graves de validez y no de aquellos en los que el Tribunal analizó el caso concreto y revocó el acto administrativo emitido por la SUNAT por encontrar que su interpretación no era la correcta. (León, 2014: p.263-264)

Y añade:

De ser así, ¿Llegaríamos a que todas las interpretaciones distintas a la posición de la SUNAT resultan ilegales? No nos parece que esa deba ser la lectura de esta causal porque dicha conclusión nos

llevaría a sostener que todas las RTF's que concluyan con una posición diferente a la de la Administración podrían ser nuevamente evaluadas en perjuicio de la seguridad jurídica, que es un derecho que tiene todo contribuyente. (León, 2014: p.263-264)

Seguidamente, aborda el problema práctico de su posición:

¿Para que dicho magistrado llegue a poder afirmar que la RTF es nula necesitaría analizar el fondo del asunto? Esto es, para llegar a la certeza de que se está ante un vicio de validez flagrante, ¿no debería deslindar que no se está simplemente ante un criterio interpretativo diferente del Tribunal Fiscal? Y para ello, ¿no necesitaría conocer del tema analizado en la RTF? ¿No sería adelantarse a conocer el tema de fondo sin haber admitido la demanda? (León, 2014: p.266)

Y termina aceptando que el procedimiento vigente al momento de escribir su ensayo, el cual obligaba a SUNAT a obtener la autorización ministerial, es una solución, si bien no perfecta.

León avanza en la solución del problema, pero incurre en una imprecisión que es necesario advertir. Distinguir interés público o vicio grave de validez de la interpretación normativa es imposible. Tanto la argumentación de SUNAT como la del Tribunal Fiscal se realiza a base de interpretaciones. Interpretar es dar sentido a una disposición (inclusive la opción literal es interpretación). Y cualquiera de los dos podría tener razón o equivocado.

León acierta al advertir que, para determinar el interés público o el vicio grave de validez, el juez tendría que resolver el caso, y si lo hace a favor del ciudadano, SUNAT impugnará hasta llegar a casación si es necesario, con lo cual poco ha servido enfatizar ambos conceptos. Por ello, encamina bien su trabajo al aceptar que la demanda sea tamizada por la autorización ministerial, conforme a la normatividad tributaria vigente al momento de escribir su artículo.

3.5.3 Titular de la situación jurídica amenazada o vulnerada

3.5.3.1 Óptica del ciudadano

Fernández Cartagena merece mayor reconocimiento.

En efecto, tanto por ser uno de los primeros autores en tratar el tema (si no el primero en Perú) como por la profundidad de sus ideas (pese a que su ensayo es el de menor extensión), especialmente por ser el único en aludir a la Constitución Política.

Empieza su ensayo marcando que el legitimado para accionar “es el único que podrá iniciar un proceso contencioso administrativo” (Fernández Cartagena, 2004: p.270) y, seguidamente, constitucionaliza el tema:

Ahora bien, solo se encuentra legitimado constitucionalmente para iniciar el proceso contencioso administrativo aquel que afirma ser el titular de la situación jurídica que ha sido amenazada o vulnerada por la actuación administrativa sobre el cual versa el proceso.

En ese sentido, la Administración no puede tener legitimidad para iniciar este tipo de procesos pues nunca poseerá la titularidad de la situación jurídica vulnerada o amenazada. (Fernández Cartagena, 2004: p.270)

Añade:

Si la Administración considera que el acto que emitió es ilegal y lesiona el interés público solo tiene dos vías: (i) declarar la nulidad de oficio del acto administrativo; o, (ii) acudir a la vía judicial iniciando un proceso de lesividad [...]. (Fernández Cartagena, 2004: p.275-276)

Recordemos la Carta Magna nacional:

Constitución Política de 1993

Artículo 148º.- Acción contencioso-administrativa

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

El argumento de Fernández Cartagena (que por cierto no desarrolla el tema constitucional) incurre en una sutil contradicción. Veamos: nos dice que una vez emitida la resolución del Tribunal Fiscal, solo el ciudadano se encuentra facultado constitucionalmente a iniciar el proceso contencioso administrativo (“en razón de ser el titular de la situación jurídica que ha sido amenazada o vulnerada por la actuación administrativa sobre el cual versa el proceso”). Pero ese “solo” queda relativizado rápidamente, porque a continuación el autor admite que la Administración Pública (Tribunal Fiscal) también se encuentra facultado a recurrir, precisamente, al proceso contencioso administrativo, vía acción de lesividad.

Entonces, la pregunta es: ¿cuál es la razón constitucional que permite a la Administración Pública (Tribunal Fiscal) recurrir al juez para solicitar la nulidad de su propia la resolución? Fernández Cartagena no lo señala, pero no sería inapropiado responder en su nombre: el interés público. Interés público es un concepto indeterminado, todavía por construirse. Nada obsta para incluir dentro del concepto interés público la coherencia normativa y correcta interpretación de las disposiciones, lo cual, por demás, es perfectamente constitucional.

Siendo así, por qué no puede ser éste el sustento constitucional para que a su vez SUNAT interponga demanda contenciosa administrativa contra las resoluciones del Tribunal Fiscal (ya contando con facultad legal para hacerlo). Es más, los autores pueden cuestionar la legitimidad activa de la Administración Tributaria Aduanera, pero no hay uno solo que ponga en duda la acción de lesividad, y en el fondo, las razones para sustentar ésta y la demanda bien pueden ser las mismas.

Inclusive, desde el punto de vista de seguridad jurídica, el plazo para interponer demanda contencioso administrativo (tres meses) es mucho menor al de la acción de lesividad, por lo que siendo menor el lapso de precariedad también es notoriamente menor la inseguridad jurídica.

En consecuencia, SUNAT no podrá recurrir al proceso contencioso administrativo como sujeto a quien la actuación administrativa haya transgredido derechos subjetivos, sino amparado en la razón constitucional de alcanzar una correcta interpretación de la disposición tributaria aduanera dentro del ordenamiento jurídico.

Cierto es que, dentro de la exposición de Fernández Cartagena, la acción de lesividad del Tribunal Fiscal tiene carácter excepcional.

Ahora bien, la excepcionalidad de la lesividad (no establecida de manera expresa, aunque aparentemente limitada por el interés público y los derechos fundamentales) es mucho más real que la excepcionalidad de la demanda contenciosa de SUNAT (expresamente contemplada). ¿Por qué funciona en una (la acción de lesividad), pero no tiene la menor repercusión en otra (la demanda contenciosa administrativa). Ello no obedece a criterios jurídicos (legales o doctrinarios), sino a razones propias del utilitarismo benthamita, de lo cual hablaremos a continuación.

3.5.3.2 Óptica del Poder Judicial (Titular de la situación jurídica amenazada o vulnerada)

La Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Sexta en lo Contencioso Administrativo con Sub-especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros, se

pronunció en la resolución No.2 del expediente No.04855-2019-45-1801-JR-CA-18.

El órgano jurisdiccional admite que el Código Tributario, artículo 157º, prescribe que SUNAT carece de legitimidad para obrar activa, y solo excepcionalmente puede impugnar judicialmente las resoluciones del Tribunal Fiscal bajo las causales de nulidad contempladas en la Ley de Procedimiento Administrativo General, artículo 10º; pero añade:

Expediente No.04855-2019-45-1801-JR-CA-18

Resolución 2, considerando quinto

[...] no menos verdad es que el referido precepto no puede ser interpretado de manera restrictiva, sino por el contrario en forma amplia, con la finalidad de garantizar el pleno y adecuado ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva;

Expediente No.04855-2019-45-1801-JR-CA-18

Resolución 2, considerando sexto

Que, por lo demás, una interpretación literal y restrictiva de la acotada disposición, como pretende la defensa técnica de la empresa coemplazada, importaría igualmente soslayar la principal característica del actual proceso contencioso administrativo, cuya finalidad ya no se ciñe sólo a la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado, sino, en caso de declararse fundada la demanda, al restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, incluso cuando no hayan sido pretendidas en la demanda, acorde con lo prescrito en el artículo 41, inciso 2, del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificada por el Decreto Legislativo número 1067, aprobado por Decreto Supremo número 013-2008-JUS, lo que no tiene por qué ser concebido exclusivamente en beneficio del administrado, como parecería argumentarse implícitamente en la tesis del medio de defensa de forma propuesto;

Permítanos resaltar la última frase:

Expediente No.04855-2019-45-1801-JR-CA-18

Resolución 2, considerando sexto:

[...] adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada [...], lo que no tiene por qué ser concebido exclusivamente en

beneficio del administrado, como parecería argumentarse implícitamente en la tesis del medio de defensa de forma propuesta;”

Es decir, el Tribunal Fiscal lesiona la pretensión (por ejemplo, acreencia) de SUNAT y ésta puede recurrir al Poder Judicial.

La resolución judicial no analiza si existe o no trilateralidad (aunque, como ya hemos visto, formalmente tiene ese ropaje) y se encuentra en las antípodas al pensamiento de Fernández Cartagena.

Aunque el Poder Judicial no citó la Carta Magna en su favor, bien pudo haber dicho que, finalmente, la letra constitucional no limita el proceso contencioso administrativo al uso exclusivo del particular (término que incluye a la entidad pública en tanto administrado):

Constitución Política de 1993:

Artículo 148º.- Acción contencioso-administrativa

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

3.6 Excepcionalidad: acción de lesividad e interés público

La característica denominada “excepcionalidad” tampoco tiene efecto alguno, así la doctrina intente darle relevancia, pues no existen criterios para determinarlo. Si funciona en unas ocasiones, no es por el sistema jurídico, sino por los elementos psicológicos que destaca el benthamismo.

3.6.1 Excepcionalidad en acción de lesividad

Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo 213º.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10º, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre

que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

[...]

213.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años [...].

213.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

213.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo puede ejercerse dentro del plazo de dos (2) años contados desde la fecha en que el acto haya quedado consentido. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

Antes de empezar, parece necesario distinguir la acción de lesividad de la demanda contencioso administrativa propiamente dicha. En la acción de lesividad, la Administración Pública recurre al Poder Judicial respecto a resoluciones emitidas por la propia entidad, mientras que en la demanda contenciosa la recurrente no ha expedido la resolución impugnada.

A nivel doctrinario⁴¹ existe consenso en que el principio de lesividad es excepcional y de última ratio (porque se parte de la presunción de validez del acto administrativo, también vinculante para ella misma, no pudiendo desconocerlo unilateralmente, por lo menos, en principio). Nuestra Ley de

⁴¹ Trisoglio (2011: p.341, 348).

Procedimiento Administrativo General no utiliza el término excepcional, pero lo circunscribe a dos conceptos: derechos fundamentales e interés público. El primero tiene un marco delimitado, mientras el segundo es indeterminado.

Lo interesante es que la excepcionalidad, aunque no proviene de la Ley de Procedimiento Administrativo General, sino de la doctrina, realmente es excepcional. SUNAT, y ninguna entidad pública en general, recurre a la nulidad de la resolución firme (y, si lo hace, es realmente es excepcional). Asimismo, el Tribunal Fiscal tampoco lo invoca.

¿Por qué se cumple la excepcionalidad en la acción de lesividad, donde no está señalada legalmente (aunque sí lo apunta la doctrina), y, en cambio, no se verifica en la demanda contencioso administrativa, donde la ley sí establece expresamente esta característica?

Recordemos:

Código Tributario

Artículo 157^o.- Demanda contencioso administrativa

[...]

La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa.

De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10^o de la Ley No.27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Hay una explicación benthamita. ¿Cómo se vería SUNAT si recurre al Poder Judicial para invalidar sus propias resoluciones en el mismo porcentaje en que SUNAT impugna las resoluciones del Tribunal Fiscal o en la cantidad de casos que ha perdido en sede judicial?⁴² Por supuesto que, además del

⁴² Claro, se podría decir que sus resoluciones jamás incurren en vicios que acarreen nulidad de pleno derecho, pero ello se ve desmentido por las veces que el Poder Judicial ha sentenciado en su contra.

escándalo, sería reorganizada como institución. SUNAT, a través de sus funcionarios, van hacer todo lo posible para que ello no suceda y eso incluye resolver siempre a su favor, aunque carezca de sentido, salvo que el derecho del privado se encuentre absoluta e indubitablemente ceñida a la letra del texto legal, en interpretación por subsunción. Queda descartada, pues, cualquier argumentación que se aleje de esos parámetros. Por supuesto, control interno, si es que tiene entre sus funciones revisar las resoluciones, será un mecanismo más para que el funcionario público se atenga a esos límites.

3.6.2 Excepcionalidad en interés público

¿Qué significa, entonces, excepcional? ¿Significa que, si bien la demanda de SUNAT puede fundamentarse en la transgresión de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, no todas pueden ser invocadas? ¿Una son más relevantes que otras? ¿Quién establece ese criterio habida cuenta que el procurador público no distinguirá pues su función es impugnar lo resuelto contra SUNAT? Pues tendrá que ser el juez. ¿Y con qué parámetro lo hará?

- ¿Por la cuantía de la controversia? No parece ser lo más lógico, pues el monto puede ser diminuto en ese caso particular, pero alto en procesos que vienen atrás o en conjunto.
- Tal vez lo que es relevante para la sociedad. ¿Significa que, si se trata de infracciones tributarias aduaneras, unas son más importantes que otras? ¿Cuáles? ¿Se discriminará las que tienen incidencia tributaria respecto de las que correspondan al incumplimiento de autorizaciones sectoriales o las que, en general, constituyen declaración falsa o errada ante el Estado?

Debido a esta indeterminación, el concepto interés público ha sido llamado institución inútil, lo cual se encuentra acorde con la desconfianza que Bentham tiene por este tipo de abstracciones:

Afirmamos en este escrito [tesis de doctorado] que el interés público como concepto jurídico indeterminado es una institución inútil para afrontar las complejidades asociativas, debido a la amplitud de subjetividad.

La inoperancia de este concepto jurídico indeterminado, se resuelve con la admisión de un tipo de concepto que osamos denominar: concepto jurídico de determinación en sentido general, del cual se desprende, por un lado, el reconocimiento de la exigencia jurídica y democrática que en la constitución política se estipule textualmente el concepto de interés público, con lo cual se resolvería la amplitud de determinación que gozan tanto la administración como el juez (Amplitud de subjetividad), y por el otro, que de esto se desprenda una nueva causal de control de las actuaciones de la administración, que denominamos: lesión al interés público. (López, 2016: p.7)

Por último, sea cual fuere, una vez iniciado el proceso judicial habrá que seguirlo en todas las instancias y hasta casación para determinar si era relevante o no, con la posibilidad que el particular pierda el caso, pues siempre es factible encontrar elementos diferenciadores respecto de casos anteriores que hayan fijado criterios.

3.6.3 Las resoluciones de observancia obligatoria del Tribunal Fiscal

Recordemos nuevamente que el Código Tributario, artículo 157^o, faculta a SUNAT, “De modo excepcional” (sic) excepcionalmente, cuestionar judicialmente las resoluciones del Tribunal Fiscal.

El mismo texto legal permite al Tribunal Fiscal establecer resoluciones de observancia obligatoria, que no pueden ser objeto de impugnación:

Artículo 154^o.- Jurisprudencia de Observancia Obligatoria
Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las

emitidas en virtud del artículo 102º, las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el diario oficial El Peruano.

[...]

En los casos de resoluciones que establezcan jurisprudencia obligatoria, la Administración Tributaria no podrá interponer demanda contencioso-administrativa.

Es válido preguntar si el término “excepcional” se refiere a todos los demás casos que no cuentan con resolución de observancia obligatoria?

No es así porque entonces ya no habría tenido sentido haber establecido la excepcionalidad en el citado artículo 157º. Sencillamente, todos los casos que no tuvieran resolución de observancia obligatoria serían susceptible de impugnar judicialmente. La excepcionalidad opera, precisamente, sobre los casos que carecen de dicha resolución de observancia obligatoria.

Además, en la realidad, lo excepcional son las resoluciones de observancia obligatoria y no la multiplicidad de casos resueltos por el Tribunal Fiscal.⁴³

En los últimos años, la observancia obligatoria solo ha sido establecida después que la Corte Suprema de la República se ha pronunciado en casación, con lo cual, ciertamente, su aporte ha sido poco significativo⁴⁴, salvo que sea

⁴³ En el portal electrónico del Tribunal Fiscal comprobamos que la Sala 6 (dedicada a temas aduaneros) expidió en el 2015 una resolución de observancia obligatoria; en el 2016, dos; en el 2017, una; en el 2018, dos. Por supuesto, ellos abarcaban varios casos.

⁴⁴ La RTF No.07957-A-2015 sobre duplicidad de criterio en clasificación arancelaria, así como la RTF No.10007-A-2018 sobre inicio de cómputo de plazos bajo el Protocolo Convenio de Cooperación Peruano – Colombiano y Ley de Amazonía, han sido calificadas de observancia obligatoria después de sentencias casatorias que confirmaban su posición.

ratificatorio de la posición SUNAT, en cuyo caso sí se han adelantado al Poder Judicial.

Este es el caso de la RTF No.09741-A-2019 (publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 15 de noviembre de 2019), de observancia obligatoria ratificando la posición de SUNAT (antes que el Poder Judicial tenga una posición definitiva). Precisamente por ello merecería una atención especial. En su página 7 se encuentra gran parte del fundamento, leyendo lo siguiente:

RTF No.09741-A-2019, página 7

Sobre el particular, el Instructivo INTA-IT.00.0425, vigente a la fecha de numeración de las declaraciones de importación analizadas, que es un procedimiento que regula las pautas de la correcta declaración de mercancías en el documento aduanero denominando “Declaración Aduanera de Mercancías”, señala que en las casillas 5.7 y 7.26 en mención se coloca el país de origen, esto es, país donde fue fabricada, explotada, extraída o cultivada la mercancía importada.

Empero, el Tribunal Fiscal no reproduce de manera completa lo que señala el citado Instructivo respecto a la casilla 5.7, disposición sumamente importante para resolver el caso. Este descuido no será relevante para el Poder Judicial, pese a la importancia que conlleva:

Instructivo DAM	RTF No.09741-A-2019
5.7 País de Origen Se indica el código del país donde fue fabricada, explotada, extraída o cultivada la mercancía importada u otra característica que confiera la condición de originaria a dicha mercancía	“[...] casillas 5.7 y 7.26 en mención se coloca el país de origen, esto es, país donde fue fabricada, explotada, extraída o cultivada la mercancía importada.”

Asimismo, el Tribunal Fiscal, a pesar de reiteradas resoluciones permitiendo el acogimiento al Drawback en tanto la factura nacional de exportación contenga la voluntad de acogimiento al régimen, no lo calificó de observancia obligatoria, seguramente en espera de la sentencia casatoria que ratificara su posición. Pero la Corte Suprema de la República más bien validó la interpretación de SUNAT. Obviamente, a partir de este momento no solo no cabe esperar una resolución de observancia obligatoria, sino que indudablemente el Tribunal Fiscal cambiará su posición.

3.7 Funcionarios y entidades públicas

¿Qué funcionario público construirá el concepto excepcionalidad? ¿Qué entidad pública interpretará las disposiciones de manera razonable o con sentido de justicia)⁴⁵?

3.7.1 Funcionarios de SUNAT

Los funcionarios de fiscalización de SUNAT tienen una función que cumplir, y lo harán bajo control interno. Si existe una interpretación que favorezca a SUNAT la adoptarán y sustentarán.

Pero no sucede así en todas las áreas. Los funcionarios de Intendencia o Gerencia Jurídica Aduanera tienen un campo discrecional un poco mayor. Por ejemplo, si la disposición legal expresamente permite la razonabilidad, es posible que la adopten. También, si existe un argumento indubitablemente a favor del ciudadano, concederán en darle razón.

Un ejemplo de cómo al interior de SUNAT se produce esta discrepancia se puede observar en el caso que presentamos en el siguiente sub-capítulo.

3.7.2 Tribunal Fiscal⁴⁶

⁴⁵ “El procedimiento administrativo constituye [...] un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación con el interés público o bien común que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia).” (Cassagne, 2010: p.629)

⁴⁶ El Tribunal Fiscal se encuentra regulado en el Código Tributario, Libro Segundo (denominado La Administración Tributaria y los Administrados). Claramente, el Tribunal Fiscal es parte de la Administración Tributaria. El artículo 53º señala que el Tribunal Fiscal es órgano de resolución en materia tributaria. Y el Título VII, desde el artículo 98º, regula la organización y funciones del Tribunal Fiscal. El artículo 99º establece que sus miembros son ratificados cada tres (03) años y que, “Sin embargo, serán removidos de sus cargos si incurrir en negligencia, incompetencia o inmoralidad, sin perjuicio de las

Antes, debemos preguntarnos por qué se creó el Tribunal Fiscal.

Si el Tribunal Fiscal no existiera, la apelación tendría que ser vista por el superior jerárquico dentro de la misma SUNAT⁴⁷. ¿Por qué no sucede así? ¿Por qué se crea un órgano administrativo adicional, cuya única función es resolver las impugnaciones contra las resoluciones de la Administración Tributaria?

Se ha dicho muchas veces, y es absolutamente cierto, que las inversiones económicas y, en general, el desarrollo de la vida económica del país necesita que la solución de conflictos se realice en un marco institucional que ofrezca credibilidad, siendo la materia tributaria aduanera una de sus áreas más sensibles.

Los ciudadanos veríamos con mucho escepticismo que la revisión del acto administrativo emitido por el órgano de SUNAT se encuentre a cargo del superior jerárquico dentro de la propia SUNAT. Siendo ambos órganos parte del acreedor tributario no sentiríamos verdadera imparcialidad. Las probabilidades que se ratifiquen las resoluciones impugnadas son tan altas que esta opción evidencia eficacia mínima. Aunque la entidad cuente con excelentes profesionales, el funcionario de SUNAT no transmite imparcialidad. La explicación benthamita salta a la vista: los funcionarios están atentos a control interno de su entidad, así como a mecanismos informales que tienden a volver sospechosas decisiones contrarias al fisco.

De otro lado, cuestionar el acto administrativo directamente en el Poder Judicial congestionaría esta sede sin llevar gran beneficio al privado.

faltas de carácter disciplinario previstas en el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento.”

⁴⁷ Siguiendo el esquema de revisión contemplado en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Estamos en un círculo vicioso. A fin de tratar de remediar esta situación, el Estado debe encontrar mecanismos para transmitir imparcialidad y obtener legitimidad. Está en juego la seguridad jurídica tributaria aduanera que requieren los actores económicos para el desarrollo del país.

Es necesario, pues, una instancia fuera de SUNAT y anterior al Poder Judicial, que goce de autonomía funcional, pero no solo normativa, sino real, y cuente con la especialidad que, a su vez, servirá al Poder Judicial como tamiz previo en la ponderación de argumentos.

Esa es la razón de ser del Tribunal Fiscal. Si la Administración Tributaria Aduanera tuviera la capacidad de enfocar la controversia desde el punto de vista del particular, analizar imparcialmente sus argumentos y, de haber elementos razonables para aceptar su posición, acogerla (desechando la suya), sin que ello genere suspicacia al interior de la institución o en país entero, y esto fuere una práctica normal, los ciudadanos, al momento de ser acotado, ni siquiera pensarían en impugnarla.⁴⁸ Pero no siendo así, el Tribunal Fiscal debería constituirse en esa entidad imparcial que provea legitimidad social a la Administración Pública.

Pero si las resoluciones del Tribunal Fiscal pueden ser impugnadas por SUNAT, entonces pierde gran parte de su razón de ser. ¿No acabábamos de decir que la etapa de apelación había sido sustraída de SUNAT precisamente porque carece de legitimidad social ante los actores económicos? Y ahora se le permite a SUNAT desconocer la resolución del Tribunal Fiscal. La Administración

⁴⁸ Colegas que residen en Inglaterra nos informaron que sus ciudadanos tienen esa buena percepción de su Administración Tributaria Aduanera; es decir, cuentan con tal legitimidad que raras veces sus acotaciones son impugnadas judicialmente.

Tributaria demanda a la Administración Tributaria. El sistema mismo parece convertirse en una pantomima.

El Tribunal Fiscal sustenta su legitimidad social en autonomía y especialidad. Nosotros ponemos en entredicho el cumplimiento de ambas características.

Respecto a la autonomía, el Estado peruano se ha esforzado en elaborar un estatuto legitimador. Si bien los vocales del Tribunal Fiscal son elegidos y ratificados cada tres (3) años por el Ministerio de Economía y Finanzas, que es el acreedor financiero de la obligación tributaria, la decisión es tomada por una Comisión⁴⁹. Dicha comisión está presidida, con voto dirimente, por un representante del Ministerio de Economía y Finanzas. A él se suman el presidente del Tribunal Fiscal, el decano de la facultad de Derecho de la universidad pública más antigua y el decano de la facultad de Derecho de la universidad privada más antigua.

El procedimiento de nombramiento considera los siguientes parámetros:

Etapa	Puntaje máximo	Puntaje mínimo	Peso
Evaluación de la hora de vida	100	N/A	15%
Evaluación de la calidad	100	70	30%
Evaluación de eficacia y eficiencia	100	70	30%
Evaluación psicológica y de competencias	100	70	15%
Entrevista persona	100	N/A	10%

Y para la ratificación, cada vocal presenta a la Comisión, entre otros documentos, tres (3) resoluciones en que haya participado como ponente (dándose por sobreentendido que son sus mejores ponencias). En contrapeso, el presidente del Tribunal Fiscal entrega tres (3) ponencias del vocal,

⁴⁹ Decreto Supremo No.180-2017-EF (21.06.2017), artículo 4º.

seleccionadas de manera aleatoria, de acuerdo a lo previamente determinado por la Comisión.

En la evaluación, la Comisión toma en cuenta diversos valores, como compromiso, capacidad, eficiencia, honestidad, etc.

Finalmente, la Comisión eleva su informe al ministro de Economía y Finanzas y éste al presidente de la República.

Ciertamente, es una metodología objetiva. Por supuesto, sería necesario conocer cómo los decanos llevan a cabo su labor. ¿Son especialistas en la materia? ¿Se conforman con un razonamiento formalmente correcto? ¿Lo coordinan con los catedráticos especialistas en Derecho aduanero? ¿Revisan si los vocales tienen votos discordantes o singulares? ¿La probidad (que, por supuesto, es un alto valor) termina superponiéndose al fondo de cada caso?

Se podrá decir, entonces, que el hecho que sea el ministerio de Economía y Finanzas quien nombre y ratifique a los vocales no tiene por qué influenciar sus decisiones. Sin embargo, en el caso que exponemos en el último capítulo del presente trabajo, referido a la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana, el Tribunal Fiscal decidió no hacer una interpretación razonable. Se trataba de hacer una simple interpretación sistemática de dos disposiciones de la Ley General de Aduana. Optó por aplicar un solo artículo de la ley. Ello no respondía a un desconocimiento de la materia, sino a una decisión; decisión que influyó al Poder Judicial al punto de prácticamente repetir textualmente sus resoluciones administrativas debido al carácter técnico de la materia aduanera. Fue necesario una ley del Congreso de la República para que se realizara una interpretación razonable. No es que el Tribunal Fiscal resolviera algo desquiciado. En lo absoluto. Como veremos en ese capítulo, resolvió bajo

patrones reconocidos dentro del campo interpretativo, desestimando una interpretación razonable.

El Tribunal Fiscal tiene autonomía limitada por el hecho de ser parte del acreedor financiero. ¿Basta una nueva forma de seleccionar o ratificar a los vocales del Tribunal Fiscal? No sería suficiente (y tal vez ni necesario, si es que se aborda al sistema y su problemática en conjunto).

Respecto a la especialidad (la otra razón de ser de los tribunales administrativos), es sabido que responde a la complejidad de la realidad. Sin embargo, no se ha considerado que la realidad también es compleja para el mismo Tribunal Fiscal. Un ejemplo lo encontramos en el caso relatado en el capítulo siguiente. Ahí, la Sala de Aduanas, por desconocer la relación informática entre los códigos y la liquidación, resuelve contra el ciudadano (y, en cambio, la Intendencia de Asesoría Jurídica Aduanera emite un informe en favor del ciudadano porque cuenta con capacidad de afirmar que los códigos informáticos no alteran la liquidación de tributos). Otro ejemplo es la resolución No.04471-A-2019. Aquí, el Tribunal Fiscal cuenta, entre las pruebas, una declaración aduanera que consigna maíz a granel y varias guías de remisión que también detallan maíz a granel. A ello se suma las fotografías tomadas por el funcionario aduanero en el local del importador, donde se aprecia un montículo de maíz a granel, pero rodeado en su base por sacos conteniendo maíz a granel (que el importador había ensacado y puesto como contención). El Tribunal Fiscal resuelve que, siendo el maíz una mercancía restringida desde el punto de vista sanitario, al momento de ingresar al país debió contener el número del lote en el producto. El Tribunal Fiscal añade que, al apreciar las fotografías, los sacos no cuentan con dicha información. De ello concluye que no puede deducir que se

trate de la mercancía en controversia. El Tribunal Fiscal comete un error de orden logístico, pues la mercancía a granel no se transporta en sacos (por eso se denomina a granel). Este caso es sencillo, pero da luces acerca de la complejidad que ha rebasado al Tribunal Fiscal.

El Tribunal Fiscal cuenta con autonomía y la ejerce, pero hasta el límite auto-impuesto por el hecho de, finalmente, ser un órgano del acreedor financiero. El Tribunal Fiscal cuenta con especialización y lo demuestra, pero inevitablemente es rebasado por la realidad.

Lo grave es que la autonomía y especialización, expuestas correctamente en unas resoluciones, proyectan esas características en otras resoluciones donde más bien carecen de ella. Y eso influye en los jueces como si todas las resoluciones pertenecieran al primer grupo.

No se trata de cambiar a los actuales vocales del Tribunal Fiscal ni de cambiar el estatuto de ingreso y renovación al cargo. Es necesario reconocer que algo no está funcionando. Y ese algo no se soluciona simplemente retirando a SUNAT la facultad para impugnar judicialmente las resoluciones del Tribunal Fiscal. Podemos adelantar que ese algo es la creación de un instituto nacional de investigación tributario aduanero, fuera del ámbito del ministerio de Economía y Finanzas, en los términos que desarrollamos más adelante. Estos últimos cuentan con el tiempo y la facilidad para internarse en la realidad, intercambiar opinión con los actores públicos y privados, y encontrar una solución justa a problemas transversales. La otra característica indispensable, denominada autonomía, la obtiene en la medida que no se encuentre bajo la línea del acreedor. En ese sentido, se puede recomendar adscribirlo a la Defensoría del Contribuyente. La imparcialidad, en tanto no dependiente de las partes. Aun así,

su legitimidad (esta vez, ante el Poder Judicial) la ganará en la medida que sus aportes sean razonables y sustentados.

3.7.3 Procuradores públicos

Los procuradores de SUNAT no tiene ninguna reticencia para impugnar las resoluciones del Tribunal Fiscal (aunque cuenten con respaldo de otras áreas de SUNAT). En realidad, esa es su función.

Por ello, la determinación de la excepcionalidad no puede quedar en manos del procurador público, pues su función es, precisamente, impugnar las resoluciones del Tribunal Fiscal, inclusive las razonables y justas.

3.7.4 Jueces

Las resoluciones del Tribunal Fiscal llegan al Poder Judicial con esa reputación de autonomía y especialización. Debemos decir que no todos los jueces sucumben a esa impresión. Pero el aspecto técnico exige un conocimiento que no es jurídico, y es ahí donde el juez no pueden ser los protectores del derecho de los ciudadanos.

Es cierto que los particulares cuentan con la defensa que le proporciona el abogado. Pero otra vez seríamos ingenuos si no tomamos consideramos que el juez desconfía de las partes, porque sospecha que cada uno le presentará el caso desde su óptica, ocultando ciertos aspectos inconvenientes a su pretensión. Atienza expresa que el juez se encuentra más comprometido con la justicia que las partes, que no es sino una manera elegante de decir lo que acabamos de señalar líneas arriba.

Frente a ello, el juez necesita ayuda.

La Academia tampoco la proporciona de manera completa. Después de todo, está integrada por profesores del sector público y privado, que tratarán utilizar esa plataforma.

Tampoco se trata de incorporar más técnicos al cuerpo de asesores judicial (aunque siempre será bien recibido).

Otra vez, debe reconocerse la diferencia entre un órgano resolutorio y un instituto de investigación.

3.8 Constitucionalidad (acercándonos al problema)

¿Es constitucional la legitimidad para obrar activa de SUNAT?

Si la presente tesis tratara únicamente de este tema la respuesta, ya sea en uno u otro sentido, sería falaz, a menos que enfoquemos el problema como parte de un sistema.

Su constitucionalidad puede sostenerse en los argumentos que hemos utilizado para rebatir a Loayza, León y Fernández Cartagena, líneas arriba. Además, proviniendo el procedimiento contencioso tributario de legislación especial, su trilateralidad no tiene por qué ajustarse a la configuración general.

Asimismo, recordemos que la disposición constitucional no está limitada expresamente al ciudadano. Así visto, se podría decir que también SUNAT puede demandar:

Constitución Política de 1993:
Artículo 148º.- Acción contencioso-administrativa
Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

Aquí podemos discutir la razón de ser del proceso contencioso, nacido para controlar la legalidad de los actos administrativos. Su esencia, pues, es

proteger al ciudadano. Pero un positivista kelseniano lo discutiría preguntando: ¿Y quién ha determinado esa esencia? ¿Acaso las instituciones jurídicas no pueden evolucionar? Sencillamente, si se trata de dos entidades públicas, nada obsta para que SUNAT cuestione judicialmente al Tribunal Fiscal, sobre todo si el resultado será la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, el cual es, de por sí, un valor constitucional.

Además, no solo estamos hablando de dos instancias administrativas, que suele ser lo usual. Distinto fuera que se tratara de una mayor cantidad de capas que hiciera pensar, más bien, en obstáculos para acceder al Poder Judicial.

Su inconstitucionalidad, en cambio, enfatizaría lo sustancial contra lo formal, tal como hemos desarrollado, también líneas arriba. Es decir, si SUNAT (acreedor tributario legal) puede impugnar judicialmente la decisión del Tribunal Fiscal (órgano del acreedor tributario financiero), la auto-tutela administrativa se acerca bastante a una pantomima.

Ahora bien, imaginemos que, indubitablemente, la legitimidad para obrar activa de SUNAT fuera inconstitucional. Su solución, siguiendo lo planteado por Loayza, León y Fernández Cartagena, tendría que ser eliminar la facultad de SUNAT o eliminar al Tribunal Fiscal (descartando que SUNAT asuma la segunda instancia administrativa, pues, como vimos más arriba, su cuestionada imparcialidad afecta la legitimidad social del procedimiento). Cualquiera de las dos soluciones tendría que darnos un resultado de mayor constitucionalidad (esto es, mayor garantía de los derechos del ciudadano frente al poder estatal). Empero, ¿el ciudadano podría considerar que esas opciones resguardan mejor sus derechos? Veamos las dos opciones (siempre teniendo a la vista los principios benthamitas).

3.9 Dos paradojas benthamitas

¿Qué sucedería si se elimina la legitimidad para obrar activa de SUNAT?

§ ¿Se puede realmente creer que el Tribunal Fiscal seguiría resolviendo igual que lo hace ahora? El Tribunal Fiscal sabe, hoy por hoy, que decida lo que decida, SUNAT siempre demandará, por lo que no se encuentra en sus manos la responsabilidad última de que el Estado no obtenga determinados recursos económicos. Tal vez se puede alegar que eso no tendría por qué interferir en la decisión. En efecto, no debería interferir. Pero sería ingenuo creer que eso no sucede cuando de su palabra administrativa depende que el acreedor (del cual es órgano) no reciba recursos económicos. La pregunta es: ¿el Tribunal Fiscal resistirá la presión de ser la última instancia? La realidad es que los vocales de este órgano son ratificados cada tres años por el ministro de Economía y Finanzas (acreedor financiero). Es posible que no haya una interferencia directa. En realidad, tampoco se necesita. Desde el punto de vista benthamita, no es difícil imaginar que en esas circunstancias lo que opera es una auto-censura. Si ya sus parámetros de interpretación no siempre se inclinan por lo más razonable (ver el último capítulo de la presente tesis), con una responsabilidad de esa naturaleza seguramente optará por resolver como lo hace SUNAT (solo concediendo a favor del ciudadano cuando la letra da pie a una interpretación por subsunción indubitable, sin buscar racionalidad de las disposiciones). ¿Eso sería “más” constitucional; es decir, eliminar la legitimidad para obrar activa de SUNAT defendería mejor los derechos del ciudadano? Desde un punto de vista

benthamita, no lo creemos por lo que la solución puede ser más grave que el problema.⁵⁰

§ La otra opción sería eliminar la figura del Tribunal Fiscal, pues, si la segunda instancia administrativa es una pantomima, qué sentido tiene su presencia. La consecuencia de ello (si es que SUNAT no lo sustituye) es que los casos pasarían directamente al Poder Judicial sin un filtro técnico siquiera medianamente imparcial, y eso más perjudicial para el ciudadano dada la especialidad de la materia.

Además, si consultamos a los ciudadanos qué prefieren: ¿Qué su impugnación de la resolución SUNAT sea vista por el Tribunal Fiscal o por el Poder Judicial? La respuesta sería en favor de aquél. ¿Por qué? Por las razones que hemos señalados sobre la razón de ser de la auto-tutela administrativa (esto es, la desconfianza que se tiene del Poder Judicial respecto a la especialidad del tema aduanero). Es decir. El Tribunal Fiscal es percibido como un filtro técnico, el cual, como también hemos visto, tiene sus debilidades (aunque éstas no provengan de la capacidad profesional de sus integrantes, sino del hecho que un órgano resolutivo carece del tiempo y la inter-acción con el sector privado necesaria para desarrollar todos los temas técnicos).

Aquí debemos aceptar que, durante el procedimiento administrativo, hay consenso que los órganos estatales respetan los principios y garantías en favor

⁵⁰ Corolario primero de lo anterior sería que el Tribunal Fiscal ejerza la acción de lesividad. Ya hemos visto que es muy difícil que un funcionario anule sus propias resoluciones (excepcionalidad por vergüenza, no porque la doctrina se haya impuesto). Para hacer eficaz la lesividad como mecanismo continuo SUNAT podría presionar para que la legislación cree una sala del Tribunal Fiscal (con funcionarios distintos), que se encargue de esta función. En la práctica regresaríamos a la misma situación, con el agravante de plazos muchos mayores a los tres meses para interponer demanda contencioso administrativa; es decir, inseguridad jurídica para el ciudadano.
Corolario segundo sería modificar los requisitos

del ciudadano, contemplados en el Código Tributario y la Ley de Procedimiento Administrativo General. Eso no está en discusión.

3.10 Alternativas de solución

La primera solución, por supuesto, es establecer de manera categórica que la Administración Tributaria Aduanera carece de legitimidad activa de obrar con excepción de las siguientes causales:

Ley No.27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14º.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Esta primera alternativa excluye la posibilidad de invocar “La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias” (inciso 1), así como cuando “Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición” (inciso 3).

En este mecanismo todo el peso de la responsabilidad se encuentra en el Tribunal Fiscal. Al menor error de trascendencia mediática surgirá la presión para restituir a SUNAT la facultad en cuestión. Es poco probable que una disposición legal así resista mayor embate, pues el carácter técnico de la materia hace muy vulnerable a los políticos del Poder Ejecutivo y del Congreso.

Pese a que sería la mejor alternativa, esta solución fracasaría por el hecho de desconocer que la Administración Tributaria Aduanera es un actor político muy fuerte.

La segunda alternativa es permitir que la Administración Tributaria Aduanera tenga legitimidad activa de obrar, pero supeditada a que otra entidad pública se la autorice.

Véase que esta opción es reconocer la fuerza aluviónica de SUNAT, pues debería bastar lo resuelto por el Tribunal Fiscal para determinar la procedencia o no de la pretensión fiscal. Pero tal es la envergadura de su poder que, para resistirla, es necesario colocar otra malla jurídica.

Este mecanismo ya fue utilizado. Estuvo plasmado en la Ley No.28365 (24.10.2004)⁵¹ y reglamentado por Decreto Supremo No.166-2004-EF (02.12.2004), que estableció los siguientes lineamientos para que la Administración Tributaria Aduanera pudiera interponga demanda contencioso administrativo:

- La Intendencia Nacional Jurídica de SUNAT emite un informe legal encuadrando la resolución del Tribunal Fiscal a impugnarse en alguna de las causales previstas por el Código Tributario, artículo 157^o, modificado por Ley No.28365 (24.10.2004), sustentándolo.

Con esta medida, respecto a la procuraduría, se reconoce que no es el órgano adecuado, habida cuenta que su función es impugnar.

51 En la sección Anexo, Ax3.1 (Base normativa derogada) reproducimos el texto.

Y, respecto a la Intendencia Nacional Jurídica, por lo menos en los casos que sus informes funcionales coinciden con lo resuelto por el Tribunal Fiscal, no se verá contradicha por la procuraduría⁵².

- SUNAT solicita al Ministerio de Economía y Finanzas la autorización, sustentado en el informe legal de su Intendencia Nacional Jurídica, a más tardar en un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados desde la fecha en que se notificó a dicha entidad la Resolución del Tribunal Fiscal.
- La solicitud de SUNAT es derivada a la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero del Ministerio de Economía y Finanzas para que informe al Ministro acerca de su procedencia o no, dentro de los treinta (30) días calendario⁵³.
- Si dicho informe es favorable, el Ministro de Economía y Finanzas emite una resolución ministerial autorizando la presentación la demanda contenciosa administrativa. Si la solicitud de SUNAT es denegada, el Ministro de Economía y Finanzas lo comunica mediante oficio al Superintendente Nacional de SUNAT.

⁵² En el siguiente capítulo veremos un caso en el que la opinión de la Intendencia Nacional Jurídica Aduanera fue favorable al particular, pero el Tribunal Fiscal resolvió en contra de éste. Entonces, el particular interpuso demanda contencioso administrativo. El procurador, lejos de allanarse (habida cuenta que existe un informe de SUNAT), respondió y continuó el proceso. No es difícil imaginar que, si la resolución Tribunal Fiscal hubiera coincido con lo informado por la Intendencia Nacional Jurídica Aduanera, hubiera interpuesto demanda contencioso administrativa.

La impresión que tenemos es que procuraduría solo se detiene si, además del informe jurídico, hay una decisión política institucional (como cuando se determinó duplicidad de criterio, poco antes que el Tribunal Fiscal emitiera la resolución No.07957-A-2015 (03.09.2015), de observancia obligatoria.

⁵³ Plazo establecido en el Reglamento de Funciones del Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero, Decreto Supremo No.050-2004-EF (15.04.2004), artículo 2º, inciso b).

Como dijimos, esta segunda alternativa ya fue plasmada en nuestra legislación tributaria, pero un caso mediático hizo que volviéramos al sistema inicial a través de una fórmula alambicada en la que se expresa que SUNAT carece de legitimidad para obrar, pero excepcionalmente cuenta con toda la capacidad (otra muestra del poder político de SUNAT, el cual nos lleva a que cualquier limitación de nivel legal terminará siendo revertida).

Ello, sin embargo, no debe descartar esta segunda alternativa. Si la legitimidad de SUNAT se regulara por ley orgánica resistiría mejor el embate político. Ello significa modificar la Constitución Política para que esta materia en particular pudiera regularse por ley orgánica. Claro, el lector avisado podrá estar pensando que, si se va a modificar la Constitución Política, porque de una vez sencillamente se le impide demandar a SUNAT (con excepción de la causal penal). Puede ser, pero es un debate político muy difícil de ganar a SUNAT en los que no faltarán adjetivos para quienes defiendan esa posición. Lo importante aquí es recordar que SUNAT es un actor político muy fuerte y ninguna reforma puede realizarse sin tomarla en cuenta.

La tercera alternativa es permitir que SUNAT siga interponiendo demandas, como lo hace ahora. El contrapeso vendría de una entidad pública no sujeta al ministerio de Economía y Finanzas (que podría estar adscrita a la Defensoría del Pueblo) con un rol más imparcial, emitiendo contra informes a los pronunciamientos de SUNAT y el Tribunal Fiscal, participando como *amicus curiae* en el Poder Judicial. En el capítulo dedicado a la interpretación analizaremos esta opción.

CAPÍTULO 4

Contra-cautela (caución)

4.1 Un caso aduanero judicializado por el ciudadano Multa por asignación incorrecta de código (mediando informe SUNAT a favor del agente de aduana demandante)

En el anexo correspondiente al capítulo 4 hemos descrito un caso en el que el juez declara infundada la solicitud de medida cautelar.

La resolución del Tribunal Fiscal había sido desfavorable al agente de aduana. Éste interpuso demanda contencioso administrativo. Adicionalmente, solicitó al juez que le conceda medida cautelar para que no se le cobre la deuda, ofreciendo como contracautela el cien por ciento (100%) del monto, a pesar que el Código Tributario lo limita al sesenta por ciento (60%).

El juez declara infundada la solicitud porque, después de evaluar los fundamentos, considera que no se ha acreditado la verosimilitud del derecho, requisito exigido por el Código Tributario, la Ley de Proceso Contencioso Administrativo (que lo matiza llamándolo a ponderación) y el Código Procesal Civil.

En realidad, lo resuelto por el juez no tendría nada en particular, sino fuera porque el solicitante amparó su solicitud en un informe de la propia SUNAT (esto es, del propio acreedor) en el sentido que no existe deuda.

Ahora bien, no solo se trata de una manifestación de SUNAT, como acreedor, que ya de por sí debería llamar la atención. Lo verdaderamente relevante es que la Intendencia Nacional Jurídica Aduanera analiza con minuciosidad los hechos técnicos y los fundamentos jurídicos, para concluir expresamente que en este tipo de casos no existe infracción y, por ende, tampoco procede aplicar multa alguna.

¿Por qué hemos elegido este caso?

Las estadísticas pueden calcular el número de solicitudes de medida cautelar concedidas o no en un período determinado. Pero de esos porcentajes no se puede deducir la cantidad de decisiones judiciales que se ajustaron o no a la normatividad cautelar. Para ello es necesario analizar situación por situación.

En cambio, cuántas veces podemos presentar un caso en que el propio acreedor, a través de su área de mayor conocimiento técnico jurídico, admite, debidamente sustentado, no tener razón y, aun así, el juez considera que no se ha cumplido el requisito verosimilitud del derecho. Ciertamente es que el Tribunal Fiscal determinó la existencia de infracción, pero cuando lo hizo no tuvo a la vista el citado informe de SUNAT (lo cual, en coincidencia con el capítulo anterior, confirma que la misma Administración Pública –Tribunal Fiscal– se ha visto rebasada por la especialización). La Sala Superior, sin ingresar a los elementos técnicos, utiliza simple criterio (esto es, la existencia del citado informe SUNAT) para revocar la decisión judicial y disponer se declare fundada la solicitud cautelar.

4.2 Cuestionamiento utilitarista

Este caso desnuda las deficiencias funcionales de la institución cautelar en el ámbito que nos ocupa.

¿Por qué un juez de primera instancia de sub-especialidad tributaria aduanera desestima una solicitud de medida cautelar, que tiene la particularidad de sustentarse en un informe de la propia SUNAT (esto es, del propio acreedor)? ¿Cuál es la razón de ser de las medidas cautelares? ¿Qué buscan? ¿Qué premisas deben cumplirse para que sean declarada fundada? ¿Es beneficioso para la sociedad (no ya para el particular directamente afectado, que, probablemente, responda en sentido negativo) los requisitos legales exigidos para su estimación judicial?

Estas son las preguntas que trataremos de resolver.

4.3 Cautelar tributaria: naturaleza, requisitos, características y crítica civilista

4.3.1 Naturaleza jurídica

En esencia, sea cual fuere la rama del Derecho, el demandante, ante la posibilidad que el demandado realice determinados actos en su perjuicio, solicita al juez una medida cautelar para que se suspendan dichos actos. Si el juez la concede, también evalúa la necesidad que el demandante constituya una contracautela para asegurar el riesgo que importa la medida cautelar (en resguardo del interés del demandado). De esta manera, quedan equilibradas las pretensiones de las partes hasta que se resuelva el proceso judicial.

En el ámbito tributario que nos ocupa, la controversia suele tratar sobre la procedencia o no de tributos, recargos, multas y sus respectivos intereses. La Administración Tributaria Aduanera, en ejercicio del principio de ejecutoriedad, puede hacerse cobro de dichos conceptos (por ejemplo, a través del embargo de cuentas bancarias). Por ello, el ciudadano, al interponer demanda contencioso administrativa contra SUNAT, solicita al juez, por cuerda separada, una medida cautelar para que se suspenda el cobro o el acto en cuestión. Pero como el proceso judicial puede tardar varios años, al final, si es favorable al Fisco, puede encontrarse que el deudor ya no tiene bienes con qué honrar la deuda. Para evitar esta situación, el juez, al conceder la medida cautelar, exige al demandante constituir una contracautela (carta fianza o garantía real, antes por la totalidad de la deuda y actualmente por el sesenta por ciento -60%-).

Por todo ello, bien ha dicho Ledesma Narváez (2013: p.43), que tanto la cautela como la contracautela son garantías. La primera, asegura la efectividad de la sentencia. La segunda, accesoria a ésta, asegura el cumplimiento de obligaciones futuras (es decir, todavía no nacidas). Es cierto que pueden coincidir de manera indirecta con el aseguramiento del derecho subjetivo. Sin embargo, la jurista nos recuerda muy bien que ambas garantías forman una estructura procesal que se superpone a la relación jurídica principal.

¿Cuál es, entonces, la naturaleza de la medida cautelar? Básicamente, existen dos posiciones. La estructural, liderada por Calamandrei, que enfatiza los elementos constitutivos de la institución (especialmente, la provisoriedad), en pos de la satisfacción del derecho subjetivo. Y la funcional, que después de

preguntar para qué sirve esta institución, responde que es un simple medio de aseguramiento. Entre sus principales valedores destaca Baptista da Silva.⁵⁴

4.3.2 Requisitos clásicos: verosimilitud del derecho y peligro en la demora

En ese contexto (de dos partes en igualdad de condiciones y cuyo equilibrio debe mantenerse a lo largo del proceso), por supuesto que es necesario evaluar la verosimilitud del derecho invocado, así como considerar el tiempo que demorará el proceso, que son dos elementos importantes de la institución Ledesma Narváez (2013: p.42-43, 46). No vaya ser que la solicitud de la medida cautelar solo sea un subterfugio para evadir su obligación.

4.3.3 Características y crítica civilista

Como gran parte de las instituciones jurídicas, la medida cautelar también proviene del Derecho civil, específicamente, el área procesal. Lógicamente, su mayor desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal ha servido para configurar y criticar la establecida en las demás ramas jurídicas.

Dos años antes⁵⁵ que la contracautela se fijara legalmente en sesenta por ciento (60%), Cavani (2013) comentó el Código Tributario, artículo 159º, con cuestionamientos de orden civil y constitucional, que resumimos a continuación.

- El numeral 1 señalaba (como lo hace el texto actual) que “Para la concesión de la medida cautelar es necesario que el administrado presente una contracautela de naturaleza personal o real”.

⁵⁴ Para ampliar el sustento de cada posición y su confrontación, ver Mitidiero 2011.

⁵⁵ Cavani opina sobre el Decreto Legislativo No.1121 (18.07.2012), que dos años después fue ligeramente modificado por Ley No.30230 (12.07.2014), por lo que sus comentarios mantienen actualidad.

Al respecto, expresa que la presentación de la caución no es requisito de solicitud, sino de ejecución. Es decir, declarada fundada la medida cautelar (en consideración a verosimilitud del derecho y peligro de la demora), recién el juez otorga un plazo para que el ciudadano constituya la garantía. Si no lo hace, la concesión no surte efecto.

Ledesma Narváez (2013: p.45-47), refiriéndose estrictamente al campo procesal civil, también ha hecho notar que la presentación de la contracautela es un presupuesto de la ejecución cautelar.

En el caso aduanero judicializado que hemos expuesto, el juez requirió la garantía como requisito de solicitud, concediendo un plazo para su presentación, después de lo cual declaró infundada la medida cautelar.

- El numeral 2 señalaba (a diferencia del texto actual, cuyo importe es sesenta por ciento –60%–) que “Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, ésta deberá consistir en una carta fianza bancaria o financiera [...], cuyo importe sea igual al monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar”.

Al respecto, Cavani (2013: p.192) considera absurda esta equiparación pues, dada la naturaleza y funcionamiento de la caución (relacionada a la posibilidad casuística del daño causado), ninguna ley puede reducir el margen de discrecionalidad judicial. Adicionalmente, previo análisis terminológico, interpreta el citado texto en el sentido que “el monto que el demandante debe ofrecer como caución es el monto que el juez le dice que debe ofrecer” (Cavani, 2013: p.193).

Ledesma Narváez (2013: p.44-45), nuevamente en referencia estricta al campo procesal civil, hace notar el carácter incierto, futuro e indeterminado del crédito asegurado con la contracautela (que es, precisamente, el sustento de Cavani). Las otras características de la caución civil que anota la actual presidente del Tribunal Constitucional son legalidad, garantía genérica, unilateral, jurisdiccional carga procesal e instrumentalización.

En todo caso, véase que la crítica sigue siendo civilista. Un enfoque utilitarista obliga a preguntar, como lo hacemos líneas abajo: si la contracautela en favor del Estado peruano se constituye por el cien por ciento (100%) de la deuda, ¿es relevante la verosimilitud del derecho o la demora del proceso? Esta interrogante se encuentra fuera de toda concepción civil.

- El numeral 5 señalaba (al igual que el texto actual) que “El Juez deberá correr traslado de la solicitud cautelar a la **Administración Tributaria** por el plazo de cinco (5) días hábiles, acompañando copia simple de la demanda y de sus recaudos, a efectos de que aquélla señale el monto de la deuda tributaria materia de impugnación actualizada a la fecha de notificación con la solicitud cautelar y **se pronuncie sobre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro que involucra la demora del proceso**”.

En este comentario, Cavani (2013: p.183, 185) hace su mejor aporte. Es consustancial al proceso que las partes tengan conocimiento de los actos que realizan sus oponentes, así como la oportunidad de contradecirlos, pero nada obsta para que el juez conceda provisionalmente la medida cautelar y después recoja la opinión de SUNAT (contradictorio diferido), y en función a ello determinar la permanencia o no de su decisión. Para ello hace una

construcción constitucional basado en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional adecuada, que se ve trasgredida cuando se impone el contradictorio previo.

- El numeral 2 señalaba (como lo hace el texto actual), que en “En caso de que no se renueve la carta fianza en el plazo antes indicado el Juez procederá a su ejecución inmediata, bajo responsabilidad”.

Cavani (2013: p.197) acusa un *solve et repete* encubierto: ¿si la medida cautelar fue correctamente concedida, ¿cómo es que deviene en injusta por la no renovación oportuna? Pero más reveladora es la insuficiencia de la perspectiva civil para comprender el problema, cuando manifiesta que “es claramente insostenible ejecutar la caución si es que el juez ni siquiera realizó un análisis de responsabilidad civil para cuantificar los daños”, y poco antes se pregunta si “el dinero que provendrá de la ejecución de la carta fianza, ¿acaso podría imputarse al pago de la deuda tributaria?”, y la respuesta es: por supuesto, y conforme a las reglas de imputación del Código Tributario, porque ese es el litigio, no habiendo responsabilidad civil de daños.

4.4 Crítica utilitarista

Regresemos al punto de partida: ¿Cuál es el fundamento de la medida cautelar? ¿Qué se busca con la contra-cautela dentro del proceso contencioso tributario? Garantizar al Estado peruano, que al final del proceso, sin importar el tiempo que demore, su acreencia podrá ser satisfecha. Si esa es la razón, entonces los requisitos para exigir la caución deberán estar dirigidos a alcanzar

esta finalidad sin desconocer el derecho del ciudadano al acceso de la tutela jurisdiccional. ¿Cómo conciliar ambos extremos?

4.4.1 Contracautela y requisitos clásicos de la medida cautelar

Líneas arriba veíamos que entre mediados del 2012 y 2014 la contracautela se constituía por el cien por ciento (100%) del monto amparado a través de la medida cautelar, lo que equivale a decir el cien por ciento (100%) de la deuda. Luego disminuyó al sesenta por ciento (60%) de la deuda. Esto parece ser más beneficioso para el ciudadano, pues, como demandante, no tendrá que asumir el costo bancario de garantizar el cien por ciento (100%) de la acreencia. Es un ahorro significativo respecto al cuarenta por ciento (40%).

Sin embargo, desde una perspectiva benthamita, aquí el juez de la sub especialidad se enfrenta al mismo riesgo que encara el juez penal cuando debe determinar si procede o no la prisión preventiva. Mientras éste se pregunta cuál será su responsabilidad si el inculpado aprovecha la libertad para huir, el juez contencioso administrativo evalúa las consecuencias que recaerán sobre él si al final del proceso, una vez establecida la procedencia del cobro, ya no existe usuario aduanero ni bienes que respondan por el otro cuarenta por ciento (40%).

Un desacierto judicial (esto es, conceder la medida cautelar en un caso que finaliza a favor del Fisco) puede ocurrir una vez, pero si es reiterado, el juez se expone al cuestionamiento de su capacidad, más todavía cuando se trata de recursos públicos, ascendente al cuarenta por ciento (40%), que no podrán ser recuperados

Así visto, el juez que no conozca en profundidad la materia de especialización denegará la procedencia de la medida cautelar por el hecho que

no puede ponderar adecuadamente la verosimilitud del derecho. Y, por supuesto, no está dispuesto a ser él, o mejor dicho, su criterio, una suerte de garante por el cuarenta por ciento (40%) restante. En cambio, el juez con mayor conocimiento o criterio no se sentirá intranquilo y la concederá si considera que existe verosimilitud del derecho.

En el caso que hemos colocado como ejemplo, a pesar de la claridad de los elementos en pugna y mediar un informe favorable de la propia SUNAT, el juez declara infundada la medida cautelar.

Así pues, esa rebaja al sesenta por ciento (60%) del monto de la deuda termina siendo un perjuicio al interés del ciudadano.

¿Cuál es la solución?

La concesión automática de la medida cautelar cuando ésta cubra la totalidad de la deuda actualizada. Es más, alternativamente, este trámite podría ser meramente administrativo ante SUNAT, con lo cual, adicionalmente, disminuiría en algo la carga procesal del juzgado. Aquí no hay necesidad de oír previamente a la otra parte. Se puede hacer con posterioridad, aunque no hay razón para revertir la concesión (pues su acreencia está cubierta, que es su mayor interés), salvo que se cuestione la entidad bancaria.

Y si el particular ya cuenta con una garantía en favor de SUNAT, lo cual sucede, por ejemplo, cuando se es operador de comercio exterior, la carta fianza podría ser utilizada para la medida cautelar solicitada.

Ahora bien, admitiendo la existencia de jueces que dominan la materia especializada, es válido lo expresado por Cavani (2013: p.192) en el sentido de dejar a la discrecionalidad judicial fijar montos menores de garantía, aunque de manera responsable (Cavani, 2013: p.189). Un tope mínimo, como del sesenta

por ciento (60%) actual, no está del todo desencaminado. Empero, es solo un espejismo. Las razones benthamitas expuestas hacen evidente que los jueces no asumirán la responsabilidad de una posible pérdida irrecuperable para el Estado. Lo importante, repetimos, es que no hay razón alguna para declarar infundada la solicitud de medida cautelar si la acreencia del Estado se encuentra totalmente cubierta, pues ese es el verdadero fundamento de la institución jurídica.

Finalmente, mantener la caución juratoria para límite inferior de quince (15) UITs es correcto, sobre todo por el sector económico al que alcanza.

En conclusión, dada la posibilidad que el juez también considere su interés personal en la concesión de la medida cautelar, es necesario abrir la modalidad automática si se garantiza el cien por ciento (100%) de la deuda, ya sea en modalidad judicial o administrativa.

4.4.2 Tercer requisito de la medida cautelar: razonabilidad

La verosimilitud del derecho invocado y el peligro de la demora son requisitos clásicos de la medida cautelar. Ambos parten de la premisa que las partes se encuentran se encuentran en igualdad de condiciones. La medida cautelar busca la eficacia de la sentencia, sin que la institución se convierta en mecanismo para impedir o dilatar de manera injustificada la pretensión de la otra.

A ellos se ha unido recientemente el requisito de razonabilidad. En tal virtud, se le pide al juez:

Ley de Proceso Contencioso Administrativo, Art. 39^o, Inc. 1
Ponderar la proporcionalidad “entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.”

Código Procesal Civil, Art. 611º, Inc. 3

[considerando lo expuesto y la prueba presentada por el demandante], aprecie:

“La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.”

¿Qué es razonabilidad? ¿En qué se diferencia de racionalidad o de ponderación? Nuevamente, excede a nuestro trabajo profundizar sobre estos temas. En términos muy generales, racionalidad es la presentación de un pensamiento fundamentado lógicamente y coherentemente. Razonabilidad supone agregar a la idea anterior un elemento de empatía respecto de la situación (de tal manera que el mecanismo frío no termine convirtiéndose en abuso). Este planteamiento, si bien general, ayuda al momento de ingresar al campo jurídico propiamente dicho, donde, es necesario advertirlo, tampoco existe consenso de lo que debemos entender por razonabilidad⁵⁶.

Es decir, si los dos requisitos clásicos suponen que las partes se encuentran en igualdad de condiciones, el novísimo tercer requisito no puede evitar desconocer que, en la sub especialidad tributaria aduanera, una de las partes (el Estado) es la entidad con mayores, sobrados y sobre abundantes recursos, frente al particular. Para éste, pagar cien mil dólares americanos (US\$ 100 000,00) puede significar la quiebra de la empresa. Y lo tendría que cancelar por una aparente falta de derecho, que, al final del proceso, podría quedar fijado como un derecho válido. Pero entonces, ya habiendo desembolsado tal cifra, se

⁵⁶ Véase Veramendi (2013: p.137-152) para un breve recuento de las distintas definiciones de razonabilidad. Finalmente, adopta el mecanismo de test de proporcionalidad, aunque no termina de adecuarlo a los derechos controvertidos en el proceso cautelar:

- a) Sub principio de idoneidad
- b) Sub principio de necesidad
- c) Sub principio de proporcionalidad

convirtió en una victoria pírrica: empresa quebrada, empleos perdidos, desprestigio social.

En cambio, ese monto no es significativo para el Estado. La deuda histórica más alta en controversia no significaría para el Estado una situación de quiebra. Ni siquiera la suma de todas las deudas en controversia. Además, puede soportar el tiempo que demore el juicio. Lo importante es que, si al final del proceso su acreencia es reconocida judicialmente, entonces contará con la contracautela (totalidad de deuda tributaria actualizada) para satisfacerla.

La razón de ser del Estado es servir a la sociedad y el ciudadano. Admitir que puede no tener la razón en un proceso cuya acreencia no le es significativa, pero que puede causar perjuicio irreversible a quien precisamente debe servir, es razón suficiente para no cobrar su pretensión en tanto se halle debidamente cubierta.

De esta manera, si la deuda se encuentra garantizada, carece de sentido examinar la verosimilitud del derecho invocado. No es lo relevante para el Fisco, que puede soportar (sin afectar remotamente su estabilidad) no contar con el dinero en sus arcas por el tiempo que demore el proceso, en tanto se encuentre debidamente garantizada.

Sin embargo, dado que la contracautela está limitada al sesenta por ciento (60%), el requisito de razonabilidad ya no puede concretarse, pues el juez considera que el cuarenta por ciento (40%) restante ya corre bajo la garantía de su buen criterio. Y, desde el punto de vista bencita, los jueces no están dispuestos a asumir riesgos, como ya lo hemos expresado líneas arriba.⁵⁷

⁵⁷ En el caso aduanero judicializado, el demandante ofreció infructuosamente garantizar la totalidad de la deuda porque su propuesta no tenía amparo legal.

4.4.3 Pre-juzgamiento

Además, determinar la verosimilitud del derecho invocado constituye un pre-juzgamiento. Ello es parte de la institución jurídica.

A tal efecto, el juez evalúa, sumariamente, esta apariencia de razón. Tanto la estimación como la denegatoria debe estar fundamentado. Empero, como benthamitamente se está considerando, una garantía del sesenta por ciento (60%) impulsa al juez a declarar infundada la solicitud, debidamente sustentada.

Ahora bien, habida cuenta la carga laboral, teniendo ya una sentencia fundamentada, ¿no es lógico que por economía de trabajo (que no es sino otra manera en que se consolida la teoría benthamita), la sentencia reproduzca lo que ya la resolución de la medida cautelar había determinado (denegándola)?

De esta manera, el prejuzgamiento termina siendo contraria al interés del ciudadano.

4.4.4 ¿A quién solicitar la medida cautelar?

En los casos en que la garantía cubra la totalidad de la deuda, por qué no tramitar la medida cautelar directamente ante SUNAT (sobre todo porque siempre existe la posibilidad que el Poder Judicial entre en huelga, período en el cual el ciudadano se encuentra vulnerable).⁵⁸

4.5 Nuestra propuesta

⁵⁸ Los operadores de comercio exterior (despachadores de aduana, almacenes, agentes de carga internacional, entre otros) constituyen garantía para ejercer su actividad. Nada impide utilizar esa carta fianza como contra-cautela. Es una decisión política implementarlo.

Nuestra propuesta es que se modifique el Código Tributario, artículo 157º, en el sentido que, cuando la garantía cubra el cien por ciento de la deuda, los jueces no evalúen la verosimilitud del derecho invocado ni el peligro de la demora, con la posibilidad de ajustar la cantidad al monto sustentado por SUNAT.

Es más, a fin de disminuir la carga laboral del despacho judicial, se puede establecer en paralelo la vía administrativa para que la presentación de la garantía se realice directamente ante SUNAT, habida cuenta que se está cubriendo el íntegro de la deuda.

Y si el ciudadano considera que la garantía debe ser por el sesenta por ciento (60%) del monto amparado por la medida cautelar (esto es, de la deuda) o exista otro tipo de discrepancia (por ejemplo, que SUNAT cuestione la entidad bancaria), siempre tendrá la facultad de recurrir al juez (que evaluará en atención a los requisitos de derecho y tiempo o específicamente si existe arbitrariedad de SUNAT al no aceptar la garantía por la totalidad u otra situación).

CAPÍTULO 5

Preferencia del Poder Judicial peruano por la interpretación literal⁵⁹

Expresar que el Poder Judicial tiene preferencia por la interpretación literal y el formalismo no es una novedad. González (2009) ha hecho un trabajo monumental sobre este tema; trabajo que, como todos los que han abordado la materia, es difícil de sustentar estadísticamente. ¿De qué ramas jurídicas deberían provenir estos datos? ¿Cuántos casos podrían comprobar la veracidad de dicha aseveración? Sin embargo, difícilmente hay un abogado en Perú que discrepe y, mucho menos, pueda demostrar lo contrario.

Nosotros, a la luz del utilitarismo benthamita, daremos una explicación y propondremos una solución para el subsistema judicial que se encuentra bajo estudio.

Antes de continuar, no podemos dejar de mencionar que la interpretación literal trae consigo un valor estimable: la seguridad jurídica. Asimismo, no

⁵⁹ Decimos «preferencia» para dejar en claro que no es la única opción. Por ejemplo, la Casación No.3295-2016-Lima (publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 01.07.2019), de la Corte Suprema de la República, Sala Constitucional y Social Permanente, la sumilla expresa lo siguiente: “Al realizar una interpretación sistemática del [...]”. En este caso, como en casi todos los mencionados a lo largo del presente trabajo, tuvimos participación directa como abogado.

pretendemos minimizar la problemática filosófica que está detrás de ella (por ejemplo, si las palabras no suelen tener sentido unívoco, ¿cómo puede hablarse de interpretación por su sentido a primera vista)? Vernengo (1971) ha dado luces, inclusive, para distanciarlo de la paráfrasis.

Nuevamente, no pretendemos hacer un estudio de la interpretación literal, sino acercarnos a su aplicación en su vertiente formalista, abstraída de la realidad, que se conforma con el silogismo y las reglas jurídicas más conocidas (por ejemplo, no hay que distinguir donde la ley no lo hace).⁶⁰

5.1 Casos aduaneros judicializados

Para el presente tema abordamos dos casos distintos. Uno, descrito en el presente capítulo 5, de trascendencia sectorial, pues alcanzó a todos los agentes de aduana, dividido en dos períodos de interpretación por parte de la Corte Suprema (1992-2001 / 2001 en adelante). El otro caso, descrito en el anexo correspondiente, es de materia totalmente diferente y fue resuelto en el 2018. Ambos, como una continuidad, nos sumergen en el método de interpretación privilegiado por el Poder Judicial y nos llevan a las mismas conclusiones acerca de cómo resuelven los jueces.

§ Caso Responsabilidad solidaria de agentes de aduana por tributos originados en ajuste de valor FOB

Como acabamos de decir, en el presente capítulo desarrollamos el primer caso. Lo hemos elegido por su riqueza temática (inclusive con interpretación por parte del Congreso de la República. No pretendemos enfrascarnos en los

⁶⁰ Inclusive, durante la investigación llegamos a una paradoja abstracta que no es posible resolver aquí. Si prevalece la interpretación literal, ¿por qué existen cortes de casación?

tecnicismos de la rama aduanera; aunque será inevitable, por lo menos de manera muy simplificada, recurrir a algunas de sus figuras e instituciones. En todo caso, repetimos, más nos interesa observar cómo funcionan y se contraponen los métodos de interpretación en un caso resuelto por el Poder Judicial peruano; y dentro de ello, tratar de entender por qué prevalece determinado método interpretativo.

A continuación, veremos una disposición tributaria aduanera que tenía, cuando menos, dos interpretaciones, optando SUNAT, Tribunal Fiscal, Juzgados, Corte Superiores y Corte Suprema por la interpretación literal, hasta el 2001, fecha en que el Congreso de la República expidió una ley de interpretación auténtica (lo cual, adicionalmente, nos lleva al tema de la independencia judicial).

5.1.1 Los hechos expuestos a modo de ejemplo

Así, en 1992 se inició el debate de si los agentes de aduana eran o no responsables solidarios por tributos originados en el ajuste del valor FOB de las mercancías.

Rápidamente, y solo para marcar contexto, exponemos los hechos a modo de ejemplo:

- Un comprador peruano negocia y adquiere en el extranjero una mercancía. El vendedor extranjero emite la factura, consignando como precio: valor FOB (esto es, costo de la mercancía allá en origen, puesto a bordo del buque por zarpar), cien dólares americanos (US\$ 100,00).

- Al llegar el buque al Callao, el comprador peruano contrata los servicios de un agente de aduana para que realice los trámites aduaneros (contrato de mandato con representación) y le entrega toda la documentación.
- En base a dicha documentación, el agente de aduana elabora la declaración aduanera a nombre del comprador peruano (quien pasa a convertirse en importador).

Conforme a factura, declara que el valor FOB de la mercancía es cien dólares americanos (US\$ 100,00).

- Pasado un tiempo, dentro del período de prescripción, y después de hacer un análisis económico, SUNAT determina que el valor FOB es ciento veinte dólares americanos (US\$ 120,00). No es que la Administración Aduanera acuse la comisión de un delito. Simple y sencillamente, ha aplicado las reglas de valoración, procediendo a ajustar el valor declarado.
- Consecuentemente, SUNAT aplica los tributos correspondientes a la base imponible adicional de veinte dólares (US\$ 20,00). Para efecto del presente ejemplo, la liquidación de tributos asciende a siete dólares americanos (US\$ 7,00).
- Y SUNAT exige el pago de los tributos, ascendente a siete dólares americanos (US\$ 7,00), tanto al importador como al agente de aduana.
- El agente de aduana impugna, expresando que no es responsable por los tributos originados en el ajuste del valor FOB de las mercancías.
- Las cifras, como hemos dicho, son solo un ejemplo. En realidad, el monto en conjunto, acumulado en todos esos años, alcanzó millones de dólares, superando largamente el capital y la ganancia de los agentes de aduana.

Varios de ellos quebraron durante el período que SUNAT hizo efectivo su acreencia. Esto último, por supuesto, carece de relevancia jurídica.

5.1.2 Argumentos de la Administración Tributaria Aduanera

SUNAT fundamenta el cobro al agente de aduana de la siguiente manera:

- Hasta el año 1991, regía la siguiente disposición:

Ley General de Aduanas D.Leg. No.503 (01.12.1988)

Artículo 15º.- [...]

El Agente de Aduana es responsable solidario con su comitente [importador] por los cargos [tributos] que se formulen después del levante, **excepto los que se originen por el ajuste del valor de la mercancía y otros que fije el reglamento.**

- Pero a partir de 1992, la legislación cambió:

Ley General de Aduanas D.Leg. No.722 (11.08.1991)

Artículo 14º.- [...]

Son responsables solidarios de la obligación tributaria los Agentes de Aduana que intervienen en el despacho, por los cargos [tributos] que se formulen después del levante.

- Como se puede observar, antes había una excepción expresa (los agentes de aduana no son responsables solidarios por los tributos originados en el ajuste del valor FOB de las mercancías). Pero la nueva legislación retira esa excepción. Por lo tanto, desde 1992 los agentes de aduana también son responsables solidarios por dicho concepto.

La regla parece clara y así resolvieron la Administración Aduanera, el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial entero, incluida la Corte Suprema de la República, desde 1992 hasta el 2001.

No hay ninguna duda que nos encontramos ante un análisis histórico (el devenir de las disposiciones) y una interpretación literal.

5.1.3 Clamor de justicia

¿Cuál era la queja (porque en realidad no pasaba de eso) del agente de aduana? Expresaba que él no había participado de la transacción comercial internacional (es decir, no puede precisar el precio de la mercancía ni asumir responsabilidad por la base imponible) y su intervención se limitaba a la tramitación aduanera, consistente en acopiar documentación, confrontarla entre sí y traducirla a lenguaje aduanero para una correcta declaración aduanera. No podía dar veracidad de la documentación (lo cual no estaba en cuestionamiento) ni contaba con los elementos para determinar la base imponible más allá de lo que los documentos sustentaban

Siendo así, ¿cómo entonces podía ser responsable solidario por los tributos originados en el ajuste de valor FOB? Esta situación injusta, multiplicada por todos los casos, los exponía a la quiebra, lo cual era cierto porque la acreencia de SUNAT por dicho concepto alcanzó tal millonaria cantidad que el Estado peruano lo utilizaba para respaldar sus propias operaciones de endeudamiento internacional.

La respuesta de la Administración Aduanera fue contundente: La queja del agente de aduana es cierta. Pero existe una ley, se ha producido el supuesto y, en consecuencia, el agente de aduana debe asumir la responsabilidad solidaria por dicho concepto. Aquí nadie ha sido sorprendido. La seguridad jurídica es absoluta. Si después del cambio normativo el agente de aduana consideró que no ya no le convenía ejercer la actividad, pues debió dejarla o buscar mecanismos (seguros, por ejemplo) que le evitaran la quiebra.

5.2 Las alturas de la fórmula Radbruch⁶¹ y el pedestre Derecho tributario aduanero

El Derecho puede ser injusto, a menos que sea insoportablemente injusto, reza la síntesis de la famosa fórmula que Gustav Radbruch elaboró a raíz del horror nazi y que ha merecido insignes defensores. Aquí, los valores en juego están al nivel de la dignidad, la libertad y la igualdad. Y, a juzgar de los entendidos, constituye la línea fronteriza que separa a los positivistas de las corrientes principistas (término con el que englobaré al neoconstitucionalismo y post-positivismo).

Bastante se ha escrito sobre ello. Más bien, lo que se da por descontado es que una parte del Derecho es injusto. No vamos a decir que puede ser injusto, como mera posibilidad, sino que lo es, existe y hay personas concretas que lo sufren. La razón es obvia. El Derecho es obra de humanos y los humanos somos imperfectos. Luego, su obra contiene espacios imperfectos; esto es, moralmente injusto.

Pocas veces nos preguntamos cuáles son esas partes del Derecho aceptablemente injustas. Una primera respuesta es decir que, bueno, en todas las ramas jurídicas hay, por lo menos, una disposición injusta. Otra respuesta,

⁶¹ En Alexy (2001: p.75-76) puede leerse la fórmula Radbruch, compuesta de dos partes. La primera dice:

"El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; [...]"

A lo que inmediatamente continúa:

"[...] pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica."

ya un tanto cínica, puede ser admitir el Derecho abusivo en tanto concierna a otros. Es decir, si no nos afecta, estamos dispuestos a tolerarlo. Por supuesto, la persona directamente involucrada se rebelará a esta resignación. Para él es injusto, y cuando decimos para él, no es que se trate de su opinión arbitraria, sino que un observador razonable e imparcial podría percibir la injusticia de esa disposición aplicada a ese caso en particular (como se puede advertir, hemos rehuido la expresión «objetivamente injusto», admitiendo que otro observador razonable e imparcial podría tener opinión distinta).

Ahora bien, nuestra actividad profesional o diaria se desarrolla en diversos campos jurídicos, pero el de este ciudadano en particular, que está sufriendo la disposición injusta (por lo menos, él lo percibe así) se desenvuelve en el Derecho tributario aduanero. Es decir, tenemos una disposición de regla clara en el Derecho tributario aduanero que este ciudadano considera injusta cuando se la aplica a él (o al conjunto de personas que se encuentran en su situación). ¿Qué puede hacer? Vayamos descartando caminos.

Posiblemente todos los problemas pueden ser llevados a la abstracción que permita ligarlos con los valores principalísimos de la fórmula Radbruch, los derechos humanos o los derechos fundamentales. Y el Derecho tributario aduanero no es ajeno a estos principios. Históricamente, si recordamos a Juan sin Tierra y la Carta Magna o el impuesto al té que gravó a las colonias norteamericanas, encontramos hitos en la conquista de derechos. Desde el punto de vista doctrinario, Dino Jarach desarrolló el concepto capacidad contributiva como criterio justo para determinar el pago de tributos, hoy positivizado a través de diversas disposiciones. Y no menos importante es reconocer que las Constituciones han hecho suyos principios como el de no

confiscatoriedad, reserva de ley; y, en el caso peruano, artículo 74^o, se señala expresamente que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los derechos fundamentales de las personas. Y las empresas, qué duda cabe, finalmente está compuesta por personas; de ahí que los derechos fundamentales le son extendibles, han argumentado importantes tributaristas. Y, en realidad, casi no hay problema que no pueda ser constitucionalizado.

Eso es cierto. Si en una plaza pública de Madrid una anciana alimenta a las palomas o en la calle Las Pizzas un grupo de jóvenes alborota las noches miraflores, quienes se consideren afectados pueden llevar el caso hasta el Tribunal Constitucional y, seguramente, ganarlo. O, ya en el Derecho tributario aduanero, si se aplicara un impuesto por raza, religión o sexo, o no fuere creado con rango normativo que la Constitución establece o la cuantía fuere confiscatoria, también el Tribunal Constitucional lo amparará.

Es decir, en tanto la línea que relaciona el problema con el principio sea recta y clara, podrá invocar la fórmula salvadora. Pero en la medida que el problema jurídico se llene de tecnicismos, la conexión constitucional no es tan visible y, mucho menos, generará entusiasmo principista.

Así, una de las áreas que parecen socialmente permisibles a la injusticia, debido a su especialización, es el Derecho tributario aduanero. La complejidad técnica de sus disposiciones, así como del tramado de relaciones jurídicas entre los diversos actores, hace poco viable recurrir directamente al concepto justicia. Es decir, la falta de comprensión de esta área tan técnica del Derecho es caldo de cultivo para aceptar socialmente la injusticia que se produzca en su campo. Tampoco tiene relevancia que el ciudadano esté a punto de perder todo su

patrimonio, pues, en tanto posibilidad, podría ser un evasor de impuesto y le correspondería asumir las consecuencias.

¿Qué puede hacer este ciudadano? ¿Qué proponemos nosotros?

§ **¿Caso justo, insoportablemente injusto o tolerablemente injusto?**

En el caso bajo análisis, había seguridad jurídica, principio que, si bien no significa derecho justo per sé, es uno de sus componentes. Como dijimos líneas arriba, aquí nadie ha sido sorprendido. Los agentes de aduana debieron tomar sus precauciones, ya sea retirándose de la actividad, contratando un seguro o adoptando cualquier otra medida

De otro lado, no parece ser justo imputar responsabilidad tributaria a una persona por actos de otro sobre los que no tiene control, conocimiento ni beneficio alguno, como sucede en el presente caso. La etapa comercial es anterior a la intervención del agente de aduana, que solo recibe la documentación, cuya información es trasladada a la declaración aduanera, pero sin poder determinar su veracidad ni contar con elementos para ajustarlo. Es casi una fuerza ciega. Tampoco parece razonable sostener que, si no están de acuerdo, sencillamente dejen la actividad, sobre todo porque el sistema aduanero funciona, en la parte que le corresponde, por la actividad que realizan. Ante la ausencia de su función, así como la de cualquier otro operador de comercio exterior, el sistema aduanero implosionaría, en perjuicio del Estado y la misma Administración Tributaria. Ésta, más bien, aprovecha la necesidad de trabajar de los agentes de aduana y, a la vez, les hace una imputación injusta, inclusive, por la acumulación de casos, al extremo de exponer todo su patrimonio y quedar en quiebra, como efectivamente sucedió con un grupo de ellos.

Sin embargo, esta situación tampoco parece ser intolerablemente injusta en tanto no afecta directamente los principios de dignidad e igualdad. Y, respecto a los derechos humanos y fundamentales, aunque están de por medio, por ejemplo, el principio de causalidad y derechos como el trabajo, la línea que lo une al problema no es tan directa ni clara y, muy por el contrario, su trazo alambicado no permitirá generar adhesiones principistas.

Toda parece indicar, pues, que nos encontramos ante un problema tolerablemente injusto y, siendo así, este caso debe analizarse dentro del positivismo.

5.3 Otras lecturas positivistas acerca de la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana

Si en el primer ítem recogíamos la interpretación de SUNAT, a continuación expondremos los argumentos que el agente de aduana sostuvo en su impugnación administrativa y judicial.

Ninguno de los dos fue aceptado por el Poder Judicial hasta el 2001.

5.3.1 Responsabilidad solidaria como obligación tributaria aduanera⁶²

Inevitablemente, debemos seguir adentrándonos, aunque de manera muy simplificada, a las figuras e instituciones de esta rama jurídica.

Decíamos que antes de 1991 rigió la siguiente disposición:

Ley General de Aduanas D.Leg. No.503 (01.12.1988)

Artículo 15º.- [...]

El Agente de Aduana es responsable solidario con su comitente [importador] por los cargos [tributos] que se formulen después del levante, **excepto los que se originen por el ajuste del valor de la mercancía y otros que fije el reglamento.**

⁶² Para una ampliación del tema, véase Terrones (1995).

Pero a partir de 1992, la legislación cambió:

Ley General de Aduanas D.Leg. No.722 (11.08.1991)

Artículo 14º.- [...]

Son responsables solidarios de la obligación tributaria los Agentes de Aduana que intervienen en el despacho, por los cargos [tributos] que se formulen después del levante.

De manera muy esquemática, vamos a proponer otra lectura, utilizando el método sistemático, en la que concluiremos que esta misma disposición determina que el agente de aduana no es responsable solidario por los tributos originados en el ajuste del valor FOB de las mercancías; es decir, totalmente opuesto a la primera interpretación.

Así, partiendo que no existe responsabilidad sin obligación, en realidad el citado artículo 14º impone una obligación. Ahora bien, toda obligación tiene una estructura definida (entre paréntesis colocaremos el que corresponde a nuestro caso concreto): sujeto activo (Fisco), sujeto pasivo (agente de aduana), vínculo (ley), prestación (tributar) y causa.

La causa jurídica es elemento que le da racionalidad al conjunto. Aunque está reconocido en nuestro Código Civil 1984, León Barandiarán decía, respecto al texto de 1936, que la omisión legislativa de este elemento (o de cualquiera de los otros cuatro) no podía significar su desconocimiento en la comprensión del concepto obligación.

¿En el Impuesto a la Renta, una ley puede establecer que los tributos impagos de una persona serán de responsabilidad solidaria de su vecino? ¿No? ¿Por qué? ¿Acaso no están los otros cuatro elementos (sujeto activo, sujeto pasivo, vínculo y prestación)? Pero falta el último de ellos: causa jurídica. No es racional esa disposición en tanto el vecino carece de instrumentos para que la

obligación del deudor principal se cumpla, aunque se les haya visto muchas veces almorzando junto con sus familias y entre sus conversaciones figuren la marca de ropa deportiva que adquieren para sus hijos.

Igual sucede en Derecho tributario aduanero. Aunque importador y agente de aduana tengan una relación jurídica, el agente de aduana, en relación al tema específico que nos ocupa (la imputación de responsabilidad) carece de instrumentos fácticos y jurídicos para determinar el valor en aduana. Si le proporcionaran la base de datos que la Administración Aduanera utiliza para efectuar el ajuste de valor y le concedieran facultades legales, sería responsable. Pero no existiendo eso, falta un elemento determinante para que se configure la obligación (causa jurídica) y, por ende, no existiendo obligación tributaria aduanera no es responsable por ese concepto en particular.

Así pues, el artículo 14º ha sido derrotado para ese concepto en particular, subsistiendo la responsabilidad solidaria en todos los demás.

5.3.2 Responsabilidad solidaria en consideración al contrato de mandato

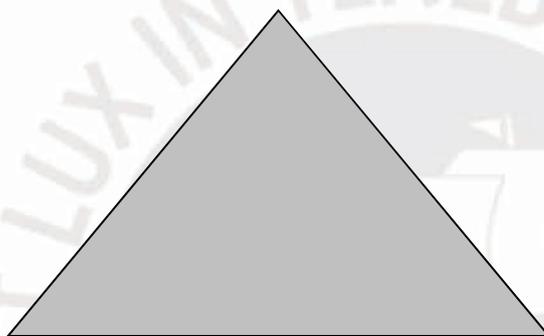
El argumento expuesto en el ítem anterior, si bien siendo positivista, “adolecía” de ser excesivamente argumentativo.

El siguiente razonamiento es mucho más sencillo. La relación entre el importador y el agente de aduana es un mandato con representación. El mandato es una relación interna entre importador y agente de aduana. La representación, en tanto acto unilateral recepticio, implica que los efectos jurídicos no recaen en la esfera del representante (agente de aduana), sino del poderdante (importador). Luego, el cobro de tributos no podría ser imputado al agente de aduana.

Todo ello basado en la Ley General de Aduanas, D.Leg. No.722 (1992 - 1996), que establecía lo siguiente:

Artículo 244º.- El acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un Agente de Aduana, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquéllos, es un mandato que se regulará por el Código Civil en todo lo no previsto en esta ley y su reglamento.

241º y 244º



Artículo 241º.- **Los despachadores son responsables** ante la Aduana que los datos consignados en la declaración de mercancías guarden conformidad con los documentos del régimen exigidos por ley **y que éstos sean concordantes entre sí.**

14º

Artículo 14º.- Son responsables solidarios de la obligación tributaria los agentes de aduana que intervienen en el despacho por los cargos que se formulen después del levante.

247º

Artículo 247º.- El agente de aduana es responsable solidario junto a su comitente, por el pago del adeudo.

5.3.3 Disposición y normas

Estamos ante una disposición tributaria aduanera y dos normas contradictorias entre sí.

La primera (interpretación histórica, literal y formalista), concluye que el agente de aduana es responsable solidario por los tributos originados en el ajuste del valor FOB de la mercancía.

La segunda (interpretación sistemática) concluye exactamente lo contrario.

Y seguimos en territorio positivista.

¿Cómo debe resolver el juez? ¿Por cuál de las dos debe optar?

Pues bien, los jueces optaron por la interpretación literal. ¿Por qué los jueces, teniendo otra opción, decantaron por el formalismo? Muy probablemente, por la misma desconfianza que el lector haya tenido al leer estas breves páginas de razonamiento jurídico respecto a un campo desconocido. Por eso era importante mostrar, aunque fuere someramente, los argumentos de ambas partes: para que experimente la misma inseguridad de cualquier otra persona que debe pronunciarse en campo técnico donde no es especialista.

Empero, la pregunta sigue siendo la misma: ¿por qué los jueces se decantan por la interpretación literal?

5.4 Explicación de la preeminencia de la interpretación literal

Proponemos tres explicaciones: una legal, otra literal y, la última, utilitarista benthamita.

5.4.1 Explicación legal

5.4.1.1 Delito de prevaricato e interpretación literal

El Código Penal peruano prescribe lo siguiente:

Artículo 418.- Prevaricato

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

¿Qué se entiende por “manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley”? Pues lo más apegado a la interpretación literal. Para ello, el juez debe utilizar el método literal, ateniéndose a la gramática, la sintaxis y el significado, común o técnico, de las palabras (Rubio, 2003: p.134).

En el caso aduanero que nos ocupa, parece evidente que el agente de aduana es responsable solidario por los tributos originados en el ajuste del valor, más todavía cuando, en la comparación histórica, vemos que ha sido retirado de la disposición anterior el texto de excepción, a lo que se suma que no hay que distinguir donde la ley no lo hace.

Queda claro que si el Poder Judicial hubiera hecho suyos los otros argumentos positivistas (de donde se deducía que el agente de aduana no es responsable por los tributos originados en el ajuste de valor) se habría apartado del texto expreso y claro de la ley.

5.4.1.2 Plan CERIAJUS

La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) publicó su plan en el 2004 y entre las muchas recomendaciones, todas factibles de ser implementadas inmediatamente, destacaba la derogación del delito de prevaricato en el extremo que consagra la interpretación literal.

IDL et al. (2004: p.80) resume bastante bien la polémica en torno a dicha derogatoria. Por un lado, preocupa que su eliminación sea también la desaparición de la responsabilidad penal de los jueces por decisiones arbitrarias. De otro lado, su eliminación permitiría superar el “obstáculo que impedía a los

jueces recurrir a otros tipos de interpretación para emitir un fallo más justo y, en consecuencia, incentivar la interpretación creativa del juez”, y añade:

Ello abre paso al nuevo rol del juez como un juez creador de derecho más que uno formalista escudado en la literalidad de la norma, que ya no le servirá de excusa para justificar la injusticia de sus decisiones. (IDL et al., 2004: p.80)

Pero extrañamente, termina expresando lo siguiente:

“Sin embargo, no cabe duda de que la eliminación del referido tipo de prevaricato requiere de un extenso debate, pues incluso aceptada su conveniencia puede aún discutirse su oportunidad.” (IDL et al. 2004: p.80)

¿Discutir su oportunidad? ¿Ello significa que no es el momento? Esa última frase guarda el temor de dejar libre al Poder Judicial, pero no da ninguna luz para su solución.

La solución exige tener una perspectiva del problema (siendo la nuestra, la que proporciona el utilitarismo benthamita). En ese sentido, creer que la norma de prevaricato ha maniatado al juez, circunscribiéndolo a la interpretación literal sería muy ingenuo.

Más bien, como expresa IDL et al., dicha disposición penal ha servido de escudo a los jueces para (ante la falta de destrezas y, en consecuencia, el absurdo de sus decisiones), eximirse de responsabilidad toda vez que supuestamente se encuentran maniatados por el delito de prevaricato.⁶³

Todo esto confluye en el Poder Judicial para que se mantenga vigente una disposición penal en la que, fuera de la jurisdicción, existe consenso respecto a su derogatoria. Si el Presidente de la Corte Suprema de la República,

⁶³ Los jueces tienden a ser conservadores. Inclusive ello explica el arraigo que ha tenido la doctrina de los precedentes en el Common Law (Marinoni, 2013: p.28). Los casos difíciles son tales hasta que una respuesta se asienta, a partir de la cual se adopta literalmente.

apoyado en el sector académico, presentara un proyecto de ley proponiendo la derogatoria de este extremo del prevaricato, ¿alguien duda que la empresa prosperaría? Pero no se hace, precisamente, porque los jueces perderían el escudo que los protege (no maniatada).

¿Sería conveniente reemplazar la consagración de la literalidad por otra pauta? Kelsen (1982: p.352) dijo con acierto que ningún método de interpretación garantiza per sé la respuesta correcta. Sin embargo, tenemos la impresión que no se haría mal en recoger positivamente la propuesta de MacCormick⁶⁴: consistencia, coherencia, universalidad y consecuencialismo.

En conclusión:

En la práctica, el delito de prevaricato no ha maniatado la capacidad interpretativa de los jueces, sino que se ha convertido en escudo para (ante limitada capacidad argumentativa o escaso conocimiento del tema especializado), eximirse de responsabilidad por decisiones formalistas.

5.4.1.3 Código Tributario y métodos usuales de interpretación

Sin embargo, el prevaricato, ya sea como amenaza o escudo, no puede ser la razón para que prime la interpretación literal en el campo del Derecho tributario.

En efecto, el Código Tributario, modificado por Decreto Legislativo No.1121 (18.07.2012), artículo 3º, establece lo siguiente:

Título preliminar

Norma VIII.- Interpretación de las normas tributarias

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

⁶⁴ Para un desarrollo de la teoría de Neil MacCormick, ver Gascón y García Figueroa (2003: p.174-181).

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.

No habiendo restricción, para efecto tributario aduanero se le permite al juez utilizar todos los métodos de interpretación admitidos, entre los cuales se encuentran, además del método literal, el *ratio legis*, el sistemático, el histórico, el sociológico, entre otros (Rubio, 2003: p.134-154).

En conclusión, respecto al Derecho tributario aduanero, el prevaricato no es la razón jurídica para que el juez se atenga a la interpretación literal.

5.4.2 Explicación cultural (valores tergiversados de la Revolución francesa)

Gonzales (2009) ha realizado el análisis más completo del paradigma cultural formalista del Poder Judicial peruano. A él hay que remitirse para todo efecto. No corresponde aquí hacer un resumen de su obra. Sin embargo, es indispensable citar la razón que da el autor:

[...] en realidad, el formalismo jurídico peruano –como seguramente ocurre en la mayor parte de países de América Latina– es una construcción con matices que la distancian, hasta cierto punto, de la visión europea. Mientras en esta última el formalismo se constituye como una idea reforzada de la legalidad, comprometida con una ideología que busca universalizar su creencia o su utopía, a través de los derechos y la representación de la sociedad gracias a los mismos derechos, la educación legal en el Perú, a partir de los insumos de la tradición europea, ha generado una idea del derecho desvinculada de la realidad social y a través del discurso legal, presente a lo largo de toda la república, se ha persistido desde diversas estrategias en la negación de la misma. La representación de la realidad que el formalismo peruano ha pretendido reflejar se refiere a un ideal europeo o radicalmente inexistente. (Gonzales, 2009: p.391)

Es decir, el sistema jurídico peruano ha quedado marcado por el gran ideólogo de la división de poderes:

“Ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor.” (Montesquieu, 1906: p.237)

Y se reafirma:

Pero si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo hasta el punto de no discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley. Si representasen una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone. (Montesquieu, 1906: p.230)

No muchos parecen recordar al más importante jurista francés, revisor del proyecto final del Código Civil de 1804, que decía:

Hay dos clases de interpretación: una por vía de doctrina y otra por vía de autoridad.

La interpretación por vía de doctrina consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, en aplicarlas con discernimiento y en suplirlas en los casos que no se han regulado. **¿Podría concebirse la posibilidad de desempeñar el oficio de juez sin esta clase de interpretación?**

La interpretación por vía de autoridad consiste en resolver las cuestiones y las dudas por vía de reglamento o de disposición general. Este modo de interpretación es el único que le está prohibido al juez.

Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, se han que examinar detalladamente sus disposiciones. A falta de ley, hay que tener en cuenta la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas. (Jean-Étienne-Marie Portalis, 2014: p.17)

Y si bien la Francia post-revolucionaria dejó muy en claro en su legislación que adoptaba la posición de Montesquieu:

“El recurso o consulta al legislador tiene su origen en el art. 12, título II, de la ley de 16-24 de agosto de 1790, que establece que «los tribunales se dirigirán al cuerpo legislativo cada vez que crean necesario interpretar una ley». (Carré de Malberg, 2000: p.660).

Lo cierto es que prevaleció Jean-Étienne-Marie Portalis:

“A decir verdad, sólo se hizo, durante la Revolución, un uso poco frecuente de esta consulta facultativa.” (Carré de Malberg, 2000: p.600-601)

Pero a nuestro país llegó la visión del juez formalista.

5.4.3. Explicación utilitarista bentamita

La explicación benthamita no descarta las anteriores, sino que incide en el comportamiento individual.

Es cierto que el Código Tributario amplía los métodos de interpretación que puede utilizar el juez, pero es una isla frente a la tipificación de prevaricato. La Corte Suprema debe resolver diversas materias. Es muy difícil tener una práctica interpretativa literal y, de pronto, cuando revisa temas tributarios aduaneros, salir al uso del conjunto de instrumentos, para luego volver al formalismo. Es decir, pese a la disposición del Código Tributario, la práctica literal termina por primar inclusive en esta rama del Derecho.

La explicación del profesor Gonzales es incuestionable, entre otras razones, porque su análisis alcanza al sistema en su conjunto, incluida la enseñanza del Derecho, que termina influyendo a los futuros abogados. Y no dudamos que en algunos casos los valores post-revolucionarios franceses, mal entendidos, sean la causa que lleva a los jueces a inclinarse por la interpretación literal.

La explicación utilitarista benthamita es más personal y realista. Quien haya asistido al informe oral del Poder Judicial, en la sub especialidad tributaria aduanera, habrá podido observar que se le presenta a los jueces casos sumamente complicados de Impuesto General a las Ventas, Impuesto a la Renta

y, en lo que respecta al Derecho aduanero, casos de valoración (regalías, seguros, transporte), acuerdos internacionales, infracciones y sanciones, merceología y clasificación arancelaria, etc. ¿Existe en el país un abogado que sea especialista en todos esos campos al mismo tiempo? La Administración Aduanera cuenta con personal dedicado específicamente a cada una de esas materias (que casi desconocen totalmente las demás áreas). Los privados tratan de tener el mayor conocimiento de todos esos campos, sin alcanzar la especialidad a la que ha llegado SUNAT. La labor encomendada a los jueces, por el tecnicismo de estas ramas, es una función condenada al fracaso, sin perjuicio de momentos de brillantez productos, precisamente, de abordar casos que realmente conozcan.

Es cierto que estos procesos judiciales vienen anteceditos por resoluciones del Tribunal Fiscal, que, como hemos visto, también han sido rebasados por la operatividad y están auto-limitados (parcialmente) por el hecho mismo de ser un órgano del acreedor, lo cual no ha sido visibilizado todavía.

A ello podemos sumar que, como señala Atienza, las partes no se encuentran comprometidos con la justicia como lo hacen los jueces, que es un eufemismo para decir que las partes (inclusive cuando está representado por un procurador público del Ministerio de Justicia) orienta el caso desde la perspectiva más favorable a su posición, y no reconocerá al adversario los argumentos más sólidos que los suyos.

Un esfuerzo infructuoso de la legislación recientemente modificada fue que los casos recibieran informes individuales del Ministerio Público, que no podía servir de mucho porque se encontraba en la misma situación de los jueces.

Ante todo ello, qué le puede quedar al juez sino optar por la interpretación literal, como lo haría cualquier otro abogado al que asignaran un campo especializado respecto del cual puede tener acercamientos, pero no conocimiento cabal de su desarrollo.

¿Por qué? Por la sencilla razón que todos los seres humanos buscan su propia felicidad y, de esta actitud, los jueces no son una excepción.

Sin embargo, hay maneras de remediar esta situación. ¿Qué necesitan los jueces? Alguien de quién fiarse.

Proponemos la creación de un instituto nacional de investigación y estudios de Derecho tributario aduanero, no adscrito al Ministerio de Economía (por ejemplo, podrían estar bajo la cobertura de Defensoría del Pueblo). Estará integrada por especialistas en la materia. Su labor no será opinar de cada caso, como lo hacía el Ministerio Público, sino seguir corrientes temáticas, analizarlas y pronunciarse. Inclusive, podrá opinar sobre informes jurídicos de SUNAT. Deberá funcionar bajo una lógica distinta al de un fiscal penal, pues en vez de probar su hipótesis deberá hacer todo lo posible para rebatirla, y si se sostiene, mantenerla hasta que otra más fuerte la rebata; es decir, funcionar bajo una lógica popperiana. Y todo ello, entregarla como insumo al Poder Judicial.

La réplica podría ser: si las personas que forman el instituto nacional son especialistas, ¿por qué ellos no son los jueces? Muy sencillo. Un instituto nacional puede interactuar con las partes, abogados, universidades y estudiar los temas con una libertad que no le está permitida a los jueces, ya sea por el apretado tiempo con que cuenta como por la imagen imparcial que deben transmitir.

La siguiente réplica puede ser: ¿Y por qué no dejar esa función del instituto nacional a las universidades? Porque en Perú las cátedras universitarias se encuentran a cargo de abogados que trabajan para el Estado, un estudio jurídico o de manera independiente, y no sería extraño que la posición que tienen dentro de su actividad de litigante la quieran hacer reflejar institucionalmente; o, por lo menos, estaría teñida de esta sombra. En todo caso, los centros de estudio pueden, a base de legitimidad, ganarse un espacio, y es lo deseable, sin que a la fecha haya sucedido.

Las asociaciones privadas tienen el mismo problema que las universidades.

Eso no es todo. Aquí es importante resaltar el papel del Consejo Nacional de la Magistratura (ahora, Junta Nacional de Justicia). La mala costumbre de rebautizar las entidades públicas termina teniendo aspecto de fondo, como repetir los errores. Dicha entidad evalúa y reevalúa cada cierto tiempo la labor de jueces y fiscales. Pero se entiende esta función como un aspecto meramente administrativo, cuando, por el poder que la Constitución les ha asignado, son los llamados a establecer la política judicial. Si el juez sabe que quien lo reevalúa es un formalista, él orientará sus acciones al formalismo, pues, como toda persona, buscará conservar su puesto (enfoque benthamita). Pero si quien lo reevalúa tiene una visión de defensa del derecho del ciudadano, entonces el juez tratará de satisfacer esa visión (enfoque benthamita). De ahí que la elección de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (ahora, Junta Nacional de Justicia) no puede ser a través de un examen de conocimientos. Pero este tema, otra vez, rebasa largamente la materia de esta tesis.

5.5 Facultad interpretativa del Congreso de la República e independencia judicial

Habíamos dicho que los casos de responsabilidad solidaria imputada a los agentes de aduana por tributos originados en ajuste del valor tuvieron dos períodos. Uno, de 1992 hasta 2001, en que SUNAT, Tribunal Fiscal y Poder Judicial, incluida la Corte Suprema, resolvieron en declarar infundada la impugnación de los agentes de aduana. Varias de esas empresas quebraron y muchas personas perdieron sus puestos de trabajo. Este aspecto, ya lo hemos dicho, no es jurídicamente relevante para determinar o no la responsabilidad.

El segundo período de esta historia empezó en el año 2001, en el que todas las instituciones arriba mencionada cambiaron su interpretación en el sentido que no existía responsabilidad solidaria de los agentes de aduana por dicho extremo.

¿Qué había sucedido? El Congreso de la República publicó las Leyes de precisión de responsabilidad solidaria de agentes de aduana, Leyes No.27325 (23.07.2000) y No.27483 (16.06.2001)⁶⁵, de interpretación auténtica, estableciendo lo siguiente:

Artículo 1º.- Precísase alcances de la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana

La responsabilidad solidaria de los agentes de aduana a que hace referencia la Ley General de Aduanas, aprobado mediante Decreto Legislativo No.809, debe ser entendida de conformidad con la naturaleza jurídica a que se refiere el artículo 99º de la norma en mención, no pudiendo extenderse más allá de aquella y siempre

⁶⁵ Solo como anécdota, debemos decir que para la promulgación de dichas leyes fue decisiva la participación de Martha Chávez y Fernando Olivera, congresistas de la época, famosos por disentir en casi todo, que, a diferencia de varios de sus colegas, hicieron suyo un problema ajeno.

Paradójicamente, este acto de justicia tampoco hubiera sido posible sin la declaración de los más alto representantes de SUNAT, que de manera honesta admitieron ante la comisión congresal que los agentes de aduana no participaban de la transacción comercial internacional y que no había manera que determinaran el ajuste de valor, sino que simplemente cumplían la labor de despachadores de aduana.

atribuible sólo por hechos propios que realicen los mencionados operadores de comercio exterior.

El referido artículo 99º regulaba la relación entre los dueños, consignatarios y consignates de las mercancías y los agentes de aduana, calificándola como un contrato de mandato con representación.

Un año después, la Ley No.27483 (16.06.2001) completó las disposiciones procesales para su aplicación a los procedimientos administrativos y procesos judiciales ya iniciados.

Como se puede observar, el Congreso de la República no impuso un sentido expreso de la interpretación, sino que ésta debía hacerse a la lectura de dos artículos (y no solo uno) de la Ley General de Aduanas, argumento que, por demás, es el mismo que habían presentado los agentes de aduana a lo largo de todos esos años.

¿El Poder Judicial no podía hilvanar dos artículos de un mismo cuerpo legal? Lamentablemente, eso sucede cuando se desconoce los alcances relevantes de la materia y hay temor de contrastarlo con la realidad. Entonces se prefiere la interpretación formalista.

Debido a no ser su ámbito de desarrollo profesional, es explicable la decisión errónea del Poder Judicial. Pero no tiene justificación respecto al Tribunal Fiscal. Esta entidad conocía la relevancia conjunta de ambas disposiciones. ¿Qué sucedió? Simple y llanamente, estamos ante la prueba más palpable de la falta de independencia del Tribunal Fiscal, no por interferencia del Ministerio de Economía y Finanzas, sino por una especie de auto-censura; esto es, conocer sus límites como órgano resolutor cuya posibilidad de renovación en el cargo se encuentra, precisamente, en manos del acreedor.

Es lo mismo que acabamos de decir respecto a los jueces y su renovación en el cargo por decisión del Consejo o la Junta y será lo mismo sucede respecto a cualquier persona que depende de otra para mantenerse en su función, por lo menos, hasta el límite en que aquello vence su felicidad, dicho en término benthamita). Ninguna estadística puede reflejar este elemento que Bentham resaltó, pero difícilmente puede ser rebatido. Y este tema, que bien puede quedar circunscrita al ámbito psicológico se vuelve jurídico cuando es necesario tomar en consideración al momento de estructurar un sistema judicial justo.

El problema no termina aquí, pues da pie para reflexionar acerca de lo que se ha denominado reserva judicial, así como existe reserva de ley. Es decir, no permitir que el Congreso de la República interprete disposiciones legales en tanto constituye una interferencia en la labor judicial.

En abstracto, puede ser que esta objeción tenga sentido. En la realidad, hubiera significado la quiebra injusta de varias empresas y la pérdida de otros tantos puestos de trabajo. Algunos sostendrán que esto no es de relevancia jurídica o que pertenece al área del Derecho que se está permitido ser injusto, lo cual ya tratamos líneas arriba.

En tanto el Poder Judicial no tenga los elementos adecuados para realmente administrar justicia (justicia, en todo el sentido de la palabra) no nos queda dudas que es necesario contrapesar su poder, y el Congreso de la República es la alternativa más viable.

CONCLUSIONES

PARTE PRIMERA: Utilitarismo

Capítulo 1, respecto al utilitarismo benthamita:

1. El utilitarismo benthamita se sustenta en los siguientes principios:
 - Todos hacen lo que les produce más felicidad (o rehúyen de aquello que les causa más dolor).
 - El gobernante y legislador deben buscar la felicidad pública o de la mayoría.
 - Las decisiones se evalúan en función a las consecuencias que generan.
2. La felicidad no compite con valores, sensaciones ni demás elementos, sino que es el pináculo resultante de la confrontación de éstos. Es falsa, pues, cualquier dicotomía que pretenda enfrentar a la felicidad con la seguridad, la felicidad con la ayuda al prójimo o la felicidad con cualquier otro elemento.

3. Para una persona, su felicidad puede ser la acumulación de riqueza única y exclusivamente para su propio disfrute, mientras para otra persona la felicidad puede ser su sacrificio en beneficio de un determinado grupo de personas.

Son estos últimos los que llevan adelante el segundo principio benthamita, por el cual el gobernante y legislador debe procurar la felicidad común.

Con ello queda resuelta la supuesta contradicción entre la felicidad personal y la felicidad común.

4. Desde el enfoque benthamita, los jueces, inclusive durante el ejercicio de sus funciones, se encuentra guiado por el principio de felicidad individual.
5. Bajo el utilitarismo benthamita, los valores se encuentran en constante construcción, por lo que debe justificarse cada vez que sea necesario.
6. El consecuencialismo se proyecta a corto, mediano o largo plazo, pudiendo cada uno configurar distinto tipo de decisiones, inclusive contradictorias entre sí.

La proyección consecuencialista a largo plazo converge en el precedente. Así, tomando en consideración que en el futuro una parte de la mayoría puede ser minoría, la decisión tiende a proteger desde el inicio a la minoría.

Capítulo 2, respecto a las críticas al utilitarismo y nuestra refutación a las mismas

- 1.1 John Stuart Mill y Michael Sandel reconocen en Bentham una filosofía política por la cual el pueblo puede contener los abusos del gobierno, pero

no los abusos que la mayoría del pueblo puede cometer con la minoría del mismo.

1.2 Esta crítica se ve refutada por el propio Bentham cuando expresa:

Tomad una sociedad cualquiera; divididla en dos partes desiguales; llamad á la una mayoría y minoría á la otra. Sacad del total los sentimientos de la minoría, y no hagáis entrar en cuenta otros que los de la mayoría. Tendréis por resultado de la operación una balanza no de provecho, sino de pérdida sobre la suma de la dicha total. (Bentham, 1836: p.284)

2.1 Ronald Dworkin sostiene que en la teoría de justicia utilitarista no existen razones intrínsecas para movilizar la política y la economía en favor de una actividad (jugar billar, nazismo, etc.) u otra actividad (cultivación de las artes, respeto a los otros, etc.), porque la acción gubernamental es determinada por la mayoría y su fuerza.

Añade que, si el utilitarismo va constituirse parte de una teoría política atractiva para una sociedad, debe poseer las condiciones necesarias para restringir las preferencias computables en derechos como triunfos (política y moralmente).

2.2 Esta crítica es refutada por Bentham a través de los anti-principios utilitaristas: ascetismo, simpatía y antipatía (pensamientos instintivos) y fantasía (ideología acrítica), que constituyen filtros a las preferencias. Estos filtros sirven a los gobiernos para seleccionar las preferencias de mayor valor para la sociedad.

3. La crítica de Bentham a la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, antecedente de los derechos humanos, no es de orden moral, sino jurídico, en el cual, si bien tiene presente el fenómeno de la interpretación, desconoce sus métodos.

En ese sentido, acertadamente, creemos, exige a los franceses que determinen si dicha declaración se encuentra por encima de la ley o no.

Y ya respecto a la declaración misma, encuentra contradictorio (esto es, no sabe cómo armonizar) derechos que colisionan entre sí. Le parece absurdo un sistema que presenta la libertad como valor sin límite, pero coexiste con la legitimidad de la cárcel; o el derecho irrestricto a la propiedad con la obligación de tributar. No son los derechos en sí, sino ese desajuste, lo que le parece absurdo (recordando que su contemporáneo alemán, von Savigny, recién está desarrollando los métodos de interpretación y todavía faltarían varios siglos para la llegada de la ponderación).

4. Para Bentham los derechos son válidos, pero deben ser capaz de sostenerse cada vez que se requiere su justificación. Buen ejemplo es la tolerancia, que después de Hitler pasó de ser irrestricto a la consideración de que no se puede ser tolerante con los intolerantes. Ese cambio es propio del utilitarismo.
5. Otros ejemplos de su respeto al derecho son la despenalización del homosexualismo en una época y lugar muy difícil de sustentar, así como el voto femenino; ambas debidamente sustentado, aunque también en ambas cede a la realidad política.

PARTE SEGUNDA: Temas tributarios aduaneros

Capítulo 3, respecto a la «legitimidad activa para obrar», que faculta a SUNAT la impugnación judicial de resoluciones del Tribunal Fiscal:

1. Los argumentos a favor de la legitimidad se sustentan en los siguiente:
 - Formalmente, el procedimiento contencioso tributario tiene característica trilateral, dado que el Código Tributario califica a SUNAT como parte cuando el caso se eleva al Tribunal Fiscal.
 - Aunque haya una innegable relación directa de SUNAT (órgano técnico adscrito) y el Tribunal Fiscal (órgano ministerial) con el Ministerio de Economía y Finanzas (acreedor financiero), la configuración tampoco responde al procedimiento lineal clásico, por lo que puede ser considerado procedimiento trilateral especial (término recogido en la misma Ley de Procedimiento Administrativo General, precisamente, para leyes especiales).
 - Y si aun así se determinara que, sustancialmente, no es un procedimiento trilateral, la disposición constitucional que establece el proceso contencioso administrativo no hace exclusión alguna, por lo que nada impide que SUNAT, que cuenta con personería jurídica propia, demande al Tribunal Fiscal (que pertenece al Ministerio de Economía Finanzas).
 - Y, finalmente, solo son dos instancias administrativas, arquitectura usual para procedimientos y procesos de impugnación. Sería irracional

si se tratara de una sucesión de instancias, sin justificación, solo para alargar la etapa administrativa.

2. Los argumentos en contra, aunque hasta ahora no han mencionado (y, por ende, no han refutado) el carácter trilateral del procedimiento contencioso tributario, se sustentan en argumentos que, consideramos, no se han sostenido a nuestra crítica. En ese sentido:

- Se ha dicho, erradamente, que el Tribunal Fiscal es órgano jerárquicamente superior a SUNAT, siendo en realidad dos entidades distintas.
- Se sostiene como únicamente válida la acción de lesividad en razón del interés público. Sin embargo, no se explica por qué esa misma razón no puede ser alegada por SUNAT para interponer demanda contra las resoluciones del Tribunal Fiscal, habida cuenta que, supuestamente, se ha transgredido la Constitución, la ley o cualquier otra normatividad aduanera.

3. La posición contraria a la «legitimidad activa para obrar» de SUNAT pretende ser un medio destinado a proteger el derecho de los ciudadanos, que se ven ante la extraña situación que la Administración Pública (SUNAT) demanda a la Administración Pública (Tribunal Fiscal – Ministerio de Economía y Finanzas) que resolvió a favor del ciudadano. Sin embargo, con ello no se protege a los ciudadanos en los casos que el Tribunal Fiscal resolvió en su contra de manera incorrecta.

Asimismo, hemos presentado casos en que el Tribunal Fiscal ha resuelto de manera incorrecta por desconocimiento de la operatividad técnica, así como por lo que llamamos auto-censura respecto a su independencia

frente al Ministerio de Economía y Finanzas (sin que ello signifique interferencia directa de éste). Esta auto-censura se concreta en la adopción de la interpretación en favor del acreedor financiero (Ministerio de Economía y Finanzas) a pesar de saber que los argumentos opuestos son más sólidos, si bien no llega a los extremos de SUNAT (área de controversia).

Esta auto-censura proviene del hecho que los vocales del Tribunal Fiscal son funcionarios que deben su ratificación al Ministro de Economía y Finanzas, por lo que, aunque éste no imponga limitaciones, siempre habrá un cuidado del vocal de no rebasar determinados límites (como cuando resolvió los casos de imputación de responsabilidad solidaria de los agentes de aduana).

4. Dicho lo anterior, y reiterando que esta auto-censura no llega a los extremos de SUNAT, el Tribunal Fiscal resuelve con cierta libertad debido, precisamente, a que el peso de la responsabilidad no recae en la institución, habida cuenta que SUNAT o el ciudadano pueden seguir haciendo valer su pretensión en sede judicial.

Si prosperara la posición de quienes niegan la «legitimidad activa para obrar» de SUNAT, habría que preguntarse cómo reaccionaría el Tribunal Fiscal sabiendo que, de resolver en favor del ciudadano, el Ministerio de Economía y Finanzas (acreedor financiero y quien cada tres años evalúa la ratificación de los vocales) ya no podrá cobrarse la deuda (ya que SUNAT carecerá de facultad de recurrir judicialmente).

Es posible que el Tribunal Fiscal siga manteniendo esa auto-censura moderada.

Desde el punto de vista benthamita, esa auto-censura se agravaría, llegando a los mismos límites que actualmente tiene SUNAT al momento de resolver.

5. Desde este punto de vista, la posición contraria a la «legitimidad activa para obrar» de SUNAT, pese a buscar la protección del derecho del ciudadano, termina perjudicándolo.
6. Proponemos volver al procedimiento anterior; esto es, que SUNAT no pueda demandar directamente, a menos que cuente con autorización del Ministro de Economía y Finanzas, previo informe de Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero.
No obstante, recordemos que este procedimiento no logró permanecer, lo cual habla de SUNAT como un actor político a considerar.
7. Ya sea que impugne SUNAT o el ciudadano, la resolución del Tribunal Fiscal se eleva al Poder Judicial con el aura de ser emitido por una entidad especializada en temas técnicos e independiente, lo cual influye en el Poder Judicial (pese a que en ocasiones la entidad administrativa ha sido rebasado por aspectos de logística y operatividad aduanera o ha prevalecido la llamada auto-limitación moderada).
8. De ello se desprende que el ciudadano se encuentra desprotegido.

Capítulo 4, respecto a la contracautela que debe constituir el usuario aduanero a fin que SUNAT no ejecute la deuda.

1. Los dos requisitos clásicos para que los jueces concedan la medida cautelar; esto es, la verosimilitud del derecho y la demora del proceso,

responden a criterios civilistas donde las partes se encuentran en igualdad de condiciones.

2. La realidad es que una de las partes, el Estado peruano, no se ve afectado en tanto la totalidad de su acreencia se encuentre garantizada, por lo que es irrelevante la verosimilitud del derecho o la demora en el proceso.
3. En cambio, para el usuario aduanero el cobro de la deuda puede significar su ruina económica y social, además de pérdidas de empleo, respecto de un caso al final del cual se le puede dar la razón judicialmente.
4. El juez, de manera sumaria (pre-juzgamiento), toma la decisión respecto de un caso técnico complejo, lo cual lo hará tender a rechazar la medida cautelar basado en los requisitos clásico.
5. El tercer requisito, denominado razonabilidad, puede suponer, precisamente, no atender a los requisitos clásicos, pero se encuentra con que la carta fianza solo cubre el sesenta por ciento (60%) del monto para el cual se solicita la medida cautelar, de manera tal que no cubre el monto de la deuda, haciendo inviable su concesión.
6. Fijar la carta fianza en sesenta por ciento (60%) puede parecer una medida favorable al ciudadano porque el costo financiero siempre será menor a una garantía bancaria del cien por ciento (100%), pero termina siendo un perjuicio porque en la práctica el criterio del juez se vuelve el respaldo del otro cuarenta por ciento (40%), hecho que lo pone en situación incómoda si al final del proceso se le da la razón a SUNAT y el patrimonio del ciudadano ha desaparecido, quedando ese cuarenta por ciento (40%) impago.

Por ello, no concede la medida cautelar.

7. El análisis de la verosimilitud del derecho es un prejuizgamiento (así lo establece el mismo Código Procesal Civil). El juez justifica su decisión y, como hemos visto, lo hace denegando la solicitud.

Pues bien, al momento de resolver el caso propiamente dicho (esto es, el expediente principal), ya tiene una sentencia lista y, ante la carga procesal, lo más probable es que la reproduzca en vez de volver a analizar el tema.
8. Proponemos que, si la deuda se encuentra totalmente garantizada e, inclusive, proyectada en intereses a un año por lo menos, entonces debe concederse la medida cautelar sin revisión de la verosimilitud del derecho o peligro en la demora del proceso.
9. Es más, este trámite podría ser meramente administrativo ante SUNAT, pudiendo ser utilizada la garantía que los operadores de comercio exterior constituyen para el ejercicio de su actividad.

Capítulo 5, respecto a la preferencia del Poder Judicial por la interpretación literal.

1. Aunque no existe estadística, es innegable que los jueces tienen una preferencia por la interpretación literal.
2. El formalismo en el Poder Judicial tiene varias explicaciones:
 - La inducción causada por el delito de prevaricato que sanciona no resolver conforme a la claridad del texto, pero ello no es suficiente para aceptarlo, pues el Código Tributario acepta la utilización de los

métodos de interpretación usualmente utilizados, que incluye el sistemático, entre otros.

- Valores tergiversados de la Revolución francesa, el cual aceptamos.
 - Desde el punto de vista benthamita se explica por representar el medio más seguro para su función, dado que la materia a resolver es sumamente técnica.
3. Los jueces, no sin razón, desconfían de las partes, que suelen presentar los casos de los ángulos más favorables para sí, sin reconocer las fortalezas del oponente y más bien escamoteando datos adversos.
 4. Proponemos la creación del instituto nacional de derecho tributaria aduanera, no adscrita a ningún ministerio, pudiendo estar bajo la cobertura de la Defensoría del Pueblo.

Su labor no es opinar en todos los casos, sino hacer estudios de procesos, pronunciarse sobre los informes de SUNAT y, en general, suministrar insumos para que el Poder Judicial resuelva con la mayor justicia posible. Debe funcionar bajo una lógica popperiana, inversa al de los fiscales penales.
 5. A la pregunta: entonces, si dicho instituto nacional es la especialista, por qué no ésta la que se convierte en juzgado y sala especializada.

No podría ser así porque un instituto puede generar reuniones, cruzar información y, en general, realizar actos que, si fuera Poder Judicial, no podría llevar a cabo.

Su función, repetimos, es investigar de manera imparcial y razonable para entregar argumentos al Poder Judicial.

6. Es necesario que el Consejo Nacional de la Magistratura (mal refundada como Junta Nacional de Justicia) entienda que no solo tiene una función administrativa respecto a la carrera judicial de los jueces, sino que orienta la política del Poder Judicial.

Si el juez que va ser evaluado y re-evaluado conoce el interés de esta institución por rechazar resoluciones formalistas en aras de interpretaciones razonables, orientará su accionar en esa dirección.



ANEXOS



ANEXO AL CAPÍTULO 3

Legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria Aduanera

Ax3.1 Base normativa derogada

Ley No.28365 (24.10.2004)

Artículo 157º.- Demanda Contencioso Administrativa

La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa. Dicha resolución podrá impugnarse mediante el Proceso Contencioso Administrativo, el cual se regirá por las normas contenidas en el presente Código y, supletoriamente, por la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

La demanda podrá ser presentada por el deudor tributario ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, dentro del término de tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo contener peticiones concretas.

La presentación de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que:

- a) Exista dualidad de criterio entre las distintas Salas del Tribunal Fiscal sobre la materia a demandar, aun cuando se refiera a un contribuyente distinto; o,
- b) La resolución del Tribunal Fiscal no se haya emitido por unanimidad de los votos en la Sala correspondiente; o,
- c) La resolución del Tribunal Fiscal incurra en una de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley No.27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Tratándose de la SUNAT requerirá, adicionalmente, autorización previa del Ministro de Economía y Finanzas para interponer la demanda contencioso administrativa a que hubiera lugar. Por decreto supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se procederá a reglamentar lo señalado en los dos párrafos precedentes.

Ax3.2 Base normativa vigente

En extracto imprescindible para esta parte del trabajo, transcribimos Constitución Política del Perú, Código Tributario y Ley de Procedimiento Administrativo General.

Constitución Política de 1993

Artículo 148º.- Acción contencioso-administrativa

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

Código Tributario y modificatorias

Artículo 141º.- Medios probatorios extemporáneos

No se admite como medio probatorio bajo responsabilidad, el que habiendo sido requerido por la Administración Tributaria durante el proceso de verificación o fiscalización no ha sido presentado y/o exhibido, salvo que el deudor tributario pruebe que la omisión no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera u otra garantía por dicho monto que la Administración Tributaria establezca por resolución de superintendencia, actualizada [...].

Artículo 149º.- Administración Tributaria como Parte

La Administración Tributaria será considerada parte en el procedimiento de apelación, pudiendo contestar la apelación, presentar medios probatorios y demás actuaciones que correspondan.

Artículo 154º.- Jurisprudencia de Observancia Obligatoria

Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del artículo 102º, las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia

de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el diario oficial El Peruano.

[...]

En los casos de resoluciones que establezcan jurisprudencia obligatoria, la Administración Tributaria no podrá interponer demanda contencioso-administrativa.

Artículo 157º.- Demanda contencioso administrativa

[...]

La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10º de la Ley No.27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley No.27444 y modificatorias

Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14º.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Artículo 213º.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10º, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se

invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

[...]

- 213.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años [...].
- 213.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.
- 213.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo puede ejercerse dentro del plazo de dos (2) años contados desde la fecha en que el acto haya quedado consentido. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

Artículo 229º.- Procedimiento trilateral

- 229.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la presente Ley.

Ley de Procedimiento Administrativo General

Título Preliminar

Artículo 1º.- Ámbito de aplicación de la ley

[...]

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

- 229.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como “reclamante” y cualquiera de los emplazados será designado como “reclamado”.

Artículo 230º.- Marco legal

El procedimiento trilateral se rige por lo dispuesto en el presente Capítulo y en lo demás por lo previsto en esta Ley. Respecto de los procedimientos administrativos trilaterales regidos por leyes especiales, este capítulo tendrá únicamente carácter supletorio.

Ley General de Aduana – Decreto Legislativo No.1053 y modificatorias

Artículo 192º.- Cometén infracción sancionable con multa:

- b) Los despachadores de aduana, cuando:
9. Destinen mercancías prohibidas;

Ax3.3 Caso de importación de mercancía restringida

Resolución del Tribunal Fiscal No.08831-A-2018

Expediente No.02825-2019-0-1801-JR-CA-19

La empresa peruana desea traer al país 17,35 Kg. de soya semilla (muestra sin valor comercial para siembra), contenido en un bulto.

A tal efecto, gestiona los documentos sanitarios correspondientes:

- Permiso Fitosanitario de Importación, que emite el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) de Perú antes del embarque de la mercancía, señalando los requisitos que deben cumplirse a fin que ingrese al país.
- Certificado Sanitario, que emite la entidad oficial del país de origen, dando cuenta del cumplimiento de los requisitos.

Al llegar la mercancía al país, la empresa peruana entrega al agente de aduana estos documentos, la factura y la guía aérea.

El agente de aduana encuadra las características de la mercancía a la normatividad y, en representación del importador, transmite la declaración aduanera.

El siguiente paso es que el importador presente a SENASA Perú la solicitud para que el funcionario inspeccione la mercancía y, de encontrarse todo

conforme, emita el Informe de Inspección y Verificación / Autorización de Plaguicidas e Insumos Veterinarios (IIV/APIV)¹.

SENASA Perú toma muestra de la mercancía, la analiza y determina que la soya semilla (muestra sin valor comercial para siembra) es un organismo vivo modificado (OVM), entidad biológica prohibida de ingresar al país.²

Seguidamente, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) sanciona al agente de aduana con multa de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), monto superior a tres mil dólares de EE.UU., por incurrir en la siguiente infracción:

Ley General de Aduana – Decreto Legislativo No.1053
Artículo 192º.- Cometan infracción sancionable con multa:
b) Los despachadores de aduana, cuando:
9. Destinen mercancías prohibidas;

El agente de aduana interpone recurso de reclamación ante SUNAT, que declara infundada la impugnación.

Entonces, el agente de aduana presenta recurso de apelación, siendo elevado el caso al Tribunal Fiscal, que, en última instancia administrativa, expide la resolución No.08831-A-2018 (RTF), revocando los actos administrativos sancionatorios, no sin antes destacar que la misma SUNAT había admitido que el agente de aduana no podía haber determinado que la mercancía era restringida:

RTF No.08831-A-2018, página 3, considerando 1
[...] máxime si la Administración reconoce en la resolución apelada que «la calificación de ´prohibida´ no se desprendía de los

¹ El Reglamento de Cuarentena Vegetal, D.S. No.032-2003-AG (24.08.2003) y modificatorias, artículos 48º y 49º, establece que primero se transmite la declaración aduanera y después se presenta la solicitud para obtener el IIV/APIV.

² Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados (OVM) al territorio nacional por un periodo de diez (10) años, Ley No.29811, Decreto Supremo No.010-2014-MINAM e Informe No.0002-2015-MINAGRI-SENASA-DELYC-PCAC-GFLORES del 16.04.2015.

documentos que proporcionó el importador (...) como es el caso de las semillas de soya, respecto de las cuales su calificación como positivo o negativo a OVM sólo puede comprobarse con un análisis especializado previo»;

Y, sin embargo, la Administración Pública presenta demanda contencioso administrativo contra dicha RTF.



ANEXO DEL CAPÍTULO 4

Contra-cautela (caución)

Ax4.1 Base normativa

En extracto imprescindible para esta parte del trabajo, transcribimos Código Tributario, Ley del Proceso Contencioso Administrativo y Código Procesal Civil.

El Código Tributario, artículo 159º, incorporado por Decreto Legislativo No.1121 (18.07.2012), artículo 5º, modificado parcialmente (*) por Ley No.30230 (12.07.2014), artículo 7º, establece lo siguiente:

Artículo 159º.- Medidas Cautelares en Procesos Judiciales

Cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto cualquier actuación del Tribunal Fiscal o de la Administración Tributaria, incluso aquéllas dictadas dentro del procedimiento de cobranza coactiva, y/o limitar cualquiera de sus facultades previstas en el presente Código y en otras leyes, serán de aplicación las siguientes reglas:

1. **Para la concesión de la medida cautelar es necesario que el administrado presente una contra-cautela de naturaleza personal o real.** En ningún caso, el Juez podrá aceptar como contra-cautela la caución juratoria.
2. Si se ofrece contra-cautela de naturaleza personal, esta deberá consistir en una carta fianza bancaria o financiera, con una vigencia de doce (12) meses prorrogables, **cuyo**

importe sea el sesenta por ciento (60%) del monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar. La carta fianza deberá ser renovada antes de los diez (10) días hábiles precedentes a su vencimiento, considerándose para tal efecto el monto actualizado hasta la fecha de la renovación. **En caso de que no se renueve la carta fianza en el plazo antes indicado el Juez procederá a su ejecución inmediata, bajo responsabilidad. (*)**

3. Si se ofrece contra-cautela real, esta deberá ser de primer rango y cubrir el sesenta por ciento (60%) del monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar. (*)
4. La Administración Tributaria se encuentra facultada para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contra-cautela, en caso ésta haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido por la generación de intereses. Esta facultad podrá ser ejercitada al cumplirse seis (6) meses desde la concesión de la medida cautelar o de la variación de la contra-cautela. El Juez deberá disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contra-cautela ofrecida, de acuerdo a la actualización de la deuda tributaria que reporte la Administración Tributaria en su solicitud, bajo sanción de dejarse sin efecto la medida cautelar.
5. El Juez deberá correr traslado de la solicitud cautelar a la **Administración Tributaria** por el plazo de cinco (5) días hábiles, acompañando copia simple de la demanda y de sus recaudos, a efectos de que aquélla señale el monto de la deuda tributaria materia de impugnación actualizada a la fecha de notificación con la solicitud cautelar y **se pronuncie sobre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro que involucra la demora del proceso. (*)**
6. Vencido dicho plazo, con la absolución del traslado o sin ella, el Juez resolverá lo pertinente dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

Excepcionalmente, cuando se impugnen judicialmente deudas tributarias cuyo monto total **no supere las quince (15) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)**, al solicitar la concesión de una medida cautelar, el administrado podrá ofrecer como contra-cautela la caución juratoria. (*)

En el caso que, mediante resolución firme, se declare infundada o improcedente total o parcialmente la pretensión asegurada con una medida cautelar, el juez que conoce del proceso dispondrá la ejecución de la contra-cautela presentada, destinándose lo ejecutado al pago de la deuda tributaria materia del proceso.

En el supuesto previsto en el artículo 615° del Código Procesal Civil, la contra-cautela, para temas tributarios, se sujetará a las reglas establecidas en el presente artículo. Lo dispuesto en los párrafos precedentes no afecta a los procesos regulados por Leyes Orgánicas.

La Ley de Proceso Contencioso Administrativo

Artículo 38º.- Oportunidad

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.

Artículo 39º.- Requisitos

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, **se deberá ponderar la proporcionalidad** entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

El Código Procesal Civil, modificado, establece lo siguiente:

Artículo 608º.- Juez competente, oportunidad y finalidad

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código.

Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse

ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Artículo 610º.- El que pide la medida debe:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de ésta;
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

Artículo 611º.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.”

Artículo 612º.- Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

Artículo 613º.- Contracautela y discrecionalidad del juez

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea

proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la proroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo.

Eficacia de la medida cautelar

Artículo 619º.- Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.

La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito.

Cancelación de la contracautela

Artículo 620º.- Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho.

Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa

Artículo 621º.- Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

Deterioro o pérdida de bien afecto a medida cautelar.

Artículo 622º.- El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida del bien afecto a medida cautelar. Esta responsabilidad es regulada y establecida por el Juez de la demanda siguiendo el trámite previsto en el artículo 621º.

Afectación de bien de tercero

Responsabilidad del Juez y del Secretario

Artículo 626º.- Cuando el Juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. En este caso, será sometido al procedimiento especial establecido en este Código.

El Secretario interviniente es responsable cuando los daños y perjuicios se originan en su negligencia al ejecutar la medida cautelar. La sanción la aplicará el Juez a pedido de parte, oyendo al presunto infractor y actuándose pericia si lo considera necesario. El trámite se realizará en el cuaderno de medida cautelar. La decisión es apelable con efecto suspensivo.

Ax4.2 Caso importación acogida a los beneficios del Convenio de Cooperación Peruano Colombiano

Resolución del Tribunal Fiscal No.09526-A-2017

Expediente No.15736-2017-0-1801-JR-CA-21

En el presente caso, la controversia gira en determinar si el agente de aduana incurrió o no en la siguiente infracción:

Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo No.1053

Artículo 192º.- Infracciones sancionables con multa

b) Los despachadores de aduana, cuando:

4. No consignen o consignen erróneamente en la declaración, los códigos aprobados por la autoridad aduanera a efectos de determinar la correcta liquidación de los tributos y de los recargos cuando correspondan;

Veremos que el Tribunal Fiscal y el juez de primera instancia señalan con acierto que se la verificación de la infracción supone el cumplimiento de dos condiciones: consignar códigos erróneos (u omitirlos) y que éstos incidan en la correcta liquidación de tributos. Sin embargo, al momento de resolver, se olvida del concepto liquidación y se concentran en el pago de los tributos, dando a entender que ello supone una liquidación errónea.

Esto puede parecer un simple caso de autoridades que desconocen la diferencia entre liquidación y pago, pero se transforma en un problema del sistema cuando, como veremos, media un informe de SUNAT (nada menos que de la Intendencia Nacional Jurídica Aduanera) que analiza el tema y concluye que no hay infracción.

Pasemos a revisar el caso concreto.

La importación de mercancías se encuentra gravada con Derecho Arancelario, excepto cuando, por ejemplo, un tratado internacional lo inafecte o exonere expresamente.

Existen dos tipos de tratados internacionales. En ambos, el importador, a través de su agente de aduana, consigna en la declaración aduanera el código de acogimiento correspondiente. La diferencia está en que si dicho código se refleja o no en la liquidación de tributos.

En el primer tipo, conocido como tratado de libre comercio (TLC), la asignación del código de acogimiento genera una liquidación de tributo menor (menor al que se hubiera calculado si no se habría utilizado el código). Imaginemos que en el cálculo (previo a la liquidación oficial) el Derecho Ad Valorem es cien dólares americanos (US\$ 100,00). Pero, como en la declaración aduanera se aplica el código TLC (que, digamos, concede una rebaja de 70%), en la liquidación de tributos se declara treinta dólares americanos (US\$ 30,00). Si la asignación del código fue incorrecta, SUNAT rectifica la liquidación de tributos a cien dólares americanos (US\$ 100,00) y resuelve lo siguiente. Respecto al importador, exige el pago de los tributos diferenciales; es decir, los setenta dólares americanos (US\$ 70,00) inicialmente excluidos de la liquidación.

Respecto al agente de aduana, determinando que incurrió en la infracción arriba citada, procede a sancionarlo.

En el segundo tipo de tratado internacional, la consignación del código del tratado internacional no afecta la liquidación de tributos, como sucede con el PECO³. En éste, la asignación del código de acogimiento no genera una liquidación de tributo menor (utilice o no el código, o lo utilice erróneamente, la liquidación siempre será la misma). Imaginemos que en el cálculo (previo a la liquidación oficial) el Derecho Ad Valorem es cien dólares americanos (US\$ 100,00). Y que en la declaración aduanera que se transmite a la Aduana del Callao se aplica el código correspondiente (el cual, digamos, concede una rebaja de 70%⁴). Bueno, en la liquidación de tributos aparecerá cien dólares americanos (US\$ 100,00). El código no genera ningún cambio en la liquidación oficial. Los tributos liquidados se pagan y/o afianzan⁵. Efectuado el desaduanamiento, la mercancía es de libre disposición del importador. Puede hacer lo que desee con ella. No tiene ninguna obligación de trasladarla a la Selva. Pero si lo hace, total o parcialmente, se encuentra facultado a solicitar la devolución de tributos (pagados o afianzados). Entonces, la Aduana de destino comprueba que la mercancía que se le presenta es la misma que ingresó por la Aduana del Callao y que el código estuvo correctamente asignado a la mercancía. Y si cumple ambas condiciones, efectúa la devolución.

³ Protocolo Modificatorio del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano – Colombiano de 1938, aprobado por Resolución Legislativa No.23254.

⁴ En estricto sentido, en el PECO no hay una rebaja de arancel, sino un arancel común.

⁵ Ley Garantías PECO y Amazonía, Ley No.27316 (21.07.2000)
Artículo 1º.- Aplicación de carta fianza bancaria o financiera
[...] mientras dure la vigencia de dichos regímenes, el importador podrá continuar con el pago de los impuestos a la Importación [...] o presentar una carta fianza bancaria o financiera garantizando el pago de dichos impuestos.

En el presente caso, la Aduana de destino comprobó que la mercancía presentada era la misma que se despachó en la Aduana de Callao, pero a algunas no les correspondía el código del Convenio de Cooperación. En consecuencia, no devolvió todo lo que el importador solicitó.

¿El agente de aduana incurrió en la infracción arriba citada?

La Intendencia Nacional Jurídica Aduanera, a través del Informe No.098-2017-SUNAT/5D1000⁶, señala

“[...]”

En ese sentido, esta Gerencia Jurídica Aduanera señaló en el Informe No.001 -2014-SUNAT/4B4000, que en esos casos la consignación en la DAM del Código Liberatorio 4438 no determina una liquidación de tributos especial, encontrándose la empresa importadora obligada a cancelar todos los tributos y recargos que resultan normalmente aplicables a las mercancías consignadas en la declaración, quedando más bien facultada a pedir posteriormente su devolución vía notas de crédito cuando la mercancía llegue a la zona de tratamiento especial de destino, por lo que la errónea consignación de ese código no determina la comisión de la infracción bajo consulta.

En ese sentido, podemos señalar que en el supuesto bajo análisis, la incorrecta consignación del Código Liberatorio 4438 no configura la comisión de la infracción prevista en el numeral 4 del inciso b) del artículo 192^o de la Ley General de Aduanas, en razón a que no incide en la liquidación de los tributos cancelados en la aduana de ingreso para el despacho de las mercancías.”

Como se puede observar, el código errado no afecta la liquidación.

El Tribunal Fiscal, sin conocer en ese momento el informe SUNAT (que fue publicado unos días antes) expidió la resolución No.09526-A-2017, confirmando la multa aplicada por SUNAT al agente de aduana.

⁶ El Informe No.98-2017-SUNAT/5D1000 puede encontrarse en la siguiente ruta: portal SUNAT / Legislación (ver parte inferior de la pantalla) / Legislación Aduanera / Consultas aduaneras (ver parte derecha de la pantalla) / Año 2017 / Informe No.98-2017-SUNAT/5D1000.
<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficiosAd/2017/informes/2017-INF-098-5D1000.pdf>

El agente de aduana interpuso demanda contenciosa, previa solicitud de medida cautelar, adjuntando el informe SUNAT.

El juzgado de primera instancia, especializado en contencioso administrativo, con sub especialidad en materia tributaria y aduanera, desestimó la solicitud de medida cautelar.

Sin embargó, la Corte Superior de Lima lo amparó, basándose en el mencionado informe SUNAT.



ANEXO DEL CAPÍTULO 5

Preferencia del Poder Judicial peruano por la interpretación literal

Caso PECO⁷ y Ley de Amazonía

Para el presente tema abordamos dos casos distintos. Uno, descrito en el correspondiente capítulo 5, de trascendencia sectorial, pues alcanzó a todos los agentes de aduana, dividido en dos períodos de interpretación por parte de la Corte Suprema (1992-2001 / 2001 en adelante). El otro caso, descrito en el presente anexo, es de materia totalmente diferente y fue resuelto en el 2018. Ambos, como una continuidad, nos sumergen en el método de interpretación privilegiado por el Poder Judicial y nos llevan a las mismas conclusiones acerca de cómo resuelven los jueces.

Ax5.1 Materia de controversia

Con fecha 30.05.2018, el diario oficial El Peruano, en cuatro (4) páginas (108970-108973), publicó la sentencia emitida por la Corte Suprema de la República, Casación No.3567-2014-Lima. El recurso de casación fue interpuesto

⁷ Protocolo modificadorio 1981 del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano Colombiano 1938.

por el Ministerio de Economía y Finanzas en representación del Tribunal Fiscal contra SUNAT, conforme se consigna en parte IV de la sentencia, página 4/4, que señala lo siguiente:

III. Casación No.3567-2014-Lima (página 3/4)
Considerando

Décimo.- Materia del conflicto:

Las circunstancias anotadas y los argumentos expuestos en el recurso de casación, permiten señalar que la controversia radica en determinar si la exportación de la mercadería, importada bajo los regímenes del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano Colombiano – PECO y la Ley No.27037, debe o no pagar el Impuesto General a las Ventas; para resolverlo, debe examinarse las normas de ambas disposiciones aplicables al caso, así el Texto Único Ordenado de la Ley General de Aduanas, aprobado por Decreto Legislativo No.1053 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No.010-2009-EF.

Llegando a la siguiente conclusión:

Casación No.3567-2014-Lima (página 1/4)

Sumilla: Las mercancías importadas que ingresan a territorio nacional acogiéndose a los beneficios del Convenio de Cooperación Aduanero Peruano Colombiano de mil novecientos treinta y ocho y la Ley de Amazonia – Ley No.27037 tienen por finalidad el uso y consumo en dicho territorio; pues de darle una finalidad distinta efectuando la transferencia para fines de exportación antes de los cuatros años a que alude el artículo 210 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, corresponde el pago de derechos diferenciados. Lima, veintitrés de febrero de dos mil diecisiete.

Vamos a ver que la máxima instancia judicial privilegia la interpretación literal, aunque su argumentación caiga en contradicción y su decisión no sea razonable.

La interpretación sistemática, teniendo en consideración la realidad aduanera, supera fácilmente estas observaciones.

Ax5.2 Base normativa

En extracto imprescindible para esta parte del trabajo, transcribimos las siguientes disposiciones: Código Tributario, Ley General de Aduanas, Reglamento de la Ley General de Aduanas, PECO, Ley de Amazonía y Reglamento de la Ley de Amazonía.

Código Tributario, modificado por [Decreto Legislativo No.1121](#) (18.07.2012):

Norma VIII.- Interpretación de normas tributarias

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.

Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo No.1053

Artículo 49º.- Importación para el consumo

Régimen aduanero que permite el ingreso de mercancías al territorio aduanero para su consumo, luego del pago o garantía según corresponda, de los derechos arancelarios y demás impuestos aplicables, así como el pago de los recargos y multas que hubieren, y del cumplimiento de las formalidades y otras obligaciones aduaneras.

Las mercancías extranjeras se considerarán nacionalizadas cuando haya sido concedido el levante.

Artículo 50º.- Importación a zonas de tratamiento aduanero especial

Las mercancías extranjeras importadas para el consumo en zonas de tratamiento aduanero especial se considerarán nacionalizadas sólo respecto a dichos territorios.

Para que dichas mercancías se consideren nacionalizadas en el territorio aduanero deberán someterse a la legislación vigente en el país, sirviéndoles como pago a cuenta los tributos que hayan gravado su importación para el consumo.

Artículo 140º.- Nacimiento de la obligación tributaria aduanera:

La obligación tributaria aduanera nace:

- a) En la importación para el consumo, en la fecha de numeración de la declaración;

- b) En el traslado de mercancías de zonas de tributación especial a zonas de tributación común, en la fecha de presentación de la solicitud de traslado;

Reglamento de la Ley General de Aduanas, Decreto Supremo No.010-2009-EF:

Artículo 202º.- Traslado de mercancías de zonas de tributación especial a zonas de tributación común

La solicitud de traslado de mercancías de zonas de tributación especial a zonas de tributación común será presentada en la intendencia de la circunscripción de la zona de tributación especial donde se encuentran las mercancías, adjuntando la documentación correspondiente.

El traslado de dichas mercancías se realizará una vez efectuado el pago de los tributos diferenciales, resultante de los tributos aplicables en la zona de tributación común y de los que hayan sido pagados o dejados de pagar para el ingreso de las mercancías a la zona de tributación especial.

Artículo 203º.- Traslado temporal de mercancías de zonas de tributación especial a zonas de tributación común

Excepcionalmente, previa solicitud debidamente justificada, la autoridad aduanera podrá autorizar el traslado temporal de mercancías que requieran mantenimiento o reparación, desde la zona de tributación especial hacia la zona de tributación común, por un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación de la resolución que autoriza el traslado. Este plazo podrá ser prorrogado por la autoridad aduanera por un periodo similar a solicitud de parte.

Para obtener la autorización y la prórroga, el solicitante debe presentar o renovar una garantía por el monto de los tributos diferenciales más los intereses compensatorios proyectados por el plazo solicitado.

Si vencido el plazo, se constatará que las mercancías no han retornado a la zona de tributación especial, la autoridad aduanera ejecutará la garantía y considerará el traslado como definitivo.

Artículo 204º. Traslado de mercancías desde una zona de tributación especial hasta otra zona de tributación especial pasando por una zona de tributación común

[...]

Artículo 210º.- Mercancía importada con inafectación o exoneración

La mercancía importada con inafectación o exoneración no podrá ser transferida o cedida por ningún título, ni destinada a fin distinto del que originó dicho beneficio, dentro del plazo de cuatro (4) años

contados a partir del día siguiente de la numeración de la declaración. En caso que se transfieran o cedan antes del plazo señalado en el párrafo anterior, se deberán pagar previamente los tributos diferenciales.

No están comprendidos en los párrafos anteriores, aquellos casos en que por Acuerdos, Tratados o Convenios Internacionales, o por disposiciones especiales se establezcan plazos, condiciones o requisitos para la transferencia o cesión de dichos bienes.

Protocolo modificadorio 1981 del Convenio de Cooperación Aduanera

Peruano Colombiano 1938:

Artículo VIII.- [...]

Igualmente se tendrán en cuenta las siguientes reglas y explicaciones:

4. Las mercancías importadas con aplicación del Arancel Común serán exclusivamente para el uso y consumo en los territorios señalados en el Artículo I del Protocolo. [...]

Ley de Amazonía, Ley No.27037 (30.12.1998):

Disposición complementaria tercera.- Beneficios del Impuesto General a las Ventas

Hasta el 31 de diciembre del año 2000, la importación de bienes que se destine al consumo en la Amazonía, se encontrará exonerada del Impuesto General a las Ventas. Por decreto supremo, el Poder Ejecutivo establecerá la cobertura, los requisitos y procedimientos para la aplicación del indicado beneficio.

Reglamento de la Ley de Amazonía, Decreto Supremo No.103-1999-EF

(26.06.1999):

Artículo 18º.- Requisitos

La importación de bienes que se realicen las empresas ubicadas en la Amazonía, para su consumo en la misma, está exonerada del IGV hasta el 31.12.200, de acuerdo a lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria de la Ley [...]

Ax5.3 Fundamentos de hecho

1. Con fecha 17.04. 2008, mediante Declaración Aduanera de Mercancías (DAM / DUA) No.226-2008-10-000128-01-6-00, la empresa Hanover Perú

Selva S.C.R.L. sometió la mercancía (una turbina a gas solar Turbines Incorporat Saturn-10 para uso en generación de energía eléctrica) al régimen Importación, afecto a los siguientes tributos:

- IGV US\$ 3 400,00
- IPM US\$ 400,00

2. Pero como la mercancía va ser utilizada en el territorio delimitado por el PECO y la Ley de Amazonía, se encuentra desgravado siempre y cuando sea utilizada en dicha zona de tributación especial.
3. Con fecha 01.10.2009, mediante Declaración Aduanera de Mercancías No.226-2009-52000004-01-0-00, adjuntando una declaración jurada indicando que la mercancía estaba siendo enviada a Houston Texas – EE.UU. para su reparación o cambio, la empresa Hanover Perú Selva S.C.R.L. sometió la mercancía al régimen Exportación Temporal.
4. Con fecha 20.10.2010, mediante Declaración Aduanera de Mercancías No.226-2010-41-001510-01-1-00, la empresa Exterran Perú Selva S.C.R.L. (antes, Hanover Perú Selva S.C.R.L.) sometió dicha mercancía (que ya estaba en EE.UU.) al régimen Exportación Definitiva.
5. Con fecha 25.10.2010, SUNAT emite la Liquidación de Cobranza No.226-2010-000764, requiriendo el pago de US\$ 3 800,00 por concepto de tributos diferenciales a la importación, generados por la transferencia de mercancía importada con Declaración Aduanera No.226-2008-10-000128-01-6-00 (17.04.2008) acogida a los beneficios de la Ley No.27037.
6. La empresa reclamó, pero SUNAT la declaró improcedente a través de resolución que fue apelada.

7. Tribunal Fiscal emitió la resolución No.12852-A-2011, revocando la resolución de SUNAT.
8. SUNAT interpone demanda contenciosa administrativa contra la resolución del Tribunal Fiscal; el juez de primera instancia la declara infundada; la Corte Superior revoca la sentencia; y el Ministerio de Economía y Finanzas interpone recurso de casación.
9. La Corte Suprema de la República declara infundado el recurso de casación.

Ax5.4 Argumentos contra el cobro de los tributos diferenciales de importación, sostenidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, en representación de la posición del Tribunal Fiscal

Casación No.3567-2014-Lima (página 2/4)

- “II. Fundamentos por los cuales se ha declarado procedente el recurso [...] expresando que la Sala de mérito yerra al pretender cobrar aranceles de importación con ocasión de la exportación del bien materia del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano Colombiano - PECO pues si bien se gravarán con tributos, las transferencias que operen antes de los cuatro años de haberse importado la mercancía, la ley interna solo grava con impuestos, las transferencias en el territorio nacional y no las que operen fuera de éste, con lo que evidencia haber pasado por alto que la exportación definitiva es el régimen aduanero que permite la salida del territorio aduanero de las mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo definitivo en el exterior y que no está afecta a ningún tributo.”

Y añade inmediatamente:

Asimismo, la Sala Superior no repara en que el consumo no fuese posible justamente porque la máquina importada no se encontraba habilitada para ser utilizada, lo que inicialmente motivó una exportación temporal a fin de procurar su operatividad y posterior exportación definitiva del mismo, todo ello motivado por fallas técnicas en la mercancía importada lo que al parecer tampoco ha ponderado la Sala de mérito. Finalmente, concluye interpretando la prohibición de transferir bienes beneficiados con regímenes de

inafectación o exportación, dentro de los cuatro años posteriores a la numeración de la Declaración Única de Aduanas – DUA, asimilando de manera errónea el acto de exportación definitiva a los alcances de la norma invocada.

Ax5.4 Argumentos a favor del cobro de los tributos diferenciales de importación, sostenidos por SUNAT

Casación No.3567-2014-Lima (página 2/4)

III. Considerando

Sexto.- [...]. Sin embargo, y contrariamente al argumento vertido por el Tribunal Fiscal, precisa que sí corresponde el cobro de tributos diferenciales por traslado de mercancías que ingresaron a territorio nacional, acogiendo a beneficios arancelarios al amparo del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano Colombiano de mil novecientos treinta y ocho - PECO y la Ley de Promoción a la Inversión a la Amazonía – Ley No.27037, desde una zona de tributación especial a una zona de tributación común para fines de exportación definitiva, de conformidad con el artículo 210º del Reglamento de la Ley General de Aduanas aprobado por Decreto Supremo No.010-2009-EF, **por cuanto las mercancías importadas que ingresan a territorio nacional acogiendo a los citados beneficios son exclusivamente para uso y consumo en dichos territorios; por lo que, los casos en los cuales se produzca la transferencia de dichas mercancías, incluso para fines de exportación, de la mercancía antes de los cuatro años contados a partir del día siguiente de la numeración de la declaración aduanera de importación para el consumo, procede el cobro de tributos diferenciales.**

Ax5.5 Decisión de la Corte Suprema de la República

Casación No.3567-2014-Lima (página 3/4)

III. Considerando

Undécimo.- Es de verse que el Protocolo Modificador del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano Colombiano - PECO, vigente desde el diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y dos, estableció una zona de tratamiento aduanero especial sobre la cual se regula la exención y el gravamen de las importaciones de productos con destino en las zonas de la Amazonia de ambos países con la finalidad de que pudieran satisfacer sus necesidades y promover las actividades económicas, industriales y comerciales en sus respectivas áreas.

Duodécimo.- En el mismo sentido, se expide la Ley No.27037 – Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonia – creándose un régimen especial de beneficios tributarios a efectos de promover el desarrollo sostenible e integral de la citada región de Amazonas

estableciendo condiciones para una adecuada inversión pública y el aumento sistemático de la inversión privada. Así, el artículo 13º de esta Ley estableció: *“Los contribuyentes ubicados en la Amazonía gozaran de la exoneración del Impuesto General a las Ventas, por las siguientes operaciones: a) **La venta de bienes que se efectúe en la zona para su consumo en la misma**; b) Los servicios que se presten en la zona; y c) Los contratos de construcción o la primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos en dicha zona. Los contribuyentes aplicaran el impuesto General a las Ventas en todas sus operaciones fuera del ámbito indicado en el párrafo anterior, de acuerdo a las normas generales del señalado impuesto.*

Agrega:

Casación No.3567-2014-Lima (página 3/4)

III. Considerando:

Décimo cuarto.- Ahora, el artículo 210 del Reglamento de la Ley General de Aduanas aprobado por Decreto Supremo No.010-2009-EF, establece que: *“La mercancía importada con inafectación o exoneración no podrá ser transferida o cedida por ningún título, ni destinada a fin distinto del que originó dicho beneficio, dentro del plazo de cuatro (4) años contados a partir del día siguiente de la numeración de la declaración. En caso que transfieran o cedan antes del plazo señalado en el párrafo anterior, se deberán pagar previamente los tributos diferenciales.*

No están comprendidos en los párrafos anteriores, aquellos casos en que por Acuerdos, Tratados o Convenios Internacionales, o por disposiciones especiales se establezcan plazos, condiciones o requisitos para la transferencia o cesión de dichos bienes”.

Asimismo los artículos 202, 203 y 204 del citado Reglamento regulan la obligación de pagar derechos diferenciados por el traslado de mercancías de zonas de tributación especial a zonas de tributación común, así como también por el traslado temporal, siendo que en este último caso el plazo no puede ser mayor a tres meses.

Añade:

Casación No.3567-2014-Lima (página 3/4)

III. Considerando:

Décimo octavo.- [...] que la finalidad de las normas desarrolladas en los considerandos que anteceden es favorecer la inversión para el desarrollo de la amazonia a través del consumo y uso de bienes con liberación tributaria en la misma zona. En consecuencia, estas normas tienen el objetivo de regular la exoneración tributaria a mercancías siempre y cuando estos bienes sean consumidos o

comercializados en la zona beneficiada, siendo que no podían ser transferidos bajo cualquier modalidad en un plazo de cuatro años.

Y finaliza:

- Casación No.3567-2014-Lima (página 3/4)
- III. Considerando:
Décimo noveno.- En ese sentido, podemos concluir que al transferirse mercancía de zonas de tributación especial a zonas de tributación común antes del vencimiento del plazo de cuatro años establecidos en el Reglamento de la Ley de Aduanas, corresponde el pago de tributos diferenciados.

Ax5.6 Aguijón de la duda

Nos interesa hacer algunas preguntas.

Si la Corte Suprema considera que la disposición central es el Reglamento de la Ley General de Aduanas, artículo 210º, por el cual la mercancía no puede ser transferida antes de los cuatro años, ¿eso significa que si la empresa, dentro de dicho plazo, hubiera vendido la máquina a otra persona que se encontrara en sus mismas condiciones, inclusive con el compromiso expreso de utilizarla en la Amazonía, habría igualmente generado que la empresa importadora pague los tributos diferenciales a la importación? Si la respuesta es afirmativa, es bastante extraño que la lista de productos beneficiados incluya bienes para ser armados, pues dadas las exigencias nacionales, estaríamos hablando de ensambladoras autorizadas que, obviamente, la destinarían a su comercialización, que es, precisamente, transferencia, lo cual significaría perder el beneficio, según SUNAT y la Corte Suprema. Y, sin embargo, SUNAT no le cobra los tributos diferenciales a nadie. ¿Por qué? No estamos diciendo que este hecho sea la razón para decir que la decisión suprema sea incorrecta. Solo estamos haciendo una pregunta que debería llamar la atención. Tal vez la Corte Suprema no le

puede hacer la pregunta a SUNAT porque no hay nada en el expediente que lo genere, pero un Instituto Nacional sí podría indagar.

En esa misma línea, dado que la propia Corte Suprema ha señalado cuál es la finalidad de la desgravación, la transferencia a otra persona que se encuentra en sus mismas condiciones al que nos hemos referido en el párrafo anterior, ¿altera el cumplimiento de dicha finalidad?⁸

¿Cabe la posibilidad que el término “transferencia” no se refiera a todo tipo de transferencia (por ejemplo, a la indicada en el párrafo anterior)? Y en ese matiz, cómo afecta a dicha finalidad la transferencia hacia el exterior. No estamos diciendo que este hecho sea la razón para decir que la decisión suprema sea incorrecta. Fue la Corte Suprema la que invocó la finalidad de la exoneración. Nosotros solo estamos haciendo una pregunta que debería llamar la atención.

Además, la Corte Suprema invoca, como argumento indirecto que respalda su posición, el Reglamento de la Ley General de Aduanas, artículos 202º, 203º y 204º, referidos al traslado de mercancías de zona de tributación general a zona de tributación especial. En concordancia, la Ley General de Aduanas, artículo 140º, inciso b), establece que la obligación tributaria nace con la solicitud de traslado. ¿Era necesaria esta última disposición? Lo preguntamos porque la transferencia no tiene una similar. Si la respuesta es afirmativa, la Corte Suprema ha violentado el principio de legalidad. Si la respuesta es negativa, entonces deberíamos estar a lo que se va aplicar (tributos a la importación diferenciales, pero tributos a la importación, al fin al cabo); esto es,

⁸ En el caso que la persona natural exporte la mercancía a sí mismo, en cuyo caso no habría transferencia (y tampoco traslado hacia zona de tributación general), ¿ello supondría que no está obligado a pagar los tributos diferenciales o sería una manera de evasión?

la calificación es por el ingreso de mercancía, pero se está aplicando por la salida de mercancía.

¿No es un absurdo exigir el pago de tributos diferenciales a la importación por mercancía que está siendo exportada?

Es el mismo absurdo que cuando se exigía al agente de aduana el pago de tributos originados en el ajuste de valor FOB.

Ax5.7 Comentario jurídico

Los argumentos jurídicos de cada parte ya han sido expuestos. Nosotros nos inclinamos por la interpretación sistemática realizada por el Tribunal Fiscal.

Antes de continuar, ¿no es una contradicción, en relación al presente trabajo, inclinarnos por la argumentación del Tribunal Fiscal? En lo absoluto. Lo que hemos dicho es que la última instancia administrativa, por la forma en que se encuentra configurado el acceso al Poder Judicial, no siente la responsabilidad que supondría el hecho que su decisión sea inimpugnable por SUNAT. La actual configuración le da más libertad para elegir opciones interpretativas, aunque auto-limitada ante determinadas situaciones (como el caso de la responsabilidad solidaria atribuida a los agentes de aduana por tributos originados en ajuste de valor FOB). Por lo demás, en el presente caso, el Ministerio de Economía y Finanzas ha mostrado particular interés en este caso que, como precedente, es harto complicado para sostener su política fiscal en la Amazonía (lo cual se verá párrafos abajo cuando nos preguntamos el impacto sobre las empresas ensambladoras). Así que este caso no sería un buen ejemplo de independencia del Tribunal Fiscal frente al Ministerio de Economía y Finanzas.

Dicho esto, procede complementar la argumentación del Tribunal Fiscal.

Existe una normatividad para el traslado de mercancía (de zona de tributación especial a zona de tributación general) y otra para la transferencia de mercancías (de una persona que ha recibido la exoneración por determinadas condiciones personales, sociales, económicas, etc. hacia otra que no cuenta con tales condiciones; por ejemplo, exoneración para diplomáticos), pudiendo existir una combinación de éstos.

Para determinar en cuál de ellos se encuadra, es necesario revisar las disposiciones, y, para el presente caso, todas ellas se trata únicamente de una restricción geográfica.

Por lo tanto, si no existe un traslado de zona especial a zona general, no se produce la hipótesis de incidencia tributaria que genera el cobro de los tributos diferenciales.

Aun así, podría sostener SUNAT, la siguiente disposición existe y es independiente de todo el sistema jurídico, por lo que, habiéndose transferido a otra persona en el extranjero, debe aplicarse los tributos diferenciales.

Reglamento de la Ley General de Aduanas, Decreto Supremo No.010-2009-EF

Artículo 210º.- Mercancía importada con inafectación o exoneración

La mercancía importada con inafectación o exoneración no podrá ser transferida o cedida por ningún título, ni destinada a fin distinto del que originó dicho beneficio, dentro del plazo de cuatro (4) años contados a partir del día siguiente de la numeración de la declaración. En caso que se transfieran o cedan antes del plazo señalado en el párrafo anterior, se deberán pagar previamente los tributos diferenciales.

Muy bien, pero conviene precisar: tributos de importación diferenciales. Es decir, debe aplicarse un concepto vinculado al ingreso de mercancía al país. Para el presente caso, se llega a un absurdo.

Lo que se puede reconocer a la Corte Suprema es haber interpretado literalmente el citado artículo 210º, y haberlo hecho de manera aislada de cualquier otra consideración normativa.

En realidad, el Poder Judicial necesita un Instituto Nacional que le provea insumos, con la diferencia que esta nueva entidad representaría un tercero imparcial.



FORMULARIO N° 1

 Ministerio de Economía y Finanzas	Escribir texto SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (Decreto Supremo N° 043-2003-PCM que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806)	N° DE REGISTRO
	FORMULARIO	AR 044705 Firmado digitalmente por: INCA GUEVARA Eva Lucrecia FAU 20131370846 so Motivo: En señal de conformidad Fecha: 13/03/2020 17:35:26-01

I. FUNCIONARIO RESPONSABLE DE ENTREGAR LA INFORMACIÓN:

MESA DE PARTES DIGITAL

II. DATOS DEL SOLICITANTE:

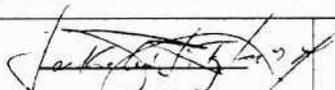
APELLIDOS Y NOMBRES / RAZÓN SOCIAL Terrones Linares, César Augusto		DOCUMENTO DE IDENTIDAD D.N.I./L.M./C.E./OTRO DNI No.07225863	
DOMICILIO			
AV/CALLE/JR/PSJ. calle Mario Valdivia	N°/DPTO./INT. No.180, piso tercero	DISTRITO San Miguel	URBANIZACIÓN Maranga
PROVINCIA Lima	DEPARTAMENTO Lima	CORREO ELECTRÓNICO (1) caterrones@gmail.com	TELÉFONO 998 371 071

III. INFORMACIÓN CONCRETA Y PRECISA DEL PEDIDO:

¿Cuántas resoluciones de la Sala 6 -Aduanas- del Tribunal Fiscal se emitieron con voto singular o voto discordante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019?

IV. ÓRGANO DEL CUAL SE REQUIERE LA INFORMACIÓN Sala 6 -Aduanas- del Tribunal Fiscal

V. FORMA DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN (marcar con una "X") (2)			VI. MODALIDAD DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN (Marcar con una "X")	
COPIA SIMPLE <input type="checkbox"/>	CD <input type="checkbox"/>	CORREO ELECTRÓNICO <input checked="" type="checkbox"/>	SE APERSONARÁ PARA SU RECEPCIÓN <input type="checkbox"/>	CORREO ELECTRÓNICO <input checked="" type="checkbox"/>

_____ Huella Digital (3)	 FIRMA	FECHA Y HORA DE RECEPCIÓN
-----------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------

OBSERVACIONES.

.....

.....

- (1) Opcionales
- (2) De corresponder el pago por el costo de reproducción de la información requerida, este puede efectuarse en
- El Módulo de Tesorería, ubicado en el primer piso de la Sede Central del MEF, sito en Jr. Junín N° 319 – Lima 1.
 - La Cuenta Corriente del MEF N° 0000-283290, en el Banco de la Nación.
- (3) En caso de no saber firmar o estar impedido de hacerlo.

Nota:
 La entidad de la Administración Pública a la cual se haya presentado la solicitud de información deberá otorgarla en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles. Cuando sea materialmente imposible cumplir con el plazo antes señalado, por única vez la entidad comunicará al solicitante la fecha en que se proporcionará la información solicitada de forma debidamente fundamentada, en un plazo de dos (2) días hábiles de recibido el pedido de información.

11096



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

(TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 043-2003-PCM)

E-MAIL:



I FUNCIONARIO RESPONSABLE DE ENTREGAR LA INFORMACIÓN
Secretario General de la Corte Superior de Lima

II DATOS DEL SOLICITANTE

MARCAR CON UN "X"		TELEFONO / E-mail	N° RUC (Sólo para Personas Jurídicas)
<input checked="" type="checkbox"/> Persona Natural	<input type="checkbox"/> Persona Jurídica	caterrones@gmail.com	

APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL

Terrones Linares, César Augusto					
LE/DNI (Persona Natural)	AV/CALLE/JIRÓN	N° /DPTO	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO
07225863	Mario Valdivia	180	San Miguel	Lima	Lima

III INFORMACIÓN SOLICITADA

En el 18° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera correspondiente a la Corte Superior de Lima; durante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; ¿cuántas solicitudes de medida cautelar recibió en cada año? ¿cuántas fueron declaradas fundadas por el juzgado, de manera directa, y cuántas, habiendo sido declaradas infundadas, fueron revocadas por la Corte Superior?

IV DEPENDENCIA DE LA CUAL SE REQUIERE LA INFORMACIÓN

18° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera

V FORMA DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN (MARCAR CON UN "X")

Copia Simple Copia Certificada Diskette Correo Electrónico

APELLIDOS Y NOMBRES	FECHA Y HORA DE RECEPCIÓN
Terrones Linares, César Augusto	
<i>[Firma]</i>	
FIRMA (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)	
LE / DNI 07225863	

FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

OBSERVACIONES:

NOTA:

- La forma de entrega estará sujeta a la capacidad técnica de la dependencia
- En caso de Representante Legal, deberá adjuntar copia simple del Documento que acredita la representación

Desglosable para el usuario



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

N° DE REGISTRO

II DATOS DEL SOLICITANTE	FIRMA Y SELLO DE RECEPCIÓN
APELLIDOS Y NOMBRES (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)	
Terrones Linares, César Augusto	



11094



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

(TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 043-2003-PCM)

E-MAIL:



I FUNCIONARIO RESPONSABLE DE ENTREGAR LA INFORMACIÓN
Secretario General de la Corte Superior de Lima

II DATOS DEL SOLICITANTE

MARCAR CON UN "X" TELEFONO / E-mail N° RUC (Solo para Personas Jurídicas)

Persona Natural Persona Jurídica caterrones@gmail.com

APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL
 Terrones Linares, César Augusto

LE/DNI (Persona Natural)	AV/CALLE/JIRÓN	N° /DPTO	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO
07225863	Mario Valdivia	180	San Miguel	Lima	Lima

III INFORMACIÓN SOLICITADA

En el 19° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera correspondiente a la Corte Superior de Lima; durante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; ¿cuántas solicitudes de medida cautelar recibió en cada año? ¿cuántas fueron declaradas fundadas por el juzgado, de manera directa, y cuántas, habiendo sido declaradas infundadas, fueron revocadas por la Corte Superior?

IV DEPENDENCIA DE LA CUAL SE REQUIERE LA INFORMACIÓN
 19° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera

V FORMA DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN (MARCAR CON UN "X")

Copia Simple Copia Certificada Diskette Correo Electrónico

APELLIDOS Y NOMBRES **FECHA Y HORA DE RECEPCIÓN**
 Terrones Linares, César Augusto

[Firma]
FIRMA (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)

LE / DNI 07225863

FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

OBSERVACIONES:

NOTA:

1. La forma de entrega estará sujeta a la capacidad técnica de la dependencia
2. En caso de Representante Legal, deberá adjuntar copia simple del Documento que acredita la representación

Desglosable para el usuario



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

N° DE REGISTRO

II DATOS DEL SOLICITANTE

APELLIDOS Y NOMBRES (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)
 Terrones Linares, César Augusto

FIRMA Y SELLO DE RECEPCIÓN



11097



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
(TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27806, LEY DE
TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, APROBADO
POR DECRETO SUPREMO N° 043-2003-PCM)
E-MAIL:



I FUNCIONARIO RESPONSABLE DE ENTREGAR LA INFORMACIÓN
Secretario General de la Corte Superior de Lima

II DATOS DEL SOLICITANTE

MARCAR CON UN "X" TELEFONO / E-mail N° RUC (Sólo para Personas Jurídicas)
 Persona Natural Persona Jurídica caterrones@gmail.com

APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL

Terrones Linares, César Augusto

LE/DNI (Persona Natural)	AV/CALLE/JIRÓN	N°/DPTO	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO
07225863	Mario Valdivia	180	San Miguel	Lima	Lima

III INFORMACIÓN SOLICITADA

En el 20° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera correspondiente a la Corte Superior de Lima, durante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; ¿cuántas solicitudes de medida cautelar recibió en cada año? ¿cuántas fueron declaradas fundadas por el juzgado, de manera directa, y cuántas, habiendo sido declaradas infundadas, fueron revocadas por la Corte Superior?

IV DEPENDENCIA DE LA CUAL SE REQUIERE LA INFORMACIÓN

20° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera

V FORMA DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN (MARCAR CON UN "X")

Copia Simple Copia Certificada Diskette Correo Electrónico

APELLIDOS Y NOMBRES FECHA Y HORA DE RECEPCIÓN
Terrones Linares, César Augusto

FIRMA (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)
[Firma]
LE / DNI 07225863

FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

OBSERVACIONES:

- NOTA:
1. La forma de entrega estará sujeta a la capacidad técnica de la dependencia
2. En caso de Representante Legal, deberá adjuntar copia simple del Documento que acredita la representación

Desglosable para el usuario



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

N° DE REGISTRO

II DATOS DEL SOLICITANTE

APELLIDOS Y NOMBRES (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)

Terrones Linares, César Augusto

FIRMA Y SELLO DE RECEPCIÓN





SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

(TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 043-2003-PCM)

E-MAIL:

11098



I FUNCIONARIO RESPONSABLE DE ENTREGAR LA INFORMACIÓN
Santiago fernandez de la corte superior de lima

II DATOS DEL SOLICITANTE

MARCAR CON UN "X"		TELEFONO / E-mail	N° RUC (Sólo para Personas Jurídicas)
<input checked="" type="checkbox"/> Persona Natural	<input type="checkbox"/> Persona Jurídica	caterrones@gmail.com	

APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL
 Terrones Linares, César Augusto

LE/DNI (Persona Natural)	AV/CALLE/JIRÓN	N° /DPTO	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO
07225863	Mario Valdivia	180	San Miguel	Lima	Lima

III INFORMACIÓN SOLICITADA

En el 21° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera correspondiente a la Corte Superior de Lima; durante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; ¿cuántas solicitudes de medida cautelar recibió en cada año? ¿cuántas fueron declaradas fundadas por el juzgado, de manera directa, y cuántas, habiendo sido declaradas infundadas, fueron revocadas por la Corte Superior?

IV DEPENDENCIA DE LA CUAL SE REQUIERE LA INFORMACIÓN
 21° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera

V FORMA DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN (MARCAR CON UN "X")

Copia Simple Copia Certificada Diskette Correo Electrónico

APELLIDOS Y NOMBRES: Terrones Linares, César Augusto

FECHA Y HORA DE RECEPCIÓN: _____

FIRMA (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL): *Cesar*

LE / DNI: 07225863

FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

OBSERVACIONES:

- NOTA:
1. La forma de entrega estará sujeta a la capacidad técnica de la dependencia
 2. En caso de Representante Legal, deberá adjuntar copia simple del Documento que acredita la representación

Desglosable para el usuario



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

N° DE REGISTRO

II DATOS DEL SOLICITANTE	FIRMA Y SELLO DE RECEPCIÓN
APELLIDOS Y NOMBRES (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)	
Terrones Linares, César Augusto	



11099



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
(TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27806, LEY DE
TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, APROBADO
POR DECRETO SUPREMO N° 043-2003-PCM)
E-MAIL:



I FUNCIONARIO RESPONSABLE DE ENTREGAR LA INFORMACIÓN
Secretaría General de la Corte Superior y de la

II DATOS DEL SOLICITANTE
MARCAR CON UN "X"
 Persona Natural Persona Jurídica
TELEFONO / E-mail: caterrones@gmail.com
N° RUC (Sólo para Personas Jurídicas)

APELLIDOS Y NOMBRES O RAZÓN SOCIAL
Terrones Linares, César Augusto
LE/DNI (Persona Natural) | AV/CALLE/JIRÓN | N° /DPTO | DISTRITO | PROVINCIA | DEPARTAMENTO
07225863 | Mario Valdivia | 180 | San Miguel | Lima | Lima

III INFORMACIÓN SOLICITADA
En el 22° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera correspondiente a la Corte Superior de Lima; durante los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; ¿cuántas solicitudes de medida cautelar recibió en cada año? ¿cuántas fueron declaradas fundadas por el juzgado, de manera directa, y cuántas, habiendo sido declaradas infundadas, fueron revocadas por la Corte Superior?

IV DEPENDENCIA DE LA CUAL SE REQUIERE LA INFORMACIÓN
22° juzgado especializado contencioso administrativo con sub-especialidad tributaria aduanera

V FORMA DE ENTREGA DE LA INFORMACIÓN (MARCAR CON UN "X")
 Copia Simple Copia Certificada Diskette Correo Electrónico

APELLIDOS Y NOMBRES | FECHA Y HORA DE RECEPCIÓN
Terrones Linares, César Augusto
[Firma]
FIRMA (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)
LE / DNI 07225863

FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA - FORMULARIO DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

OBSERVACIONES:

NOTA:

- 1. La forma de entrega estará sujeta a la capacidad técnica de la dependencia
- 2. En caso de Representante Legal, deberá adjuntar copia simple del Documento que acredita la representación

Desglosable para el usuario



SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

N° DE REGISTRO

II DATOS DEL SOLICITANTE
APELLIDOS Y NOMBRES (SOLICITANTE O REPRESENTANTE LEGAL)
Terrones Linares, César Augusto
FIRMA Y SELLO DE RECEPCIÓN



BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert

2001 Una defensa de la fórmula de Radbruch. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, número 5, pp. 75-96.

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F.

2007 Estudio introductorio. En: El estudio de las políticas públicas. México, Miguel Ángel Porrúa (librero-editor).

BECCARIA, Cesare

2015 [1764] Tratado de los delitos y las penas. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.

BENTHAM, Jeremy

1821 Tratados de legislación civil y penal (extractado por Esteban Dumont; traducida al español y comentada por Ramón Salas). Madrid, Imprenta de don Fermín Villapando (segunda edición), tomo I

1824 Tratado de los sofismas políticos. París, Imprenta de J. Smith.

1836 Deontología o ciencia de la moral (obra póstuma, revisada y ordenada por M.J. Bowring; publicada en francés sobre el manuscrito original; traducida posteriormente al español). Mejico, Librería de Galván.

1838-1843 The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh, Simpkin, Marshall & Co., London (published under the superintendence of his executor, John Bowring).

Volume II Anarchical fallacies

Volume III Pannomial fragments [1831]

Volume IX Constitutional code [1830]

Volume X Memoirs and correspondence (chapter three 1763-1770)

- 1839 Compendio de los tratados de legislación civil y penal, con notas de Joaquín Escriche. Madrid, Librería de la viuda de Calleja e hijos (segunda edición).
- 1891 [1776] A fragment on government. Oxford, Clarendon Press.
- 1979 El Panóptico. Madrid, Ediciones La Piqueta.
- 1985 [1776] Fragmento sobre el gobierno (traducción Julián Larios Ramos). Madrid, Sarpe.
- 2002 [1785]¹ De los delitos contra uno mismo. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva.
- 2008 [1789] Los principios de la moral y la legislación (An introduction to the principles of morals and legislation). Editorial Claridad S.A.
- 2010 [1776] Fragmento sobre el gobierno (traducción Enrique Bocardó Crespo). Madrid, Tecnos (segunda edición).
- BERLIN, Isaiah
- 2000a Stuart Mill y los fines de la vida. En Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid, Alianza Editorial.
- 2000b Vico y Herder. Madrid, Ediciones Cátedra.
- 2004 La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana. México, Fondo de Cultura Económica.
- BOZZO-REY, Malik
- 2012 Bentham y la gestión pública: Los funcionarios en el *Constitutional Code*. En: Utilitarismo y constitucionalismo: La ocasión de 1812. Editores Manuel Escamilla Castillo y Josefa Dolores Ruiz Resa. Madrid, Editorial Dykinson.
- BURNS, J.H.
- 2005 Happiness and utility: Jeremy Bentham's Equation. *Utilitas*. Vol. 17, March. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 46-61.
- CARRÉ DE MALBERG, R.
- 2000 Teoría general del Estado. México, Facultad de Derecho de UNAM y Fondo de Cultura Económica.
- CASSAGNE, Juan Carlos
- 2010 Derecho Administrativo. Lima, Palestra, tomos I y II
- CAVANI, Renzo
- 2013 Caución y tutela cautelar contra la Administración Tributaria. Apuntes críticos sobre el nuevo artículo 159^º del Código Tributario. En: Ledesma

¹ Fecha de redacción.

Narváez, Marianella. Las medidas cautelares en el proceso civil. Lima, Gaceta Jurídica S.A., pp. 181-200.

CHIASSONI, Pierluigi

2017 La tradición analítica en la filosofía del Derecho. De Bentham a Kelsen. Lima, Palestra Editores.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO REPÚBLICA DE PERÚ

1993 Diario de los debates. Comisión de Constitución y Reglamento. Tomo III (25.03.1993 – 19.04.1993)

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRe gla/TomoCompleto/Tomoll.pdf>

Revisado 12.10.2019

DAVIES, William

2016 La industria de la felicidad. Barcelona, Editorial Malpaso.

DINWIDDY, John

1995 Bentham. Madrid, Alianza Editorial.

DWORKIN, Ronald

1981 Is there a right to pornography? En Oxford Journal of Legal Studies, Volume 1, Issue 2, 1 July 1981, pages 177–212.

2012 ¿Tenemos derecho a la pornografía? En Una cuestión de principios. Buenos Aires, Editores Siglo Veintiuno, pp. 411-456.

FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio A.

2004 ¿Tiene la Administración Pública legitimidad para iniciar el proceso contencioso administrativo? En Derecho Administrativo (varios autores). Lima, Jurista Editores.

GASCÓN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

2003 La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima, Palestra.

GONZALES MANTILLA, Gorki

2009 Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica. Lima, Palestra Editores S.A.C.

GUTIÉRREZ, Gilberto

1990 La estructura consecuencialista del utilitarismo. Revista de Filosofía (tercera época). Madrid, Editorial Complutense, volumen III, número 3, pp. 141-174

HAMILTON, Nigel

2005 Bill Clinton. Barcelona, Ediciones Folio S.A., tomos I y II.

HART, H. L. A.,

1985 Derechos Naturales: Bentham y John Stuart Mill. En: Anuario de Derechos Humanos. Madrid, Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 137-162.

2013 Utilitarismo y derechos naturales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

HELVETIUS, Claude Adrien

1984 [1758] Del espíritu. Madrid, Editora Nacional.

HUME, David

2014 [1751] Investigación sobre los principios morales. Madrid, Alianza Editorial.

IDL, FACULTAD DE DERECHO PUCP Y JUECES PARA LA JUSTICIA Y DEMOCRACIA

2004 Plan de reforma de la Administración de Justicia de la CERIAJUS: El acuerdo por la justicia que debemos respetar. Lima, Justicia Viva.

KENNEDY F., John

2006 Perfiles de coraje. Buenos Aires, C.S. Ediciones.

LARA, Francisco

2011 ¿Consecuencias, de qué? Claves de la subsistencia del utilitarismo. En: Telos Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, volumen XVIII, números 1-2, pp. 105-125

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

2013 Tratamiento de la contracautela en el Código Procesal Civil. En: Ledesma Narváez, Marianella. Las medidas cautelares en el proceso civil. Lima, Gaceta Jurídica S.A., pp. 41-82.

LEÓN PINEDO, Silvia

2014 Legitimación activa en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo en materia tributaria. En: Revista Derecho & Sociedad. Lima, Asociación civil Derecho & Sociedad conformada por alumnos de la Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Perú (PUCP), No.43 (diciembre), pp. 255-268.

LOAYZA DUEÑAS, Rubén Josed

2016 Legitimidad activa para obrar de la SUNAT respecto a impugnación contra resoluciones del Tribunal Fiscal en la Ley Contenciosa Administrativa. Tesis para obtener el título profesional de abogado. Universidad César Vallejo. Lima.

Resumen

<http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/3978>

Revisado 08.09.2019

LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro

2016 El interés público como concepto jurídico: teoría de la determinación en sentido general. Tesis de doctorado en derecho administrativo Iberoamericano. La Coruña, Universidad La Coruña.
https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/18407/LopezPena_EdmerLeandro_TD_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y
Revisado 19.10.2019

MacINTYRE, Alasdair

1991 Historia de la ética. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A.

MARINONI, Luiz Guilherme

2013 Precedentes obligatorios. Lima, Palestra.

MARX, Karl

2009 [1867] El capital. México, Siglo XXI Editores S.A. de CV y Siglo XXI de España Editores S.A. Libro I, tomo I, volumen 2.

MILL, James

1825 Government. En: Suplemento a la Enciclopedia Británica. Londres, J. Innes.

MILL, John Stuart

1973^a Ensayo sobre el matrimonio y el divorcio. En: MILL, John Stuart y TAYLOR MILL, Harriet. Ensayos sobre la igualdad sexual. Barcelona, Ediciones Península, p. 87-108.

1973^b La sujeción de la mujer. En: MILL, John Stuart y TAYLOR MILL, Harriet. Ensayos sobre la igualdad sexual. Barcelona, Ediciones Península, p. 153-288.

1984 [1859] Sobre la libertad. Madrid, Sarpe.

2013 Bentham. Madrid, Editorial Tecnos.

MITIDIERO, Daniel

2011 Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. En: Revista Jurídica del Perú. Lima, Normas Legales, No.127 (setiembre, 2011), pp. 161-187.

MONTESQUIEU

1906 [1748] El espíritu de las leyes. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, tomo I

MORALES ROSAS, Sabina

2016 Definiciones clave de política pública: de la teoría a la práctica. En portal electrónico Escuela de Políticas Públicas IEXE.
Publicado 28.10.2016 y consultado 04.04.2018
<https://www.iexe.edu.mx/blog/definiciones-clave-de-politica-publica-de-la-teoria-a-la-practica.html>

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2001 Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Gaceta Jurídica S.A.

OSEGUERA GAMBA, Jorge Pablo

2012 La falacia naturalista. Tesis de licenciatura en Filosofía. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras. Consulta: 19 de mayo de 2018.

[https://www.academia.edu/1935759/La Falacia Naturalista](https://www.academia.edu/1935759/La_Falacia_Naturalista)

PENDAS GARÍA, Benigno

1988 Jeremy Bentham: Política y derecho en los orígenes del Estado constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

RUBIO CORREA, Marcial

2003 Interpretación de las normas tributarias. Lima, Ara Editores E.I.R.L.

SANDEL, Michael J.

2016 Justicia. ¿Hacemos lo que debemos? Barcelona, Debolsillo.

SERNA, Enrique

1993 La vida de Jorge Negrete. México, Editorial Clío, S.A. de C.V., volumen II.

SINGER, Peter

2004 Compendio de ética. Madrid, Alianza Editorial S.A.

SMITH, Adam

1983 [1776] Investigación de la naturaleza y causas de las riquezas de las naciones. Barcelona, Ediciones Orbis S.A. tomos I, II y III.

TERRONES LINARES, César A.

1995 La obligación tributaria aduanera de los agentes de aduana. Un estudio de la responsabilidad solidaria en materia tributaria. Tesis para la obtención del título de abogado. PUCP. Lima.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos

2000 El centro del debate constitucional en 1993. Lima, Fondo Editorial del Congreso de la República, tomo II.

TRISOGLIO CARRIÓN, Marcos

2011 El proceso contencioso administrativo de lesividad. Algunos supuestos de su aplicación respecto de resoluciones de INDECOPI. En Revista de Derecho Administrativo, editada por el Círculo de Derecho Administrativo – Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), No.10, tomo I, pág. 341-348.

VARGAS LLOSA, Mario

2018 La llamada de la tribu. Lima, Alfaguara.

VÁSQUEZ GARCÍA, Francisco

2002 Introducción. En BENTHAM, Jeremy. De los delitos contra uno mismo. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2002 [1785]*

VERNENGO, Roberto J.

1971 La interpretación literal de la ley y sus problemas. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

VERAMENDI FLORES, Erick

2013 La razonabilidad como nuevo presupuesto de la medida cautelar. En: Ledesma Narváez, Marianella. Las medidas cautelares en el proceso civil. Lima, Gaceta Jurídica S.A., pp. 129-154.

VILLEGAS OTERO, María Cecilia

2017 La verdad de una mentira. El caso de las trescientas mil esterilizaciones forzadas. Lima, Editorial Planeta Perú S.A.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego

2015 Procedimiento administrativo trilateral. Escuela Nacional de INDECOPI.

