

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA
Escuela de Posgrado

INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS ARGENTINAS

TESINA

CARRERA
ESPECIALIZACIÓN EN GESTIÓN ADUANERA

COORDINADORA DE LA CARRERA
DRA. CATALINA GARCÍA VIZCAINO

TESINA
"El ámbito disciplinario de los agentes aduaneros y de los
auxiliares del Servicio Aduanero. Su problemática".

ALUMNA
Dra. ANGELA YESICA POLO
DNI 32.058.172

TUTOR
DR. HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN

AÑO 2015-2016

Contacto: yesipolo@hotmail.com

PAPÁ, mi persona y aduanero favorito, que con amor incondicional, humildad y paciencia, ha sabido apoyarme en cada decisión de mi vida.

A Emanuel, mi hermano, con la esperanza de contagiarme la pasión por el conocimiento.

A mis amigas, amigos, compañeros de trabajo y L.B., que cada uno con su granito de arena han sabido motivarme para conseguir mis objetivos.

A los Dres. Catalina García Vizcaíno y Héctor Vidal Albarracín, que de forma desinteresada y con la humildad de las grandes personas, motivan la investigación académica y acrecientan mi mayor admiración en el mundo del conocimiento jurídico.

Eternamente GRACIAS!.

SUMARIO.

- I. Objetivos.
- II. El Derecho Disciplinario Administrativo
 - 2.1 Concepto.
 - 2.2 Orígenes.
 - 2.3 Autonomía conceptual del Derecho Disciplinario.
 - 2.4 Relación entre el derecho disciplinario y el derecho penal.
- III. El derecho disciplinario aplicado a los agentes aduaneros.
 - 3.1 Funcionario Público- Aduaneros.
 - 3.2 El Régimen Disciplinario para el funcionario público.
 - 3.3 La A.F.I.P. y la gestión administrativa
 - 3.4 Régimen Disciplinario Unificado. Disposición AFIP N° 185/10. Procedimiento.
 - 3.5 Responsabilidades
 - 3.5.1. La responsabilidad del Agente Aduanero. Funcionario Público.
 - 3.5.2. Responsabilidad. Concepto. Generalidades.
 - 3.5.3. La responsabilidad Disciplinaria.
 - 3.5.4. La responsabilidad administrativa.
 - 3.5.5. Responsabilidad penal.
 - 3.5.6. Responsabilidad civil.
 - 3.5.7. La responsabilidad frente a la llamada "obediencia debida".
 - 3.5.8. La visión desde el particular.

IV. El derecho disciplinario de los Auxiliares del Servicio Aduanero. El Régimen Disciplinario del Código Aduanero.

4.1 Auxiliares de Comercio y del Servicio Aduanero. Despachante de aduana y Agente de Transporte aduanero.

4.2 Régimen del Código Aduanero para los auxiliares del Comercio y servicio aduanero.

4.2.2. Procedimiento.

4.3 La responsabilidad del Despachante de Aduana.

4.3.1. La responsabilidad Tributaria.

4.4. La responsabilidad del Agente de Transporte.

4.4.1. La responsabilidad derivada (tributaria).

V. Sumario disciplinario: iniciación, desarrollo, etapas y finalización.

VI. Garantías constitucionales en juego

6.1. La garantía más relevante en el Empleo Público y su estabilidad.

6.2. La garantía de defensa en juicio y debido proceso.

6.3. Nos bis in ídem

6.4. El principio de proporcionalidad.

6.5. Las garantías para los otros sujetos.

6.6. La vigencia de los principios consagrados en Tratados Internacionales.

6.4. Igualdad ante la ley

6.5. Proporcionalidad y duración del proceso. Plazo de razonabilidad.

VII. PROBLEMÁTICA que afectan a los sujetos de estudio.

7.1 Problemáticas que afectan a los aduaneros.

7.2 Problemáticas que afectan a los despachantes y agentes de transporte.

7.2.1 Valoración de las conductas objeto de sanción. Falta de fundamentación de las resoluciones condenatorias.

VIII. FALLOS.

8.1 El caso "LOSICER"

8.2 Criterio jurisprudencial respecto a los auxiliares del servicio aduanero.

IX. CONCLUSIONES.

X. BIBLIOGRAFÍA.

-I-

Objetivos

El objetivo principal de este trabajo integrador es tener una visión amplia de los regímenes aplicables a los sujetos aduaneros como funcionario público y los despachantes de aduana y agente de transporte, como auxiliares del comercio y servicio aduanero.

El agente aduanero, como funcionario público está vinculado con el Estado en relación de dependencia, mientras que los auxiliares del servicio aduanero no tienen relación jerárquica ni de subordinación con la Aduana. Lo que sí existe entre ambos es una relación en donde se privilegian determinados deberes de colaboración recíproca.

El sumario administrativo disciplinario que le es aplicable a cada sujeto va a estar amparado por regímenes distintos, el aduanero por el régimen de estabilidad del empleo público y el reglamento de Investigaciones Administrativas y el despachante y agente aduanero, seguirá la suerte que establece el articulado del Código Aduanero.

Al abordar un tema, el escritor, se encuentra ante diversos desafíos y abundante estudio previo para poder fusionar el conocimiento con la visión integradora de todo lo preexiste a la temática estudiada, con más, las posibles proyecciones de soluciones o intenciones para mejorar el sistema.

Es así que del estudio del DERECHO DISCIPLINARIO APLICADO A LOS AGENTES ADUANEROS Y A LOS AUXILIARES DEL COMERCIO QUE ESTABLECE EL CÓDIGO ADUANERO se analizarán como se aplica el mismo para dichos sujetos, considerar sus problemáticas y fallos al respecto, logrando proyectar una visión de

buenas intenciones proponiendo una posible solución para mejorar el sistema existente.

Los primeros conceptos para evaluar los regímenes que le compete a cada sujeto, su aplicación, como funcionan en la práctica, como son los sumarios que se le aplica a cada uno, los derechos en que se amparan y precisamente los regímenes aplicables en concordancia con la normativa vigente en conjunto con la doctrina y jurisprudencia, lograrán evidenciarse en los puntos desarrollados.

También se estudiará que, una de las problemáticas más relevantes, es que un sumario disciplinario extendido en el tiempo afecta garantías constitucionales y máxime cuando no se cumplimenta en debida forma los procedimientos establecidos en las normativas.

Según se verá, una conducta puede ser pasible de una sanción y otra no, surgiendo así interrogantes como, cuáles serían los parámetros, qué se evalúa para aplicar una u otra sanción, máxime cuando existen garantías constitucionales en juego y se quiera evitar una arbitrariedad.

Para ello, será necesario conocer las sanciones, teniendo en cuenta ciertas características y los antecedentes de los sujetos y que conductas son gravosas y cuáles no.

La ausencia de parámetros o directivas o la escases de las mismas para determinar cuándo corresponde una sanción, cual, cómo y en qué grado debiera ser aplicada y la afectación o no de garantías constitucionales revelan que no existen parámetros establecidos para la aplicación de dichas sanciones de manera equitativa.

Lograr que los sujetos conozcan la normativa vigente y ser capacitados al efecto, cuáles son sus funciones, sus deberes y sus derechos, solo conquistará un procedimiento justo y equitativo para todos.

Finalmente, logrando determinar las garantías constitucionales que están en juego y que hacen al tema, analizados los criterios jurisprudenciales aplicables se evidenciarán las posibles soluciones o directivas para establecer que el procedimiento sea eficaz, conduzca a la verdad de los hechos y sea justo para las partes.

-II-

DERECHO DISCIPLINARIO ADMINISTRATIVO

2.1. Concepto

El derecho disciplinario administrativo tiene por objeto sancionar aquellas conductas del agente público que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública y que se originan en la inobservancia de los deberes inherentes a su calidad de agente público¹.

Su fundamento y fin consiste en prevenir o evitar que el agente incumpla con sus deberes (o quebrante las prohibiciones), y, de ese modo, asegurar y mantener el normal funcionamiento de la Administración Pública pues sin orden no se puede concebir el eficaz desarrollo de la actividad administrativa ("Dictámenes", 199:175)².

¹ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo, t. III-B, n°1021, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 369.

² Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, n° 18, p. 297; el fundamento de la sanción disciplinaria reside en lo expuesto; cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, Derecho administrativo, t. III n° 356 y 359, Tea, Buenos Aires, 1951, ps. 525/526 y 533.

Como se verá más adelante, pero es necesario mencionarlo en el inicio, el derecho disciplinario integra el derecho administrativo y no se confunde con el derecho penal.

1. La falta disciplinaria se configura con tal incumplimiento³, y constituye el presupuesto de la sanción disciplinaria.

El agente público pierde la "estabilidad del empleado público" por razones disciplinarias, solo cuando el agente comete una falta disciplinaria que tenga una medida disciplinaria segregativa: cesantía o exoneración⁴.

1.1. La estabilidad del empleado público se la concibe como el derecho a no ser removido del cargo, sino por las causas y los procedimientos establecidos por las normas.

Expresa Luqui: El derecho a la estabilidad, es, en cierta manera, un derecho a la juricidad, una verdadera garantía del funcionamiento frente a la discrecionalidad que en materia de nombramiento y remoción de agentes públicos ejerce el Poder Ejecutivo...El derecho se concreta en un conjunto de normas y procedimientos según los cuales son nombrados o removidos los agentes del Estado; una forma de juridizar la función pública⁵.

Como señala Marienhoff: La cesantía o la exoneración del agente público, que implican la pérdida de la

³ La noción de falta disciplinaria, ha sido tratada en la obra inédita, "Sobre el régimen disciplinario del agente público", registrada en diciembre de 2001. MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo.

⁴ El art. 30, Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional prevé las medidas disciplinarias de: apercibimiento, suspensión de hasta 30 días, cesantía y exoneración; iguales sanciones en el artículo 30, Régimen Jurídico Básico de la Función Pública.

⁵ LUQUI, Roberto E., "La estabilidad del empleado público frente a las leyes de racionalización y prescindibilidad", LL, 139-68.

"estabilidad", no constituyen una facultad "discrecional" de la Administración Pública, sino una facultad reglada. Tal es lo que ocurre en el orden nacional de acuerdo al estatuto para el personal civil de la Administración Pública nacional. Y es del art. 14 bis de la Constitución Nacional... Tratase de una facultad "reglada" o "vinculada" de la Administración Pública. La Corte Suprema de la Justicia de la Nación, después de recordar que el art. 14 bis establece imperativamente que las leyes asegurarán la estabilidad del empleado público, dijo: "En su recto sentido la norma proscribe la ruptura discrecional del vínculo de empleo público"⁶.

Esta garantía "rige también en el ámbito local, pues con arreglo al art. 31 de la Ley Fundamental, las "autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas" (Fallos, 261:361, consid. 4°, 1965; 311:360 y 314:1060, consid. 4°).

2.2. Orígenes

Cuando el estado moderno comienza a necesitar funcionarios públicos calificados, sin que exista al mismo tiempo una cantidad suficiente de especialistas para colmar las nuevas pretensiones de la Administración Pública, se origina la necesidad de dotar de estabilidad a tal personal, junto a determinadas medidas disciplinarias. De allí que según Nieto García⁷, el Príncipe comienza a otorgar determinadas garantías contra el despido arbitrario mencionadas detalladamente en el acto de nombramiento. Con el pasar de

⁶ MARIENHOFF, ob. cit., n° 988, ps. 298/299, donde se citan Fallos, 261:361, consid. 3° y 269:230, consid. 6°.

⁷ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Problemas capitales del derecho Disciplinario*, RAP Española, num. 63, p. 45 y ss.

los años, ese comportamiento fue perfeccionado con el denominado "*beneplacitum*" por el cual el funcionario sólo podía ser destituido en "*grave et legitima causa*".

De allí, que en los contratos de servicio o actos de nombramiento se realiza una pormenorizada enunciación de los deberes funcionales y sus respectivas infracciones. Ello se diferencia de los delitos, determinados en forma precisa "*delicta nominata*", respecto de las infracciones con motivo de la función, no enumeradas en forma determinada "*delicta inominata*". Todo ello va perfilando los caracteres del derecho disciplinario, que según Nieto García⁸ señala "*infracciones propias del cargo, que suponen un incumplimiento de los deberes oficiales, las cuales son sancionadas con penas específicas por unos órganos no judiciales y a través de un procedimiento peculiar*".

Ello pone en evidencia que el derecho disciplinario, en sus orígenes, se encuentra desvinculado del derecho penal, por cuanto se plantea en el marco de una relación de empleo público a fin de mantener el buen comportamiento de quienes se encuentran vinculados con el Príncipe como autoridad suprema a quien los funcionarios le deben obediencia.

2.3. La autonomía conceptual del Derecho Disciplinario.

En síntesis, han existido tres concepciones doctrinarias del derecho disciplinario: penal, civil y administrativo⁹.

⁸ NIETO GARCÍA, A., *ob. cit.*, pág. 49 y ss.

⁹ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 45.

Se estima que, en los primeros tiempos, el derecho disciplinario formaba parte del derecho penal. En Europa, a fines del siglo diecinueve, el derecho disciplinario comienza a vinculárselo con el derecho administrativo.

En la actualidad, existen tendencias que le otorgan autonomía, aunque indudablemente sigue relacionado tanto con el derecho penal como con el administrativo. El Tribunal Constitucional Español ha sustentado que "*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*"¹⁰.

Las posturas que lo vinculan con el derecho civil se sustentan en la relación contractual entre el Estado y sus servidores mediante prestaciones recíprocas que en caso de incumplimiento pone en marcha la sanción disciplinaria.

La concepción administrativista surge a partir de la postura de Otto Mayer¹¹, quien subraya la relación de poder o potestad de la Administración con sus funcionarios, con el objeto de satisfacer los intereses de la sociedad a través de la adecuada prestación de servicios. Las medidas disciplinarias tienen su razón de ser en la peculiar relación de sujeción especial en la que se encuentra el funcionario que desempeña, más que un servicio público, una "*función pública esencial*", donde el interés público

¹⁰ S.T.C. del 8 de junio de 1981.

¹¹ Cfr. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Ed. Aragón, Buenos Aires, 1954, T. 4, ps. 76 y ss.

prevalece respecto de los intereses personales o corporativos.

2.4. Relación entre el derecho disciplinario y el Derecho Penal

Tiene dicho la Doctrina y la jurisprudencia que la sustanciación de los sumarios administrativos por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal ("Dictámenes", 170:419 y 171:377, RPTN, n° 13, ps. 111 y 134, respectivamente, entre otros).

A su vez, se prevé que la sanción impuesta en el orden administrativo, pendiente la causa criminal, tendrá carácter provisional, pues se puede sustituir por otra de mayor gravedad.

Tal es así que la conducta desplegada puede dar lugar simultáneamente a responsabilidad disciplinaria, penal y civil.

-III-

El derecho disciplinario aplicado a los agentes aduaneros.

3.1 Funcionario Público- Aduaneros

Se entiende por **funcionario público** "cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidas los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al Servicio del Estado, en todos su niveles jerárquicos. A tales efectos, los términos "funcionario", "servidor",

"agente", "oficial" o "empleado" se consideran sinónimos (art. 3° del Anexo del Código de ética de la Función Pública- Decreto 41/99).

Además, el funcionario público es aquel que en forma permanente o accidental, gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal.

Es un servidor cuya actuación debe ser cumplida con responsabilidad, para el bien de la comunidad y por lo tanto debe asumir las consecuencias por su desempeño irregular dentro del Estado.

Tradicionalmente se distinguía los conceptos de funcionario público y empleado público, por el nivel de jerarquía existente entre ambos. El funcionario se posicionaba por encima del empleado dentro del Estado.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, considera que los conceptos de funcionario público y empleado público son equivalentes, es decir toda persona que realice o contribuya a que se realicen las funciones esenciales y específicas propias de la Administración.

3.2 El Régimen Disciplinario para el funcionario público

La responsabilidad administrativa, que se hace efectiva a través del poder disciplinario, aparece cuando el agente comete una falta de servicio, transgrediendo reglas propias de la función pública, y tiende a mantener el debido funcionamiento de los servicios administrativos.

En la relación disciplinaria intervienen dos sujetos: el pasivo, autor de la infracción, y el activo, que es el

órgano que puede juzgar al funcionamiento incurso en la falta y aplicarle la sanción correspondiente previa tramitación de un procedimiento determinado, que ha de desarrollarse con absoluto respeto de los principios inherentes al debido proceso legal para preservar los derechos del agente público (CSJN, Fallos, 310:738, consid. 2°, 319:1034, consid. 2°).

De tal modo que, conforme con lo dispuesto en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, situación similar en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, sólo pueden ser sujetos pasivos de un sumario disciplinario, con la consecuente vinculación en el momento oportuno de la calidad de sumariado, los agentes públicos respecto de los cuales se haya previsto la aplicación disciplinarias.

Para aplicar las sanciones disciplinarias se requiere la sustanciación del sumario administrativo disciplinario.

El Reglamento de Investigaciones Administrativas (R.I.A.) aprobado por Dec. 467/99 (al igual que el anterior, Reglamento de Investigaciones- R.I.-aprobado por Dec. 1798/80) importa un procedimiento administrativo especial que el legislador dispuso se dicte, de modo específico, para sustanciar los sumarios disciplinarios (cfr. Art. 38, LMREPN, art. 35, RJBFP; "Dictámenes", 233:270, RPTN, n° 33, p.653).

Esto lo ha decidido al momento de regular los deberes y derechos de determinados agentes estatales.

En materia disciplinaria la responsabilidad se fundamenta subjetivamente, sostenido reiteradamente, por la Procuración del Tesoro.

3.3. La AFIP y la gestión administrativa

La tarea del empleado administrativo está íntimamente ligada a la gestión administrativa, entendiendo por ésta al conjunto de pasos acompañados de toma de decisión que se deben concretar para lograr la finalización de un trámite o un conjunto de trámites.

La gestión administrativa se realiza con personal especializado, es una tarea de jerarquía y por lo tanto es de vital importancia la forma en que se realice dentro de nuestra administración, para lograr una organización productiva y eficaz en las comunicaciones internas y externas.

En cada momento la tarea administrativa se materializa en todas las áreas del Organismo, lo ordena y organiza, es decir, vela por el interés público y es por esto que es importante conocer las normas que regulan la gestión de documentos.

Entonces, cuando hablamos de empleado administrativo, se refiere a aquel que brinda soporte administrativo a la gestión global del área, incluyendo la realización de tareas tales como transcripción, tramitación y archivo de documentación y la operación de aplicativos informáticos que se requieran.

Dentro de este Organismo se solicita cumplir con competencias tanto de gestión como técnicas:

- 1) Servicio al usuario
- 2) Ajuste a normas y procedimientos
- 3) Autonomía
- 4) Trabajo en equipo
- 5) Polifuncionalidad
- 6) Perseverancia
- 7) Operatividad
- 8) Rigurosidad
- 9) Compromiso
- 10) Aprendizaje continuo
- 11) Integridad

Las competencias técnicas atañen a conocimientos relacionados con normativas de archivo y registro de expedientes, de protocolización y direccionamiento de documentación, normas, nociones de redacción administrativas y conocimientos informáticos.

Uno de los principios que la atañen a estas competencias, es el de "Responsabilidad Primaria", ello significa que cada unidad orgánica tiene asignada la responsabilidad del trámite, en función de sus áreas de competencia específica, asegurando un rápido y eficiente despacho de la documentación pertinente.

Asimismo, las áreas que efectúan modificaciones o movimientos de cualquier tipo en las actuaciones, tienen la responsabilidad de reflejar dichos sucesos en el sistema, asegurando de esta manera la correspondencia entre lo actuado en papel con lo registrado en el Sistema de Gestión

de expedientes y actuaciones, conocido por sus siglas SIGEA.

3.4. Régimen Disciplinario Unificado. Disposición AFIP N° 185/10.

La Disposición 185/2010 de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS refiere al RÉGIMEN DISCIPLINARIO UNIFICADO para los Agentes comprendidos en dicha Administración. Publicada en el Boletín Oficial del 01 de junio 2010.

Su resumen establece que: "Apruébese el texto del nuevo régimen disciplinario unificado que, como anexo i, forma parte de la presente, el que sustituye al aprobado por disposición n° 501/99 (AFIP) de fecha 30 de julio de 1999 y al instrumentado en el artículo 44 del Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por laudo n° 15/91".

Las observaciones refieren que en principio esta norma no se relaciona con su antecedente - Disposición 501/1999 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, porque no se habría publicado en Boletín Oficial.¹²

Que en oportunidad de celebrarse los Convenios Colectivos de Trabajo actualmente vigentes en esta Administración Federal, se dispuso el dictado de nuevos regímenes disciplinarios aplicables a los agentes comprendidos en cada uno de ellos.

¹² Conforme: www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.

Que coexistían en el ámbito de este Organismo dos regímenes disciplinarios distintos para su personal, según su pertenencia a uno u otro convenio, lo que genera diferencias en la aplicación del procedimiento administrativo disciplinario.

Que, en tal sentido, la Subdirección General de Recursos Humanos ha elaborado un proyecto de cuerpo normativo único en materia disciplinaria, buscando mejorar y modernizar la normativa vigente.

Que dicho texto único ha sido desarrollado a partir de un trabajo conjunto con los representantes gremiales y ha contado con el acuerdo tanto de la Asociación de Empleados Fiscales e Ingresos Públicos como del Sindicato Único del Personal Aduanero de la República Argentina.

Que en dicho proyecto se han tenido especialmente en cuenta las pautas oportunamente acordadas con dichos gremios en orden, entre otros aspectos relevantes, a simplificar los procedimientos y garantizar el debido derecho de defensa de los trabajadores.

Que asimismo y en garantía de los derechos del personal, se han recogido las pautas señaladas por la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como los principios y derechos reconocidos en la Constitución Nacional, en el Pacto de San José de Costa Rica y demás normativa internacional a la que ha adherido nuestro país.

Que en armonía con lo anterior, se resguardan, a su vez, las facultades de la Administración Pública Nacional,

necesarias para preservar el buen orden administrativo requerido en el ámbito del Estado.

Que el instrumento legal resultante se ajusta a los lineamientos de esta Administración Federal relativos a su política de recursos humanos.

Que han tomado intervención las Subdirecciones Generales de Recursos Humanos y de Asuntos Jurídicos en las cuestiones que resultan de sus respectivas competencias.

Que la Disposición en estudio, se dictó en ejercicio de las facultades conferidas por los Artículos 4° y 6° del Decreto N° 618 del 10 de julio de 1997, sus modificatorios y sus complementarios.¹³

Por ello, EL ADMINISTRADOR FEDERAL DE LA ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS dispuso en sus artículos:

Artículo 1° - Apruébase el texto del nuevo Régimen Disciplinario Unificado que, como Anexo I, forma parte de la presente, el que sustituye al aprobado por Disposición N° 501/99 (AFIP) de fecha 30 de julio de 1999 y al instrumentado en el Artículo 44 del Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por Laudo N° 15/91.

Art. 2° - La presente disposición entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación.

Art. 3° - Regístrese, publíquese, comuníquese a la Asociación de Empleados Fiscales e Ingresos Públicos y al Sindicato Único del Personal Aduanero de la República

¹³ Párrafos que pertenecen a los considerandos de la Disposición N° 158/10 de AFIP.

Argentina, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Del análisis de la misma Disposición en estudio, surge que el ANEXO I cuenta con 27 artículos y establece un proceso ordenado que refiere a un conjunto de actuaciones por el cual el personal no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias sino por las causales y procedimientos que este Reglamento y toda otra normativa aplicable lo determinaren (artículo 1 del Anexo I de la Disposición 185/10).

Las sanciones está establecido en su artículo 5°, el cual dice:

“Por las faltas o delitos que cometa y sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales fijadas por las leyes respectivas, el personal será pasible de las siguientes sanciones:

- 1.- Apercibimiento.
- 2.- Suspensión, hasta TREINTA (30) días corridos.
- 3.- Cesantía.
- 4.- Exoneración.

Las suspensiones correctivas se harán efectivas en días corridos a partir del día siguiente de quedar firme las medidas sin prestación de servicios y sin percepción de haberes y el descuento correspondiente deberá recaer sobre las remuneraciones efectivamente asignadas al agente al momento de cumplirse la sanción impuesta.

La medida expulsiva dictada en otro sector de la Administración Pública Nacional contra un agente comprendido en este Régimen, dará lugar a la automática separación del causante, siempre que tal medida hubiera sido adoptada respetando garantías de defensa similares a las establecidas en el presente Convenio.

En tales casos no resultará necesaria la sustanciación de un nuevo sumario en esta Administración Federal, sirviendo como suficiente elemento de juicio el incoado en la otra jurisdicción de revista. No bien se reciba la respectiva comunicación de baja, con copia autenticada del acto administrativo que la ordenara, se procederá al inmediato dictado de la medida expulsiva correspondiente.

Las sanciones, dispuestas por esta Administración Federal, en las que se incluyan agentes que también revisten en otros sectores de la Administración Pública Nacional, serán informadas a esas otras jurisdicciones, a los fines que resulten pertinentes de acuerdo con las normas aplicables, dentro de los DOS (2) días de dispuestas y con copia autenticada del acto suscripto”.

3.5. Responsabilidades

3.5.1 La responsabilidad del Agente Aduanero. Funcionario Público.

La característica más importante que define al funcionario/empleado público es la naturaleza de la actividad que ejerce, esto es, la realización de funciones propias y esenciales de la Administración Pública.

Integra la estructura del Estado y forma parte de él. Y aún más, actúa en su nombre y lo responsabiliza por sus actos ("Teoría del Órgano"), especialmente cuando el Estado delega en ellos una porción de su poder al confiarles la facultad de llevarlo a ejercicio.

De esta responsabilidad directa del Estado por el accionar de sus funcionarios, deriva la responsabilidad del funcionario/empleado público, respecto de aquel.

3.5.2. Responsabilidad. Concepto. Generalidades.

La responsabilidad es fácil de detectar en la vida diaria, especialmente en su faceta negativa: la vemos por ejemplo, desde en el plomero que no hizo correctamente su trabajo, en el carpintero que no llegó a pintar las puertas en el día que se había comprometido, en el estudiante con tiene bajas calificaciones, y en casos más graves en un funcionario público que no ha cumplido adecuadamente su servicio o que utiliza los recursos públicos para sus propios intereses.

No obstante la claridad que parecería surgir de los ejemplos, plantearse qué es la responsabilidad no es algo tan sencillo. Un elemento indispensable dentro de la responsabilidad es el cumplir un deber. **La responsabilidad es una obligación, ya sea moral o incluso legal de cumplir un compromiso.**

La responsabilidad tiene un efecto directo en otro concepto fundamental: la confianza. Confiamos en aquellas personas que son responsables. Ponemos nuestra fe y lealtad en

quienes de manera estable cumplen aquello a lo que se han comprometido.

Podemos decir que la responsabilidad es un signo de madurez, pues el cumplir una obligación de cualquier tipo implica esfuerzo. La responsabilidad entonces puede parecer una carga, y el no cumplir con los compromisos origina consecuencias.

Los valores son los cimientos de nuestra convivencia social y personal. La responsabilidad es un valor, porque de ella depende la estabilidad de nuestras relaciones.

La responsabilidad vale, porque es difícil de alcanzar.

En el ámbito del Estado y respecto de los agentes públicos la situación no es distinta.

Enseñaba Werner Goldschmidt que el funcionario público, como tal, es un "producto normativo", una "materialización personal" del Derecho, el cual, por su misma naturaleza, debe ser entendido como tributario de la Moral y de la Justicia.

Nadie puede considerarse justo pretendiendo, a un tiempo, evadir toda responsabilidad por sus actos. La teoría de la responsabilidad es, sin duda, la vertiente por la cual se infunde en el frío ordenamiento normativo el calor de la exigencia del comportamiento humano justo y honesto; por ello se erige en columna vertebral del Derecho, apareciendo a lo largo del ordenamiento, desde la cúspide y hasta la base, esto es: desde la Constitución y hasta la sentencia; es la nutriente más poderosa que permite vincular los

órdenes del ser y del deber ser. Por eso su enfoque es necesariamente multidisciplinario; por eso, la responsabilidad del funcionario público, como órgano del Estado - pero a la vez, como simple ser humano-, debe estudiarse desde todos los ángulos jurídicos.

Clásicamente la responsabilidad de los agentes públicos se clasifica en: civil, penal, administrativa o disciplinaria y política.

Sea cual fuere el ámbito en que la responsabilidad del funcionario público merezca ser tratada, habrá de comenzarse siempre su análisis atendiendo a la existencia de tres elementos fundamentales:

1.- Hecho humano, como dijimos, es un comportamiento positivo, es conducta, es un actuar. Ese actuar debe hallarse imbuido de una atribución determinada por "la función", con la cual están reunidas las dos características de este primer elemento:

"hecho humano - funcionario público".

2.- Daño, como resultado del comportamiento.

3.- Relación de causalidad, representada por la posibilidad de conectar el hecho humano con el daño, de brindar así una explicación razonable de la concreción de este último como resultado.

3.5.3 La responsabilidad Disciplinaria

Se relaciona con el poder disciplinario, y este a su vez deriva de la facultad del Jefe Supremo de la Nación, Jefe

de Gobierno y responsable político de la administración general del país que la Constitución Nacional le atribuye a nuestro Presidente de la Nación conforme el artículo 99 inciso 1 de la Constitución Nacional.

Es también, una resultante necesaria de esta facultad para organizar la administración pública, y regular con orden interno para su correcto funcionamiento.

Asimismo le dan fundamento otros conceptos constitucionales como:

- La **idoneidad** (artículo 16 de la Constitución Nacional). Todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos son otra condición que la idoneidad. Significa suficiencia o aptitud para una cosa, la reunión de las condiciones necesarias para desempeñar una función.
- **Estabilidad** (artículo 14 bis de la Constitución Nacional). El Trabajo gozará de la protección de las leyes, que garantizarán al trabajador, estabilidad del empleado público". Es la permanencia o duración en el tiempo.
- **Principio de juridicidad** (artículo 14 y 28 de la Constitución Nacional). Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, de trabajar y ejercer toda industria lícita (artículo 14 CN). Los principios, garantías y derechos reconocidos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 CN).
- **Ética Pública** (artículo 36 de la Constitución Nacional). Incluye un mandato para el Congreso que

"...sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función". Cumplido con la ley N° 25.188, la cual establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables a quienes se desempeñen en la función pública.

3.5.4 La responsabilidad Administrativa.

Como sucede con gran parte del derecho administrativo, no existe en la doctrina unanimidad de criterio en cuanto al concepto de "responsabilidad administrativa".

Al tratar de explicarla, no son pocos los que, a nuestro criterio equivocadamente, la asocian solo a la responsabilidad patrimonial, con origen en daños económicos que se ocasionen en una relación de empleo público o asimilable a ella.

Abandonando este concepto puramente mercantilista y recogiendo el más amplio de que responsabilidad administrativa es la derivada de todo tipo de incumplimiento ocurrido en el marco de una relación de empleo público, son sus características:

- 1) Deriva de una relación de empleo público o asimilable a ella;
- 2) Tutela el patrimonio estatal;
- 3) Se sostiene en la violación de deberes impuestos en esa relación de empleo o asimilable, durante la prestación del servicio;
- 4) Produce daño al Estado;

5) En su aspecto patrimonial, se hace efectiva en el patrimonio del agente, e incluso en su acervo sucesorio, correspondiendo - en caso de fallecimiento - la intervención de sus herederos en los procedimientos tendientes a la determinación administrativa de responsabilidad;

6) Por existir en el ámbito del Derecho Administrativo, está regulada por el derecho local.

La responsabilidad deriva del incumplimiento de las normas que son propias de la relación de empleo público.

¿Y cuáles son esas normas cuyo incumplimiento genera responsabilidad?

Las obligaciones de los agentes públicos están claramente establecidas por normas con fuerza de derecho positivo que provienen de distintas fuentes, tanto en el aspecto disciplinario como en el aspecto patrimonial -leyes marco de la función pública, reglamentos dictados por las autoridades de cada organismo, ley 24.156, capítulos vigentes de la ley de contabilidad-.

¿A partir de qué momento las normas que regulan la relación de empleo público le son oponibles?

Todas estas obligaciones comienzan a ser jurídicamente vinculantes para el agente público desde el momento en que le es notificado el acto administrativo que lo designa como tal, sujetándolo al régimen de la jurisdicción para el desempeño de un cargo específico sujeto al régimen interno del organismo.

Complementariamente, el agente que se hace cargo de una dependencia, adquiere obligaciones patrimoniales adicionales sobre bienes o valores determinados. Tal es el efecto vinculante de todo este conjunto de obligaciones, que los órganos de interpretación y la jurisprudencia han establecido que: 1° - ni el agente puede argumentar el desconocimiento del conjunto de obligaciones que corresponden a su cargo para eximirse de su responsabilidad; 2° - ni la administración puede encuadrar un hecho como irregular a posteriori ni aplicarle sanciones no previstas.

Es amplia la doctrina, lo es la legislación y también la jurisprudencia que informa que las responsabilidades del agente público no se producen sólo por cometer alguna falta tipificada, sino y además, por no haber cumplido con cualesquiera de las obligaciones a las que se halla sometido, siendo tal incumplimiento llamado genéricamente irregularidad.

Por lo tanto, un agente público incurre en irregularidad toda vez que omite el cumplimiento de obligaciones que le fueron asignadas con anterioridad, es decir, incumplimiento de las obligaciones derivadas de las leyes-marco y/o incumplimiento de las obligaciones funcionales asignadas específicamente a cada cargo por la estructura de misiones y funciones o reglamento interno de cada organismo y que significan un incumplimiento de la obligación general a cuyo género, ésta, más específica, pertenece.

Esta responsabilidad que deriva del incumplimiento no se circunscribe en sus consecuencias a un puro aspecto

disciplinario sino que está regulada por un doble régimen que da lugar a la investigación de dos especies distintas de responsabilidad con origen en el mismo hecho: 1° - la responsabilidad disciplinaria, derivada de la afectación del orden administrativo del organismo por incumplimiento de normas de desempeño laboral de los regímenes de la función pública, 2° - la responsabilidad patrimonial derivada del daño económico que produce el incumplimiento de las normas de cuidado de los bienes y valores bajo la jurisdicción del organismo, reguladas por las leyes de administración patrimonial.

En el sentido que se dice, entonces, la atribución de responsabilidad requiere de un acto positivo de un agente de la Administración o vinculado a ella a través de una relación de empleo público o toda otra con similar alcance, ya comisivo, ya omisivo.

La determinación de la responsabilidad patrimonial se realiza mediante un procedimiento de investigación similar al utilizado con relación la responsabilidad disciplinaria.

Por su parte, la responsabilidad disciplinaria hace al comportamiento del agente o funcionario y tutela el buen orden administrativo.

Afecta la relación de empleo público a través de la imposición de sanciones no expulsivas, o bien la fulmina a través de sanciones expulsivas y funciona en forma independiente de la responsabilidad patrimonial.

3.5.5. Responsabilidad penal.

El derecho penal aparece en ayuda del derecho administrativo cuando las transgresiones del funcionario público afectan la disciplina del servicio, como también el orden público y el ambiente social, trascendiendo al exterior y haciendo que el poder disciplinario resulte insuficiente, ante ese orden jurídico alterado.

A diferencia del Código Penal que rigiera hasta ser sustituido en 1921, y que contenía un capítulo referido a los "Delitos peculiares a los empleados públicos", el que actualmente nos rige no ha seguido ese método, sino que ha considerado conveniente reunir buena parte de ellos en el título "Delitos contra la administración pública", en el que no solo incluye ilícitos atribuibles a agentes de la administración sino también a terceros, dejando a otros delitos que afectan al buen orden administrativo ubicados en otros títulos del cuerpo legal; ello, porque antes que la lesión puramente administrativa, la acción descrita en ellos importa un ataque de mayor relevancia a otra clase de derecho, a otro género de conductas, tipo o modo de la acción" .

La responsabilidad penal entonces es estudiada por el derecho penal, de pertenencia a la esfera de sus normas y principios, con imposición de penas a través de los jueces de ese fuero.

Si bien las responsabilidades administrativas pueden dar impulso a la responsabilidad penal, sus ámbitos de tratamiento e investigación son diversos y sus decisiones

independientes, salvo el caso de criterio liberatorio en el ámbito administrativo que no podrá resolverse y deberá permanecer a la espera de la resolución penal.

Abordar la temática de la responsabilidad que puede caber a los funcionarios públicos desde la óptica del derecho penal impone traer a colación el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*, en virtud del cual los jueces sólo pueden aplicar las penas determinadas por la ley vigente con anterioridad al hecho.

En tal sentido, el art. 18 de la Const. Nac., concretamente, consagra el principio de reserva de la ley penal que invocamos, a través del cual el juez se ve inhibido de considerar la existencia de un delito si el accionar sometido a su conocimiento no estaba descrito en la norma penal con anterioridad al momento de comisión del mismo. Es decir, no hay analogía en el derecho penal y el principio de retroactividad solo funciona en el caso de ley más benigna, no hay lagunas de legislación.

Así, más allá de reconocer la existencia de diversas definiciones, incluso contrapuestas, retenemos la que nos proporciona Soler cuando refiere que delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal. Debe insistirse en que la acción solamente alcanza carácter delictivo pasando por una figura determinada, de allí la importancia de la expresión "típicamente".

En cuanto a la exigencia de tipicidad a los fines de la materialidad en que se ve reflejada la responsabilidad penal, el Código Penal es profuso en comportamientos que en

su comisión resultan resorte exclusivo de los funcionarios públicos y otros que se ven agravados por resultar su autor funcionario público "en ejercicio de sus funciones".

3.5.6. Responsabilidad civil.

En cuanto nos interesa, la responsabilidad civil de los agentes públicos tiene un objeto formal puramente resarcitorio, con origen en una relación de empleo público o equivalente.

En el caso particular de la relación Estado empleador/ empleado, se rige por escasas normas de la Ley de Administración Financiera -arts.- 130 y 131- y por el Código Civil.

Ahora bien, la actuación u obrar humano y sus consecuencias, deben ser analizadas con detenimiento, ya que el funcionario público actúa en cumplimiento de una "función asignada", cuyas consecuencias podrán ser atribuidas a la persona jurídica a que pertenece, esto es, el Estado.

En un sentido amplio, los daños que se causen pueden afectar a terceros o a la propia Administración Pública.

El primer supuesto, es decir daños causados a terceros, cuando el accionar ilegítimo de un funcionario causa daños a un administrado, aquel es civilmente responsable frente a éste, juntamente con la Administración o no.

Con relación a los daños que un funcionario puede causar a la Administración Pública, debe tenerse en cuenta si los

mismos se originaron en la relación de empleo público o no; en el primer caso existirá responsabilidad administrativa - disciplinaria y patrimonial-, y en el segundo, responsabilidad civil.

A modo de ejemplo, si un agente de policía destruye el patrullero que conduce, embistiendo un árbol, produce un daño al patrimonio fiscal, el que se origina en la relación de función pública que existe entre el Estado y el agente; esto genera responsabilidad administrativa, ya disciplinaria ya patrimonial, correspondiendo su efectivización.

Si por el contrario, el mismo agente conduce su automóvil particular y por su culpa embiste a un patrullero que se encontraba estacionado frente a la comisaría, el daño que ocasiona al patrimonio fiscal no tiene nada que ver con su relación de empleo público: por lo tanto, será civilmente responsable frente al Estado, lo que deberá efectivizarse a través de las acciones judiciales pertinentes, tal como ocurriría con cualquier particular.

Podemos decir que el actuar del "funcionario público", con la concepción sentada ut supra, obliga como regla a la persona jurídica pública "Estado".

La existencia de la "vinculación jurídica" del funcionario con el ente al cual representa o del que es subordinado, obliga a estudiar si en la relación de causalidad ha "interferido" aquella vinculación, o si por el contrario ha sido totalmente ajena. Esto es importante pues será, como veremos, el hito de contención para la "responsabilidad

directa o refleja del Estado" y la plena vigencia de la "responsabilidad autónoma del funcionario público".

3.5.7. La responsabilidad frente a la llamada "obediencia debida".

Existe en el ámbito administrativo cuanto en el penal.

Como principio podemos decir que no cabe duda de que el deber de obediencia encuentra su fundamento en el orden jerárquico y en la necesidad de mantener la estructura orgánica dentro de la administración pública, lo que impone a los agentes públicos cumplir las órdenes de sus superiores.

Sin embargo, no toda orden emanada del superior jerárquico puede resultar legítima, pudiendo incluso constituir delito; de allí la importancia de asignar alcance a la expresión "obediencia debida", ya que ambos ámbitos del derecho excluyen de responsabilidad a quien obrare en virtud de la misma.

Desde la óptica penal, la cuestión ha sido considerada desde una causal de justificación hasta una causa de inculpabilidad. La doctrina no logra ponerse de acuerdo, difícilmente podamos hacerlo nosotros, digamos entonces que el principio general está dado por el carácter excepcional que se reconoce a la obediencia debida, en base a que dentro del sistema republicano es indiscutible la primacía de la ley sobre las órdenes ilegítimas.

En tal sentido, como lo enseña Bielsa, la obediencia tiene límites racionales y no puede asegurar la impunidad de la

falta al ejecutor de una orden cuyo cumplimiento importa la comisión de un delito o de una irregularidad.

No obstante ello, en excepcionales supuestos, el ordenamiento jurídico priva al subordinado de toda posibilidad de inspección de la orden, siendo precisamente en estos casos cuando se produce el desplazamiento de la culpabilidad. Ello acontece especialmente, cuando los fines que se persiguen son distintos de los comunes a toda administración pública.

Por regla general, podrá entenderse que no hay autoría por parte del ejecutor cuando se den los siguientes requisitos: 1) Dependencia jerárquica; 2) Haber sido Impartida la orden en el marco de las atribuciones específicas del superior; 3) Instrumentación por los medios corrientes; 4) Prohibición legal de inspeccionar la legitimidad de la orden.

En el caso de que el ejecutor de la orden hubiese estado facultado para examinar la legitimidad de la misma y, no obstante, no hubiera advertido su contenido ilícito, no podrá sostenerse que actuó dentro de los límites de la obediencia debida, sino que estamos ante una causal de inculpabilidad, generada en un error esencial.

En el ámbito administrativo, el principio que rige es el del llamado "deber de obediencia". Este principio encuentra lógico sustento en la situación de poder o subordinación jerárquica que es natural a las estructuras administrativas y en su virtud, las órdenes impartidas por un superior deben ser cumplidas, siendo que un agente que las desoiga,

incurre en responsabilidad, en principio administrativa, pudiendo según sea el caso extenderse a la civil y/o la penal.

Como toda regla, este deber de obediencia tiene su excepción, habiendo nacido el derecho a la desobediencia, que se vincula a los límites del deber de obediencia. Pero el derecho a desobedecer es siempre una excepción, y esta excepción se ejerce a través del llamado "derecho de examen".

Sobre la extensión de este derecho de examen, existen tres teorías: 1) la teoría de la reiteración; 2) la teoría de la legalidad formal y 3) la teoría de la legalidad formal y material.

La primera importa la consideración por el inferior de ser la orden contraria a la ley, siendo su obligación funcional así hacerlo formalmente notar al superior que la impartiera y en caso de reiteración de la orden, cumplimentarla, quedando de ese modo a resguardo su responsabilidad administrativa, civil y penal.

La segunda, importa para el subordinado el único análisis de la competencia funcional de quien la imparte, cuanto si la misma ha sido emitida observando las formas correspondientes. Se ha objetado a ella que el inferior no se encuentra habilitado a objetar el contenido que dimana de la orden, el que bien podría ser irregular.

Finalmente, la tercera teoría, surgida a partir de los debates doctrinarios originados por la segunda, importa la posibilidad a más del análisis formal por parte del

subordinado, del estudio material de la orden, es decir del contenido de la orden, la que en caso de resultar de ilegalidad "manifiesta", hará nacer el deber y derecho de desobediencia.

Como se ve, no se trata de propiciar la aplicación de la teoría de la obediencia absoluta. Acertadamente, se ha dicho que la obediencia debe ser obra de la razón, no pudiendo prescindirse de la conciencia del agente subordinado, siendo válida la afirmación en el sentido que "el poder del subordinado para examinar la orden deriva de la obligación genérica de todo ciudadano de obrar en conciencia del valor de las propias acciones.

A los fines que se dejan dichos entonces, la orden debe observar las "formas", ser impartida por funcionario competente, ser oficial, verbal o escrita según su trascendencia y referirse a cuestiones del servicio.

3.5.8. La visión desde el particular.

Pareciera que desde el particular, el lema o principio respecto del funcionario público es algo así como "disparen a matar".

¿Por qué? Algunas veces por ineficientes, algunas otras por ciertos grados de corrupción en la Administración, y las más de las veces, porque tenemos mala prensa.

Pero lo cierto es que la sociedad ha dictado su veredicto. Negligencias, omisiones, privilegio de intereses particulares por sobre los generales, en cualesquiera de los Poderes del Estado, han contribuido a esa sentencia y

cambiar la imagen es hoy inexcusable. Y para ello deben asumirse las responsabilidades, políticas y administrativas.

Quizá mañana se persigan responsabilidades penales y civiles, los responsables queden fuera de sus cargos y quien sabe la opinión pública cambie.

Pero también es tan cierto como lo anterior, que no todos los funcionarios merecen el reproche. A modo de ejemplo y como reconocimiento a los funcionarios que cumplen seriamente su servicio, seguramente la sociedad desconoce la grave contradicción entre los deberes que se exigen y las potestades y fundamentalmente los recursos que se dan.

El punto, por cierto, no es quejarse por el desconocimiento que genera esta suerte de incomprensión con que la opinión pública nos castiga.

Desde ya señalemos que en cualquier institución cuando se cometen errores se deben adoptar medidas serias, renunciadas inclusive. En la sociedad de la información en que vivimos, el paredón de la opinión pública está siempre listo para condenar a un funcionario.

Es el precio de actuar en el espacio público. Este, a diferencia de una empresa privada, es un lugar de todos, visto por todos y para todos. En el espacio público y en ámbitos tan complejos como la salud, la seguridad, la educación, la justicia, se manejan recursos que son de todos.

Y ese gerenciamiento de lo que es de todos, es un servicio. Y ese servicio, que tiene como destinataria a la sociedad integra, es un privilegio. Su cumplimiento fiel y leal nos hace, a los funcionarios públicos, responsables y fundamentalmente dignos.

Seamos celosos guardianes de nuestra imagen. Cumplamos nuestro servicio con responsabilidad y dignidad. La sociedad espera eso, y si no lo espera, sorprendámosla.

No esperemos que la sociedad nos diga que quiere de nosotros, seamos el punto de partida para la solución de los muchos problemas que afectan al servicio público. Para ello debemos estar convencidos que esos problemas pueden ser superados por nuestra propia voluntad e iniciativa.

-IV-

El derecho disciplinario de los Auxiliares del Servicio Aduanero. El Régimen Disciplinario del Código Aduanero.

4.1 Auxiliares de Comercio y del Servicio Aduanero. Despachante de aduana y Agente de Transporte aduanero.

Conforme el Título II, Capítulo I del Código Aduanero referida a "Sujetos", el artículo 36 define al Despachante de Aduana como: "...**Son despachantes de aduana** las personas de existencia visible que, en las condiciones previstas en este código realizan en nombre de otros ante el servicio aduanero trámites y diligencias relativos a la importación, la exportación y demás operaciones aduaneras. 2. Los despachantes de aduana son agentes auxiliares del comercio y del servicio aduanero."

Solo excepcionalmente su intervención no es obligatoria (artículo 37 del Código Aduanero) y cuando no se justifiquen su representatividad, actúan como importadores o exportadores (artículo 38 y 39 del Código Aduanero).

Conforme el Capítulo II, artículo 57 define al agente de transporte aduanero "...1. **Son agentes de transporte aduanero**, a los efectos de este código, las personas de existencia visible o ideal que, en representación de los transportistas, tienen a su cargo las gestiones relacionadas con la presentación del medio transportador y de sus cargas ante el servicio aduanero, conforme con las condiciones previstas en este código. 2. Dichos agentes de transporte, además de auxiliares del comercio, son auxiliares del servicio aduanero.

4.2. Régimen disciplinario del Código aduanero para los auxiliares de comercio y del servicio aduanero

Surge de la misma definición de Derecho Disciplinario que le es aplicable al agente público y si bien estos sujetos no lo son, la esencia del concepto subsiste y cada Organismo se reserva su aplicación en la órbita de su competencia.

Según la letra del Código Aduanero, el servicio aduanero podría aplicar sanciones teniendo en cuenta la índole de la falta cometida, el perjuicio ocasionado o que hubiera podido ocasionar y los antecedentes del interesado.

Al referirse a los auxiliares del comercio y del servicio aduanero, el Código Aduanero dispone la posible aplicación de las sanciones de apercibimiento, suspensión de hasta dos

años y hasta la eliminación del registro correspondiente, por las faltas que cometiesen despachantes de aduanas y agentes de transporte aduanero, entre otros sujetos.

Además, establece que serán sancionados con la suspensión en el registro correspondiente, quienes incurrieren en conducta reiterada o falta grave en el ejercicio de sus funciones como auxiliar del comercio y del servicio aduanero.

Ahora bien, salvo en el caso del apercibimiento, que consiste en un simple llamado de atención (del que debe dejarse constancia en el legajo personal del sancionado), las sanciones previstas son indudablemente graves, estudio que se plasmará más adelante como una de las problemáticas.

4.2.2. Procedimiento

A diferencia de sus antecedentes, en el Código Aduanero se ha regulado detalladamente el procedimiento del sumario disciplinario, distinguiéndolo así del de las infracciones¹⁴.

La doctrina entiende que la necesidad de sustanciar sumarios distintos se justifica por la diferencia existente entre la responsabilidad por las infracciones aduaneras y la responsabilidad por las faltas de disciplinas¹⁵. Ello, teniendo presente que respecto de una determinada conducta, puede responsabilizarse a su autor por una infracción

¹⁴ Alsina, Barreira, Basaldúa, Cotter Moine y Vidal Albarracín, *ob. cit.*, t. I, 1984, ps. 268 y ss., nota 1

¹⁵ ALSINA, Mario, BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., COTTER MOINE, Juan P., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., *Código Aduanero Comentado Tomo I (Arts. 1 a 465)*, completado y actualizado por BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., COTTER Juan Patricio (H), SUMCHESKI, Ana Laura, VIDAL ALBARRACIN, Guillermo (H) t. I, pág. 180. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

aduanera, sin que ello -necesariamente- conlleve su responsabilidad disciplinaria e, igualmente existen conductas por las cuales su autor puede responder disciplinariamente, sin que ello configure una infracción aduanera.

Es necesario recordar que la actuación de los despachantes de aduana, los agentes de transporte aduanero y sus apoderados generales está regulado en el Título II, "Auxiliares del Comercio y del Servicio Aduanero", artículos 36 a 90.

Luego de enumerarse los requisitos para su inscripción registral y sus obligaciones, se contempla a su aspecto disciplinario, señalándose que, según la índole de la falta cometida, el perjuicio ocasionado o que hubiera podido ocasionar y los antecedentes del interesado, podrán aplicarse las siguientes sanciones:

- a) Apercibimiento;
- b) Suspensión de hasta dos años;
- c) Eliminación del registro.

Dichas sanciones se aplican por inconducta reiterada o falta grave, y previa formación de sumario.

El Código Aduanero dispuso para la aplicación de las sanciones disciplinarias, que el administrador de la aduana en cuya jurisdicción se cometiese la falta, debe instruir el pertinente sumario administrativo, en el que, cumplidas las diligencias de investigación que considerare necesarias, debe correr vista al interesado por un plazo de diez días, dentro del cual este debe ejercer su defensa y

ofrecer las pruebas que hicieren a su derecho. Las pruebas deben producirse dentro de un plazo de treinta días, excepto las rechazadas, por no referirse a los hechos investigados en el sumario o invocados en la defensa o por ser inconducentes, superfluas o meramente dilatorias. Concluida la etapa probatoria, debe correrse una nueva vista al interesado por cinco días para que alegue sobre su mérito. Transcurrido el término para alegar o el fijado para la defensa del interesado, en caso de tratarse de una cuestión de puro derecho, debe elevarse las actuaciones al Administrador Nacional de Aduanas¹⁶, quien dictará resolución dentro de los veinte días¹⁷.

Es decir que el legislador concedió al imputado la oportunidad para que efectúe su descargo, produzca prueba y alegue sobre la que se hubiera producido, resguardando así, su derecho de defensa.

Asimismo, el Código Aduanero dispone¹⁸ que contra la resolución condenatoria el interesado puede interponer recurso de apelación ante el Ministerio de Economía¹⁹, dentro de los diez días de notificado. En tal recurso, que comprende el de nulidad, puede pedirse la producción de las pruebas que hubieren sido declaradas inadmisibles por la Aduana.

Una vez presentado, la Dirección General de Aduanas debe elevar las actuaciones al Ministerio de Economía dentro de los cinco días.

¹⁶ Denominación sustituida por el Director General de Aduanas (artículos 1, párrafo 3 y 4 del Decreto 618/97).

¹⁷ Conforme artículos 51, 86, 68 y 103 del Código Aduanero.

¹⁸ Arts. 54, 69, 87 y 104 del Código Aduanero.

¹⁹ Según el Dictamen 46 del Procurador del Tesoro (15-02-2000).

Este recurso tiene efecto suspensivo y la decisión que recayere no es recurrible en sede administrativa.

Vale aclarar que el efecto suspensivo dado a este recurso, constituye una innovación, ya que, hasta la sanción del Código se aplicaban las disposiciones de la LNPA (19.549), cuyo art. 12 disponía el efecto devolutivo del mismo. La solución adoptada por el Código en esta materia parece más adecuada en atención a la naturaleza sancionatoria de la medida recurrida y los perjuicios irreparables que su aplicación puede irrogar²⁰.

Cuando el Ministerio de Economía hiciera lugar a la producción de la prueba declarada inadmisibles en sede administrativa, ésta deberá producirse en el plazo de treinta días. Concluida la etapa probatoria podrá correrse vista al recurrente por cinco días para que alegue sobre su mérito. Recibido el expediente o, en su caso, transcurrido el plazo para alegar, el Ministerio de Economía debe resolver el recurso en el plazo de treinta días.

Ahora bien, contra la resolución confirmatoria dictada por el Ministerio de Economía, procede, según el Código Aduanero²¹, el recurso de apelación, al solo efecto devolutivo, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal, fundado en razones de ilegitimidad o arbitrariedad. Es decir que, no podrán invocarse razones de oportunidad, mérito o conveniencia, salvo que hubiere un ejercicio

²⁰ ALSINA, Mario, BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., COTTER MOINE, Juan P., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., *Código Aduanero Comentado Tomo I (Arts. 1 a 465)*, completado y actualizado por BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., COTTER Juan Patricio (H), SUMCHESKI, Ana Laura, VIDAL ALBARRACIN, Guillermo (H) t. I, pág. 182. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

²¹ Arts. 53, 70, 88 y 105.

irrazonable de las facultades conferidas a la Administración²².

El Ministerio de Economía o, en su caso, la Dirección General de Aduanas, debe elevar las actuaciones dentro de los cinco días, previa extracción de las copias necesarias para proceder a la inmediata ejecución de la resolución recurrida. Recibidas las actuaciones, el tribunal debe dictar la providencia de autos para resolver y, una vez consentida, dispondrá de un plazo de sesenta días para dictar sentencia.

Es en este punto del procedimiento en el que vemos un claro avasallamiento del derecho constitucional de defensa en juicio, como desarrollare a continuación. Es claro que en este punto del procedimiento el Estado no se estaría respetando el derecho fundamental de acceso a la justicia, expresamente reconocido tanto en la Constitución como en acuerdos internacionales de carácter supra legal.

También es dable destacar, en primer lugar, a pesar de tratarse de sanciones de naturaleza penal, suele aplicarse un factor de atribución de responsabilidad objetiva -es responsable con independencia de las características de su actuación personal en el caso- Así, pueden ser responsables por cualquier falta cometida por alguno de sus empleados (apoderados, dependientes o empleado sin registro habilitante ante la Aduana- artículo 48 del Código Aduanero), en tanto los hechos se relacionaren con operaciones aduaneras y aun sin perjuicio de las sanciones

²² Mc. Cormack, Mateo, "Las vías recursivas en el derecho aduanero", publicado en "Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje a los 30 años del Código Aduanero", coordinado por Juan Patricio Cotter. 1ª ed - Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

que le cupieren a estos (responsabilidad por el hecho del otro).

En segundo lugar, aparece el grave problema de la vaguedad de los hechos que, a criterio del Servicio Aduanero, pueden considerarse faltas. En efecto, reza el artículo 47 del Código Aduanero que *"Según la índole de la falta cometida, el perjuicio ocasionado o que hubiera podido ocasionarse y los antecedentes del interesado, el servicio aduanero podrá aplicar a los despachantes de aduanera las siguientes sanciones..."*

Es decir, se advierte uno de los primeros problemas que afecta a la normativa vigente, de atipicidad por falta de precisión de las conductas ilícitas que vulnera el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) y coloca al Despachante de Aduana en una notoria situación de inseguridad jurídica basa en el desconocimiento de la conducta prohibida.

Más aun, el problema se potencia desde que en ciertas ocasiones el Servicio Aduanero, frente a la imposibilidad de calificar una presunta conducta como infracción o delito, aprovecha la falta de precisión de este régimen disciplinario, que viene a funcionar como residual.

Conforme lo expuesto, correspondería disminuir esta circunstancia aplicando de manera extensiva la doctrina en virtud de la cual no debería aplicarse sanción a quienes hubieren acreditado haber cumplido todos los deberes inherentes al régimen de que se trate.

Es necesario señalar en esta instancia que, una vez transcurrido el procedimiento en la Aduana y recurrido en el ámbito del Ministerio de Economía, una vez agotada la vía administrativa, la revisión judicial de la sanción deberá promoverse mediante un recurso de apelación ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, solamente fundado en razones de ilegitimidad o de arbitrariedad, que, de concederse lo será al solo efecto devolutivo (art. 53 del Código Aduanero. Es decir, a partir del pronunciamiento emanado en el ámbito del Ministerio de Economía, aunque el mismo sea recurrido ante el Poder Judicial la sanción no suspende, sino que se aplica aun encontrándose pendiente el tratamiento de la revisión judicial que se impone en todos los actos administrativos.

Esta medida limita la revisión judicial del acto en cuanto solamente acotará la misma a las eventuales ilegalidades del procedimiento o arbitrariedad de la sanción, para lo cual deberían darse estos extremos.

Por otra parte, aunque pretenda fundarse en el principio de la ejecutoriedad del acto administrativo, también afecta al derecho de defensa del despachante en cuanto obliga a la ejecución de la sanción con anterioridad a que la Justicia se expida en el asunto.

En otra arista del punto tratado y con las mismas implicancias, la suspensión constituye un cese total de la actividad, por un lapso que puede llegar a dos años. En tal período, el sujeto sancionado no puede llevar a cabo acto alguno que implique el ejercicio de su actividad.

Además, el daño que una suspensión produce a un despachante de aduanas, agente de transporte, es relevante en cuanto no pueden operar o gestionar en nombre de sus representados, sufriendo un gran daño comercial y económico.

Más grave aún es la eliminación del sancionado del correspondiente registro, ya que implica la separación definitiva del despachante de aduana y agente de Transporte (salvo su posterior reinscripción, si resultare procedente).

En definitiva, la pérdida económica es evidente y no se puede pasar por alto de que se trata de una clara limitación del derecho constitucional de ejercer industria lícita y el trabajo, afectando así otra garantía constitucional, que se tratará en otro punto.

Por ello, la gravedad de estas sanciones implica intrínsecamente, el estricto cumplimiento por parte del Estado de dos deberes fundamentales:

- 1) el absoluto respeto del derecho fundamental de defensa en juicio, reconocido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en la Convención Americana de Derechos Humanos (también denominada Pacto de San José de Costa Rica), con rango supra legal, en nuestro país y,
- 2) la valoración ecuánime y recta de las conductas a sancionar.

El Estado (en ejercicio del poder tanto de administración como de impartir justicia) debe cumplir tales deberes durante el procedimiento mediante el cual investiga las

faltas cometidas por los sujetos nombrados y resuelve la aplicación de las sanciones detalladas *ut supra*.

Este procedimiento, como ya se mencionó, ha sido reglado por el Código Aduanero en su Sección I, Título II.

Como bien menciona destacada doctrina, la necesidad de sustanciar sumarios distintos se justifica por la diferencia existente entre la responsabilidad por las infracciones aduaneras y la responsabilidad por las faltas disciplinarias. Ello, teniendo en cuenta que, en relación a una determinada conducta, puede responsabilizarse a su autor por una infracción aduanera, sin que ello -necesariamente- conlleve su responsabilidad disciplinaria e, igualmente, existen conductas por las cuales su autor puede responder disciplinariamente, sin que se configure una infracción aduanera.

En este sentido, el Código Aduanero dispuso para la aplicación de las sanciones disciplinarias, que el administrador de la aduana en cuya jurisdicción se cometiese la falta, debe instruir el pertinente sumario administrativo, en el que, cumplidas las diligencias de investigación que considerare necesarias, debe correr vista al interesado por un plazo de diez días, dentro del cual este debe ejercer su defensa y ofrecer las pruebas que hicieren a su derecho. Las pruebas deben producirse dentro de un plazo de treinta días, excepto las rechazadas, por no referirse a los hechos investigados en el sumario o invocados en la defensa o por ser inconducentes, superfluas o meramente dilatorias. Concluida la etapa probatoria, debe correrse una nueva vista al interesado por cinco días para

que alegue sobre su mérito. Transcurrido el término para alegar o el fijado para la defensa del interesado, en caso de tratarse de una cuestión de puro derecho, debe elevarse las actuaciones al Administrador Nacional de Aduanas²³, quien dictará resolución dentro de los veinte días²⁴.

Es decir que el legislador concedió al imputado la oportunidad para que efectúe su descargo, produzca prueba y alegue sobre la que se hubiera producido, resguardando así, su derecho de defensa.

Asimismo, el Código Aduanero dispone que contra la resolución condenatoria el interesado puede interponer recurso de apelación ante el Ministerio de Economía²⁵, dentro de los diez días de notificado. En tal recurso, que comprende el de nulidad, puede pedirse la producción de las pruebas que hubieren sido declaradas inadmisibles por la Aduana.

Una vez presentado, la Dirección General de Aduanas debe elevar las actuaciones al Ministerio de Economía dentro de los cinco días.

Este recurso tiene efecto suspensivo y la decisión que recayere no es recurrible en sede administrativa.

Vale aclarar que el efecto suspensivo dado a este recurso, constituye una innovación, ya que, hasta la sanción del Código se aplicaban las disposiciones de la LNPA (Ley N° 19.549), cuyo art. 12 disponía el efecto devolutivo del

²³ Denominación sustituida por Director General de Aduanas (arts. 1, párrs. 3 y 4, y 4 del decreto 618/97).

²⁴ Arts. 51, 86, 68 y 103 del Código Aduanero.

²⁵ Según el Dictamen 46 del Procurador del Tesoro (15-02-2000).

mismo. La solución adoptada por el Código en esta materia parece más adecuada en atención a la naturaleza sancionatoria de la medida recurrida y los perjuicios irreparables que su aplicación puede irrogar²⁶.

Cuando el Ministerio de Economía hiciera lugar a la producción de la prueba declarada inadmisibile en sede administrativa, ésta deberá producirse en el plazo de treinta días. Concluida la etapa probatoria podrá correrse vista al recurrente por cinco días para que alegue sobre su mérito. Recibido el expediente o, en su caso, transcurrido el plazo para alegar, el Ministerio de Economía debe resolver el recurso en el plazo de treinta días.

Ahora bien, contra la resolución confirmatoria dictada por el Ministerio de Economía, procede, según el Código Aduanero¹⁵, el recurso de apelación, al solo efecto devolutivo, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal, fundado en razones de ilegitimidad o arbitrariedad. Es decir que, no podrán invocarse razones de oportunidad, mérito o conveniencia, salvo que hubiere un ejercicio irrazonable de las facultades conferidas a la Administración²⁷.

El Ministerio de Economía o, en su caso, la Dirección General de Aduanas, debe elevar las actuaciones dentro de

²⁶ ALSINA, Mario, BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., COTTER MOINE, Juan P., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., *Código Aduanero Comentado Tomo I (Arts. 1 a 465)*, completado y actualizado por BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., COTTER Juan Patricio (H), SUMCHESKI, Ana Laura, VIDAL ALBARRACIN, Guillermo (H) t. I, pág. 182. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

²⁷ Mc. Cormack, Mateo, "Las vías recursivas en el derecho aduanero", publicado en "Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje a los 30 años del Código Aduanero", coordinado por Juan Patricio Cotter. 1ª ed - Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

los cinco días, previa extracción de las copias necesarias para proceder a la inmediata ejecución de la resolución recurrida. Recibidas las actuaciones, el tribunal debe dictar la providencia de autos para resolver y, una vez consentida, dispondrá de un plazo de sesenta días para dictar sentencia.

Es en este punto del procedimiento en el que vemos un claro avasallamiento del derecho constitucional de defensa en juicio, como desarrollare a continuación. Es claro que en este punto del procedimiento el Estado no respetaría el derecho fundamental de acceso a la justicia, expresamente reconocido tanto en la Constitución como en acuerdos internacionales de carácter supra legal.

Al respecto, BARTOMIOLINI²⁸, cuestiona este cercenamiento del derecho de defensa al no concederse el recurso con efecto suspensivo que permita la revisión judicial de la sanción que se le pretende antes que efectivamente le sea impuesta.

Cabe concluir que la **aplicación de medidas disciplinarias** pueden ser:

²⁸ BARTOMIOLI Lorena, "La sanción disciplinaria no sólo es un acto de naturaleza doméstica", Revista Comercio Exterior del Centro de Despachante de Aduana n° 849 de octubre de 2008. Recoge el comentario al art. 52 del Código Aduanero y señala las faltas disciplinarias son de naturaleza penal por lo que deben estar rodeadas de todas las garantías, máxime cuando los actos de inconducta son imprecisos y sujetos a la discrecionalidad del instructor. Así, sobre la base de principios consagrados en Tratados Internacionales que recogen la garantía de un juez independiente e imparcial, estima que la privación de una revisión antes de la aplicación de la medida es violatorio al debido proceso y la presunción de inocencia y por ende inconstitucionalidad.

Es idéntico sentido se pronuncia Fernando CAMAUER en su artículo Revisión de sanciones a despachantes de aduana" Revista Comercio Exterior del CDA n° 846 de abril de 2008.

1) Con sumario-----> Apercibimiento.

Suspensión Registral

Eliminación Registral

2) Automática-----> Artículo 44 y 61, apartado 1

del Código Aduanero

4.3. La responsabilidad del Despachante de Aduana.

Las Aduanas implementan procesos de evaluación de riesgo, pero sin perder de vista la facilitación del comercio. Esta facilitación, requiere, entre otras cosas, la interacción y cooperación constante entre los operadores y las Aduanas y por supuesto delimitar las responsabilidades de los sujetos intervinientes.

En ese contexto los despachantes de aduana serán sancionados con la suspensión en el registro respectivo si incurrieren en inconductas reiteradas o falta grave en el ejercicio de sus funciones como auxiliarles del comercio o del servicio aduanero. En el caso de reiteración de las inconductas anteriormente sancionadas o de una falta grave en el ejercicio de sus funciones que hiciera su permanencia incompatible con la seguridad del servicio aduanero, serán eliminados del registro respectivo.

Ahora bien, el despachante tiene responsabilidad o por actos propios, cuando incumple un deber inherente al régimen de destino, operación o situación. Asimismo puede ser alcanzado por no controlar la conducta de un

dependiente, y no obstante ello, requiere un mínimo de reproche personal por no haber vigilado a su empleador.

Por lo tanto, el despachante tiene una porción de responsabilidad personal y autónoma, pues emerge de su falta de cuidado sobre los que están a su cargo.

4.3.1. Responsabilidad tributaria.

Este ámbito de responsabilidad de los Despachantes de Aduana se encuentra regulado en los artículos 777, 779 y 781 del Código Aduanero.

En casi la totalidad de los supuestos de su intervención profesional, el despachante lo hace en representación, por cuenta y orden de su cliente, importador/ exportador. Vale decir que la naturaleza jurídica de la relación es de mandato, ya sea mediando poder general, poder especial, o endoso del conocimiento en procuración de la tramitación del despacho (art. 36 y 38 del Código Aduanero), por lo que todos los efectos de los actos que realice dentro de los límites del mandato recaerán en cabeza de su mandante importador/ exportador. En estos supuestos es claro que quien realiza el hecho gravado no es profesional, sino su cliente, razón por la cual en ninguno de estos supuestos- que, como se dijo, implican casi la totalidad de las formas en que normalmente actúa el despachante- el profesional podrá ser pasible de responsabilidad tributaria.

Es un tema interesante que el despachante de aduana debe tener presente a la hora de considerar el alcance de sus responsabilidades dentro del ejercicio de su profesión.

4.4. La responsabilidad del Agente de Transporte.

El agente aduanero se encuentra comprendido en distintos procedimientos operativos respecto a su función ante el servicio aduanero. En ellos se toman en cuenta con rigor los aspectos declarativos de su gestión, por medio de los distintos documentos que van a generar en la operativa y que comprometen su responsabilidad, en relación con las diversas circunstancias de hecho que se vayan produciendo en la secuencia de las operaciones en las que interviene y se encuentran estipuladas en el Código Aduanero (mayormente en el capítulo III y V).

La responsabilidad de este sujeto estará determinada por el alcance del desarrollo de su actividad y por las infracciones que establece el plexo normativo y el análisis integrado por las cuestiones de hecho y los casos relevantes de la jurisprudencia.

Como ya se vio y a fin de establecer requisitos y funciones se detalla:

El agente de transporte aduanero es un auxiliar del servicio aduanero, es decir una persona de existencia visible o ideal que actúa en representación de los transportistas en la gestión relativa a la presentación del medio de transporte y sus cargas ante la Aduana.

Debe encontrarse inscripto ante el Registro de Agentes de Transporte Aduanero. Para ello, como persona de existencia visible, tendrá que reunir determinados requisitos, es decir, ser mayor de edad, tener capacidad para ejercer el comercio por sí mismo y, por tratarse de un auxiliar del

comercio, estar inscripto como comerciante en el Registro Público de Comercio. Además, deber haber aprobado los estudios secundarios y los exámenes requeridos por la Aduana, para luego acceder a la inscripción en el registro respectivo. Podrá hacerse representar por apoderados generales que únicamente serán personas de existencia visible.

A los efectos de responder por futuras responsabilidades de su accionar, debe acreditar solvencia a favor de la Dirección Nacional de Aduanas conforme lo determine la reglamentación.

Las personas de existencia ideal también deben encontrarse inscriptas en el Registro Público de Comercio y presentar sus contratos sociales.

La solicitud de inscripción se presentará ante la Aduana en cuya jurisdicción ejercerán su actividad. La Aduana interviniente eleva tal solicitud a la Dirección General de Aduanas, la que dispondrá resolución admitiendo o denegando su inscripción dentro de los treinta días desde su recepción.

Se podrá interponer recurso ante la Secretaría de Hacienda por denegatoria de la Dirección General de Aduanas o ante silencio de aquellas por el plazo indicado.

Confirmada la denegatoria por la Secretaria de Hacienda o por silencio por igual plazo, se puede promover acción ordinaria en sede judicial.

Por su actividad, el agente de transporte aduanero se ubica en los extremos de la operativa aduanera en importación y exportación de mercaderías, según sea al tiempo del arribo o de egreso de ellas en los territorios aduanero.

Su labor consiste en la declaración de las cargas y de los medios de transporte ante la Aduana iniciando entonces el proceso de información de la mercadería en importación y exportación aportando el último dato de egreso.

Otra de las labores que realiza el agente de transporte aduanero se refiere a la operativa relativa a los contenedores que representan el mayor volumen de movimiento de las cargas, dada la facilidad de su manipulación y la posibilidad de combinar las cargas de varios importadores y exportadores, como brindar acondicionamientos específicos a las cargas, como sería el caso de los contenedores reefer, con ventilación, etc.

Su responsabilidad frente a la Aduana le permite, trasladar las mercaderías entre diferentes aduanas realizando el transporte entre distintas provincias o, incluso, utilizando el territorio aduanero como espacio de tránsito de aquellas entre dos países.

En el caso de la importación, su responsabilidad es por la presentación de la documentación ante la Aduana, de acuerdo a las formalidades y los trámites establecidos por la reglamentación; caso contrario, la Aduana no permitirá la operación de descarga de la mercadería.

No solo debe declarar la carga con destino al lugar de arribo, sino también presentar la declaración del rancho y

la pacotilla en el caso del arribo por vía acuática y la declaración detallada de las provisiones de a bordo y demás suministros en el caso del arribo por vía aérea, que todo medio de transporte debe tener a bordo para su presentación ante el servicio aduanero.

En el caso del rancho, provisiones de abordaje y suministros del medio de transporte, se debe declarar toda aquella mercadería que se encontrare a bordo destinada a su consumo o uso y de su tripulación, mientras que la pacotilla son todos los efectos nuevos o usados que un tripulante utilice, tanto para su uso o consumo personal como para ser obsequiados.

Debe poner a disposición del servicio aduanero los documentos de transporte que amparen la mercadería, tales como los conocimientos de embarque en el caso de la vía acuática, guías internacionales por vía terrestre, como las cartas de porte por carretera o rodoviarias, y las guías aéreas en el caso de la vía aérea.

La actividad del agente de transporte aduanero se encuentra altamente informatizada por la incorporación del sistema Informático María, hoy Malvinas, que permite el registro y control de las diversas operaciones aduaneras.

Bajo este sistema ingresan sus declaraciones sumarias desde sus propias terminales o de uso público, y concurren con los ejemplares impresos para su presentación ante el servicio aduanero en operaciones tales como la descarga, desconsolidación, trasbordo, tránsito y justificaciones de faltantes y sobrantes.

Así el estudio seguiría respecto a todos los supuestos que establece la normativa y en los que interviene el agente de transporte aduanero por lo que todo ello, es lo que conlleva conocer la actividad para evitar conductas que pueden encuadrarse en el marco de un sumario disciplinario.

Además no hay que dejar de lado las cuestiones a dirimir respecto de la responsabilidad del agente de transporte aduanero en su gestión aduanera, en lo que comprende los aspectos declarativos y documentación comprometida a tal efecto en relación con las distintas situaciones que generan sus operaciones y que producen hechos que puedan comprometer su responsabilidad, tanto en el ámbito tributario como en el infraccional.

4.4.1. Responsabilidad derivada (tributaria).

La responsabilidad tributaria del agente de transporte puede surgir por hechos propios o ajenos cuando la ley así lo determine.

Por el artículo 909 del Código Aduanero, en toda infracción aduanera cometida por el transportista o por las personas por las cuales él debiere responder, el servicio aduanero puede dirigir la acción respectiva contra el agente de transporte aduanero que lo represente, sin perjuicio de las acciones por resarcimiento que pudieran corresponder a este último respecto del primero.

Justifica esta disposición, como otras similares, que nace de la necesidad del Fisco sobre su cobro, siendo que el agente es un profesional autorizado a ejercer su labor por la institución, a los que en virtud del apartado 1 del inc.

F) del artículo 61, pueden ser suspendidos en su registro sin más trámite hasta que no abonen lo adeudado.

Además de ello, debemos tener en cuenta que el transportista puede tratarse de una persona física o jurídica extranjera, y en consecuencia este crédito resultaría en principio incobrable, o de marcada dificultad para hacerlo efectivo, dificultades éstas que se soslayan al hacer solidariamente responsable al agente de transporte.

La solidaridad invocada significativa que ambos son deudores conjuntos por el total, y cualquiera de ambos que cumplimente la deuda, desligará al otro de esa obligación. En los casos que abone uno de ellos su parte proporcional, de cualquier forma seguirá siendo deudor por la diferencia.

Cuando el agente de transporte aduanero fuere una persona de existencia ideal según el artículo 909 in fine del Código Aduanero, no se le aplica lo dispuesto en el artículo 904 del mismo cuerpo legal, respecto de la responsabilidad solidaria de los directores, administradores y socios ilimitadamente responsables por el pago de penas pecuniarias que se hubiesen impuesto a la primera y no hubieren sido satisfechas.

El agente de transporte aduanero también responde por hechos de otros en el caso de sus apoderados generales, dependientes u otros empleados (artículo 65, Cód. Aduanero), tanto unos como otros actúan en operaciones aduaneras y bajo las órdenes del principal. De ello es consecuencia la misma, en tanto que pudiéndose demostrar la

actuación por cuenta propia de los citados, se declinará la responsabilidad del principal y será asumida por su autor directo.

La Aduana condenó por diferencia en el pesaje de mercadería por responsabilidad indirecta del artículo 909 del código Aduanero. Por tratarse de responsabilidad indirecta se consideró que el hecho debía ser objeto de una apreciación menos rigurosa. Por aplicación del artículo 904 del Código Aduanero si el agente de transporte aduanero fuere una persona de existencia ideal no se extenderá la responsabilidad por el pago de penas pecuniarias a sus directores, administradores o socios ilimitadamente responsables (TFN, Sala E., 30/11/07, "Agencia Marítima Bristol S.R.L. c/ DGA").

-v-

SUMARIO DISCIPLINARIO: Iniciación, desarrollo, etapas y finalización.

INICIACIÓN: La admisibilidad de la instrucción de un sumario requiere que a título de hipótesis se afirme la existencia de un hecho que puede configurar una falta disciplinaria, es decir, un acto ilícito disciplinario²⁹.

Ello es así, en razón de que el sumario tiene por finalidad investigar hechos de los cuales pueda derivar responsabilidad disciplinaria para los investigados (para los agentes públicos- cfr. Art 3º, párr. 1º, Reglamento de Investigación Administrativa, Decreto 467/99; art 1º, R.I.,

²⁹ D'ALBORA, Francisco J., "La Procuración del Tesoro y el procedimiento administrativo disciplinario", RPTN, n° 19, p. 27.

Decreto 1798/80- y articulado aplicable del Código Aduanero a los auxiliares de comercio y servicio aduanero).

El objeto de un sumario consiste en esclarecer irregularidades (Dictámenes de la PROCURACIÓN DEL TESORO, 159:563 y 579).

Su instrucción está orientada a cubrir una necesidad práctica como es la de dilucidar supuestos ilícitos disciplinarios.

Por lo tanto será necesario un supuesto de hecho con cierta relevancia disciplinaria, es decir un acto u omisión (conducta o acción humana exterior) presuntamente atribuido al sujeto sometido a investigación.

Tal es así que no resulta razonable abrir un sumario a fin de averiguar una conducta que, en definitiva, no resulta susceptible de reproche alguno (Dictámenes PTN, 127:431).

Teniendo en cuenta los sujetos que estudiamos, el sumario se promoverá de oficio o por denuncia.

Sin embargo, el acto de iniciación del sumario disciplinario, el acto promotor en sí, resulta ser la orden dictada por la autoridad competente. En caso de los aduaneros será dispuesta por la autoridad superior o por aquellas en la que está delegada esa facultad y en los despachantes de aduana y agente de transporte aduanero, será el Juez Administrativo competente.

Además en el primer supuesto se requerirá dictamen previo del servicio jurídico permanente y del segundo, la vista

conferida a la parte en el término que establece la normativa aplicable.

En ambos casos la orden del sumario deberá indicar las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución del hecho u omisión objeto de investigación.

Este requisito comprende el llamado "elemento objetivo material, el cual consiste en la relación del hecho, con las circunstancias de lugar, tiempo, y modo de ejecución, en la medida de lo posible, pues sólo así se posibilita su investigación y su comprobación.

Cabe destacar que tal imposición resulta razonable pues iniciación de un sumario puede generar por sí inconvenientes a quien resulta sujeto pasivo de las imputaciones.

DESARROLLO: En la sustanciación del sumario disciplinario se pueden distinguir primordialmente dos etapas: 1) la de investigación y 2) la de contradicción.

La investigación será acorde a practicar todas averiguaciones y tramitaciones conducentes al esclarecimiento del hecho investigado y pruebas.

La contradicción es la vista que se confiere al sumariado de las actuaciones, para que pueda formular su descargo y ofrecer prueba.

Es necesario aclarar que si se encuentra vinculado a un funcionario público, según los casos pueden tener intervención la Sindicatura General de la Nación, la

Fiscalía de Investigaciones Administrativas y la Oficina Anticorrupción (Art. 109, 116, R.I.A. Dec. 467/99 y art 4°, Dec. 102/99)

Esta etapa, estrictamente, finaliza cuando el superior del instructor, es decir el titular de la Oficina de sumarios (art. 128, R.I.A., Dec. 464/99).

La sustanciación del sumario administrativo disciplinario se halla a cargo de un órgano predispuesto e independiente el instructor-, quien tiene, entre otros deberes, la dirección e impulso oficioso del procedimiento en ambas etapas, pero con diferencias: en la etapa de investigación goza de amplias facultades en orden al esclarecimiento del hecho, mientras que en la etapa contradictoria el impulso oficioso se ciñe a los actos de procedimientos imprescindibles (dar vista, proveer la prueba y practicarla, emitir informe, correr nueva vista, elevar el expediente al superior) para que el sumario disciplinario pueda llevar a su culminación con el dictado del acto conclusivo (art. 6°, 10, 15 y concordantes del R.I.A., Dec 467/99). Su opinión no es vinculante para el órgano decisor al momento de resolver.

Conforme el artículo 61, 63, 66, R.I.A, Dec. 467/99 se establece la oportunidad en que se le recibirá declaración al sumariado, quien puede o no comparecer y de concurrir abstenerse de declarar.

El momento de presentar el descargo y ofrecer "las medidas de prueba que estime oportunas", aun cuando el instructor en su requisitoria propicie la exención de responsabilidad.

Cabe destacar, que el llamado a prestar declaración en calidad de sumariado es una forma esencial del procedimiento y su omisión (su no convocatoria) afecta a los actos que tienen a dicha vinculación como presupuesto: la requisitoria, el descargo y la resolución conclusiva. En otras palabras, para poder expedirse sobre la responsabilidad disciplinaria del agente, es preciso que éste hubiera sido vinculado al sumario.

Asimismo, es un trámite esencial o una forma sustancial del procedimiento la vista que permite al sumariado, ante la requisitoria del instructor, proveer a su defensa y ofrecer prueba, por lo cual su omisión provoca a su defensa y ofrecer prueba, por lo cual su omisión provoca una nulidad absoluta.

Conforme el artículo 29 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional establece:

El personal comprendido en el ámbito de aplicación del presente régimen tienen derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del artículo 11 inciso f) de la ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo) o la que la sustituya.

Con ello se hace referencia las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que se analizaran más adelante (v. en tal sentido punto VIII).

No se puede dejar de lado que la ley que regula la relación de empleo público, establece la medida de los títulos y de las prestaciones respectivas, entre la Administración Pública y el agente público. Establece deberes (u

obligaciones) y prohibiciones, también fija cuales hechos u omisiones configuran faltas disciplinarias, como las sanciones disciplinarias.

La falta disciplinaria cometida originará, para el agente un título de merecimiento negativo y su responsabilidad se concreta en el deber jurídico de afrontar la sanción disciplinaria una vez impuesta.

El agente podrá reclamar que la sanción sea justa, que guarde proporción con la falta cometida; en este caso, lo suyo para el agente infractor importará una pérdida: desde la privación de sus haberes (suspensión) hasta la extinción o conclusión de la relación de empleo público (cesantía o exoneración)

La Administración y el agente deben pretender que se determine lo justo mediante un procedimiento que trámite del modo más rápido posible para determinar lo que e injusto, ante la falta cometida; pero esto indudablemente deviene imposible con la plazo de seis meses, por ellos resulta claramente inconstitucional.

Las disposiciones que regulan la sustanciación del sumario disciplinario han previsto que su desarrollo se efectúe a través de un conjunto de actos recíprocamente coordinados, que se integran con una serie de etapas, a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a que la autoridad administrativa competente se encuentre en condiciones de resolver sobre la existencia o no de una falta disciplinaria.

Por ello, practicadas las averiguaciones y tramitaciones conducente al esclarecimiento del hecho investigado, diligencias, las medidas de prueba...el instructor procederá a dar por terminada las actuaciones en lo relacionado con la investigación, disponiendo la clausura de la misma. Producida la prueba ofrecida por el sumariado y en su caso pro la Fiscalía (también la Oficina Anticorrupción), el instructor previa resolución definitiva de la clausura de las actuaciones, emitirá un nuevo informe, con lo cual se cierra el período o procedimiento probatorio de dicha etapa.

Respecto a las impugnaciones que durante su desarrollo puedan deducirse, el Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por el Dec. 467/99, ha previsto en que supuestos podrá interponerse recursos (art. 11, R.I.A. Dec. 467/99, que comprende a una posible impugnación de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, por consiguiente, durante la sustanciación del sumario disciplinario los recursos previstos en el Reglamento de Procedimientos Administrativos -dc. 1759/17, t.o. 1991-, no resultan operativos, y no proceden contra las providencias dictadas por el instructor. Ello resulta razonable de lo contrario se entorpecería su sustanciación dirigida a posibilitar el ejercicio de la potestad disciplinaria, con medios impugnativos ajenos a los expresamente previsto.

La situación se modifica a partir del dictado del acto conclusivo, pues contra él se pueden deducir los recursos administrativos previsto en el RPA -Dec. 1759/72, t.o. 1991- y en el R.I.A. Dec. 467/99 - art.124 a 126).

FINALIZACIÓN: El propósito de esta etapa es reunir los elementos de prueba que permiten al instructor (sumariante) emitir opinión sobre la existencia de los hechos y de sus posibles responsables, se busca establecer la verdad de los hechos.

Como toda actuación administrativa su forma es la escrita (debe volarse por escrito) y son diversas las disposiciones sobre la formación, compaginación del expediente, la incorporación y realización de pruebas, como el dictado de providencias. También se da la denominada oralidad actuada que comprende, ente otras, la recepción de las diversas declaraciones (la de los imputados y sumariados; de los testigos), la recepción de la denuncia verbal.

En esta etapa "no se admitirán en él debates ni defensas, salvo la solicitud de medidas de prueba" (art. 46, R.I.A., Dec. 467/99, entre otros).

El sumariado podrá proponer diligencias probatorias, pero es facultativo del instructor disponer su realización, pues el sumariante, en ejercicio de facultades discrecionales, decide sobre su pertinencia sin perjuicio de que tales diligencias sean planteables, en la etapa contradictoria, en la oportunidad prevista por el art. 111 del R.I.A.

La denegatoria de las medidas solicitadas no resulta recurrible, pues, en este momento, no se admiten debates ni defensas, recién se ha previsto un recurso en la etapa contradictoria (art. 113, párrafo 2°, R.I.A. Dec. 467/99).

Garantías constitucionales en juego

6.1. La garantía más relevante en el Empleo Público y su estabilidad:

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional, garantiza "la estabilidad del empleo público".

En cuanto a éste y otros derechos, la Corte Suprema ha decidido:

La constitución no consagra derechos absolutos, insusceptibles de razonable reglamentación. Así consagra, por lo demás el artículo 14 de acuerdo con el cual "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (Fallos, 199:149 y 483; 200:450 y otros). (Fallos, 249:252, consid. 2°, 1961).

En el Dictamen 139:337 (1976), la Procuración del Tesoro ha sostenido la vigencia en el derecho disciplinario del principio nulla poena sine previa lege; en esa oportunidad se dijo que en el campo del derecho administrativo, son mayoría los autores que sustentan tal principio, y "...afirman el insoslayable respecto a la garantía constitucionales reconocida por el artículo 18, en cuanto exige que toda sanción represiva esté predeterminada en la ley, aun cuando reconocen la necesidad de una razonable discrecionalidad, tanto en la gradación de la sanción como en el carácter abierto de los tipos que describen las conductas ilícitas...(cfr. Cap. VII).

Por ello, ante la ausencia o inexistencia de una norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica,

cualquier sanción que se les impusiera resultaría violatoria del principio de legalidad consagrado por el art. 18, C.N.

6.2. La garantía de defensa en juicio y debido proceso

Conforme el artículo 29 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional establece:

El personal comprendido en el ámbito de aplicación del presente régimen tienen derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del artículo 11 inciso f) de la ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo) o la que la sustituya.

Con ello se hace referencia las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional).

La garantía de la defensa en juicio, consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, como ha dicho la Corte Suprema: "...requiere indispensablemente- y en cualquier clase de juicio- que se oiga al acusado y, además que se le dé alguna oportunidad para producir la prueba de descargo de que quiera valerse (Fallos, 243:201 y sus citas 248:85; 247:419, entre otros)

Las garantías constituciones del debido proceso y de la defensa en juicio, no se circunscriben al proceso judicial, si no que se extienden necesariamente al procedimiento administrativo disciplinario, por ser la vía instrumental (medio) para poder imponer las sanciones disciplinarias,

entre las que se encuentran las expulsivas (cesantía y exoneración).

La Corte Suprema en Fallos, 295:726 (docente universitario separado del cargo de Profesor Titular), sostuvo que el debido proceso exige la oportunidad de audiencia y prueba, extremos que no satisface el exiguo plazo de 24 horas acordado al recurrente, toda vez que no es dable pensar que éste puede preparar en ese término el descargo y el ofrecimiento de prueba que intentare valerse. Además recordó que la garantía de la defensa no es exclusiva de una rama particular del derecho, sino un principio aplicable también a los supuestos en que la administración impone sanciones de separación del cargo de un profesor universitario.

Reiteradamente el máximo tribunal ha señalado que las formas sustanciales de la garantía de la defensa, deben ser observadas en toda clase de juicios, sin que corresponda diferenciar causas criminales, los juicios especiales o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos (Fallos, 312:1042, 1989 y sus citas; ED 134-445, f. 41817).

Además, la Corte Suprema, en Fallos, 324:3593 (2001) expresó: Las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria, para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere

conducentes a su descargo (conf. Fallos, 308:191 y 316:2043- se trató de un sumario administrativo disciplinaria de un agente de Aduanas).

Tales garantías se encuentran aseguradas:

R.I.A. Dec 467/99, el que establece los momentos en que se efectivizarán durante el desarrollo del sumario disciplinario, además el acto conclusivo tiene que constituir una decisión fundada -motivada- y fundada (conforme art. 7° Ley N° 19.549).

6.3. Nos bis ídem

Este principio es propio del derecho penal. Su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción. Por otra parte es un principio Procesal en cuya virtud un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos, es decir, dos procesos con el mismo objeto.

Su origen se remonta en el Derecho Romano clásico, concretamente en la institución "iudicium legitimum", único régimen procesal en el que la sentencia otorgada tenía valor de cosa juzgada. En dicho iudicium, en el inicio del procedimiento Formulario se encuentra plasmado positivamente el principio "non bis in ídem". De origen civilista tiene su pleno desarrollo en el Derecho Penal, donde se prohíbe el ulterior enjuiciamiento por un hecho decidido ya en sentencia".

Las diversas situaciones pueden ser agrupadas de la siguiente forma: a) faltas disciplinarias que concurren o

están en relación con delitos que sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos; b) falta disciplinaria y delito común relacionado con el servicio o que cause daño a la Administración o administrados. c) faltas disciplinarias, d) delitos comunes. De la clasificación dada, sólo en los casos a) y b) se plantea la problemática en relación con el doble castigo.³⁰

Respecto a la primera, si un mismo hecho se encuentra tipificado como falta disciplinaria y además como delito que únicamente puede ser cometido por funcionarios públicos, en orden de exclusión del doble castigo por el mismo hecho, pueden sostenerse posturas distintas.

Respecto a que un mismo hecho sea constitutivo de delito común y además este tipificado como falta por la normativa disciplinaria, la situación en aras a evitar un doble castigo, se presenta de distinta forma. Es de destacar que como ya acotáramos existen diferencias de tipo cualitativo entre los ilícitos por cuanto uno (el disciplinario) tiende a proteger la organización administrativa y el otro (penal) se dirige única y exclusivamente a preservar el servicio que la sociedad tiene derecho a exigir de la Administración pública. A pesar de esta distinción, el ataque a uno conlleva al ataque a otro, aunque la titularidad de los bienes jurídicos sea diferente: la sociedad en el caso del delito de funcionarios y la administración en las faltas disciplinarias.

En estos casos, según la más elevada doctrina, el injusto penal comprende normalmente al administrativo por lo que se

³⁰ Sanciones administrativas. López Agüero, Victoriana Facultad de Derecho, Cs. Sociales y Políticas - UNNE.

produce un concurso de leyes (un hecho parece infringir varios ilícitos pero en realidad sólo viola uno) debiéndose resolver aplicando el principio de consunción por el que la sanción superior, esto es , la penal, absorbe (consume) a la inferior, aquí la administrativa.-Esta solución no puede ser aplicada sin embargo, en los supuestos en que la sanción disciplinaria a imponer sea la separación del servicio(de carácter perpetuo) pues siempre será superior a la pena tipificada en el Código Penal (en donde todos los castigos son de carácter temporal).

Respectos a las faltas muy graves que concurren con un ilícito penal específico de funcionarios, podría aplicarse la misma solución siempre que la sanción disciplinaria que le correspondería sea la suspensión de funciones o traslado con cambio de residencia, pues su gravedad es siempre menor que la prevista en el Código penal. Si es aplicada la separación del servicio, dicha solución nos llevaría como consecuencia la exclusión del castigo penal, circunstancias que dada la irreparabilidad de la medida disciplinaria, enfrentaríamos lo contrario al principio de consunción, explicado.

Analizando un supuesto y aplicando esta garantía, se produce cuando una falta disciplinaria, "sea medio necesario para cometer un delito", ejemplo: el funcionario para robar en las dependencias administrativas rompe la puerta de los servicios. Existe concurso medial de infracciones por los daños causados- falta grave- es medio necesario para producir el delito de robo debiendo ser castigado una única vez de forma agravada. Cualquiera sea la situación de la doble sanción pasa por tener presente el

bien jurídico protegido en cada caso, adoptando algunas de las técnicas elaboradas por el derecho penal, circunstancia que en algunos cambios del Derecho Administrativo Sancionador está siendo progresivamente incorporada por la Jurisdicción contencioso- administrativo.

Es de destacar también que puede evitarse la acumulación de sanciones por la comisión de un único hecho que ataca a dos normativas (penal-administrativa). En ese sentido destaca la consideración del Derecho penal como "última ratio" y el respeto a su carácter fragmentario.

Así vemos que el Derecho penal sólo debe intervenir para proteger bienes jurídicos cuando "se revelan como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción o tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho disciplinario de los funcionarios públicos predicando que no deben sancionarse "todas las conductas lesivas de los bienes que protege sino las modalidades de ataque más peligrosas para ellos". Aplicando los principios mencionados al problema de la imposición del doble castigo por la comisión de un mismo hecho se comprueba rápidamente su utilidad en un campo reducido. El de las conductas calificadas por el Derecho Disciplinario como falta leve. Es así por cuanto en la generalidad de ocasiones a pesar de lo apuntado por la doctrina cuantitativa, las sanciones a imponer por el Derecho disciplinario son más graves que las previstas en el Código Penal. De este modo un funcionario en el ejercicio de sus tareas y debido a un estado de excitación nerviosa, actúa en forma incorrecta con un administrado -conducta calificada como falta leve en cualquier régimen

disciplinario- debería serle aplicada la sanción prevista por la legislación disciplinaria, desplazando la posible intervención del orden penal y evitando iniciar, por ejemplo, un procedimiento por injurias. Así por esa acción de carácter leve, se conseguiría que no fuera sancionada doblemente y de manera desproporcionada.

Non bis ídem procesal externo: dicho principio impone que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, prohibiendo la dualidad de procedimientos sancionadores (penal administrativo). Afirmación que plantea las relaciones entre proceso penal y proceso administrativo sancionador y si la autoridad administrativa debe ser subordinada por la resolución del juez penal.

Cuestiones que se presenta: a.- Imposibilidad de discrepancias en el relato fáctico entre el juez penal y la Administración sancionadora: El principio "non bis in ídem" determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero a su vez conduce a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, en cada uno de ellos se produce un enjuiciamiento y una calificación jurídica, ambos se hagan con independencia, si resulta de la aplicación de normativas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. b) la subordinación de la Administración a la autoridad judicial. Los límites de la potestad sancionadora encuentra en la constitución nacional, art. 18, y en la decisión judicial. La subordinación de los actos de la

administración a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya que resolver a favor de la primera. De esta premisa derivan las siguientes consecuencias:

a- El necesario control por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta común según el Código Penal o las leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya expedido sobre ellos. c) la necesidad de respetar la cosa juzgada, añadiendo finalmente que esa subordinación exige que la Administración tenga presente y asuma el planteamiento fáctico de los tribunales hayan realizado con anterioridad.

Esa doctrina jurisprudencial vincula a todos los jueces y Tribunales, impone en todos los casos la subordinación de la actuación administrativa al desarrollo del proceso penal, por lo que un mismo hecho puede ser constitutivo de delito o falta penal y de infracción administrativa, además de existir la obligación por las autoridades administrativas de comunicar al juez penal competente tales hechos en el momento que tengan conocimiento de ellos, impone la paralización del procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre el tema, con la consecuencia que si la sentencia penal declara que los imputados no ha existido o bien que el expediente no ha participado en los mismos, dicha

afirmación vincula por completo a la Administración pública.

Para asegurar la aplicación debe darse el concepto de identidad, de la triple identidad: identidad de persona (ídem personam) identidad de objeto (ídem re) e identidad de causa de persecución (ídem causa petendi). Si alguna de ellas falta, no regirá el principio.

La exigencia de identidad de persona significa que esta garantía solo puede invocarla la misma persona física que ya fuera objeto de una primera persecución, cuando se pretenda perseguirla de nuevo por el mismo hecho.

El requisito del "ídem re" se refiere a la identidad entre el contenido fáctico de la primera persecución penal con el de la nueva (sucesiva o simultánea); o sea la identidad sustancial de la acción u omisiones humanas hipotéticas atribuidas desde una perspectiva naturalista, y no por su diferente repercusión jurídico penal. Si esta identidad fáctica esencial existe, rige el principio aun cuando en la posterior persecución se afirman nuevas circunstancias, o un modo diferente de participación, o se pretenda una calificación legal distinta.

La "ídem cusa petendi" también requiere a que las pretensiones penales, ejercidas sucesivas o simultáneamente, sean idénticas en sus alcances jurídico procesales, es decir, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambos, bajo todas sus posibles encuadramientos penales (sea delito de acción pública como de acción de Privado) por

parte de los tribunales que deben intervenir en ambos casos.

6.4. El principio de proporcionalidad

Este principio a lo largo de historia del derecho penal ha venido a jugar un rol importante y es de suma trascendencia en el estudio de las teorías del derecho penal y de política criminal.

Por lo general, el principio de proporcionalidad o razonabilidad está implícita o explícitamente integrado a los textos constitucionales pues constituye como tal un valor esencial del estado de derecho.

La proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrando y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el texto constitucional argentino, esto resulta manifestado por las exigencias del art.28 de la Constitución Nacional. Explica Juan Cianciardo que puede utilizarse indistintamente la noción de razonabilidad como la de proporcionalidad, pues mientras la primera proviene del derecho anglosajón -vinculado a la tradición constitucional argentina-, la segunda es originaria del derecho público europeo. Desde perspectiva constitucional, este principio pretende resguardar las libertades fundamentales atendiendo a que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada. Esto es, que el medio sea adecuado al fin, resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente

eficaces y respeto el contenido esencial de los derechos involucrados³¹.

En el campo penal, este principio representa un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social. De esos criterios de proporcionalidad penal surgen incluso los principios de última ratio, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, por cuanto estos reciben de aquel su consistencia explicativa. Dice a ese respecto Prittwitz que el principio de proporcionalidad requiere de criterios de subsidiariedad y de ultima ratio para poder influir realmente en la formulación de la política criminal, pues de lo contrario sería la proporcionalidad un simple criterio formal de relación entre medio y fin³².

Se entiende así porque Oyhanarte sostiene que "en el derecho argentino ningún acto estatal -legislativo, administrativo o judicial- es válido si no es razonable y son los jueces quienes, toda vez que medie impugnación de parte, deben verificar el cumplimiento de la exigencia". Dentro de la amplia discrecionalidad para la elección de las medidas tendientes al desarrollo del país que tienen los legisladores y el Poder Ejecutivo, Oyhanarte señala que existe un límite: "Si la definición del bien común dada por ellos es razonable, la restricción que establezcan tiene

³¹ Cfr. Juan Cianciardo, "El Conflictivismo en los derechos fundamentales", Eunsa, Pamplona, 2000, págs.287/288.

³² Postura de Oyhanarte en la obra de Alfonso Santiago, "La Corte Suprema y el control político", Abaco, Buenos Aires, 1999.

validez; si es irrazonable, los intérpretes judiciales, actuando como guardianes deben invalidarla"³³.

La razonabilidad de la que aquí se trata, entonces, no está referida propiamente a criterios de utilidad y eficiencia sino a la adecuación -proporción- entre los fines comunitarios y estatales perseguidos y la intensidad de las restricciones de derechos padecidos por las personas. Esto, incluye las decisiones de Política Criminal -legislación penal, reglamentaciones y consecuencias administrativas- y aquellas otras de orden concreto, sobre todo a través de la actividad de investigación, persecución y respuesta penal llevada a cabo por el Poder Judicial o el Ministerio Público.

El principio de proporcionalidad es la regla central del control constitucional de la Política Criminal. Explica Sagües que la razonabilidad supone la averiguación judicial de un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para la obtención de determinados fines y su congruencia con los valores constitucionales en juego. Superado ese nivel, dice el constitucionalista argentino, el requisito de razonabilidad está satisfecho y el Poder Judicial "no debe proseguir para señalarle al legislador cuál es el mejor acierto o la mejor correspondencia"³⁴. Por eso la Corte Suprema ha sostenido que "el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta

³³ Cfr. Cornelius Pritwitz, "El derecho penal alemán...", en "La insostenible situación del derecho penal", Comares, Granada, 2000, pág.428. Sostiene Jakobs que en realidad el principio de subsidiariedad es la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad". Tratado de Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág.439.

³⁴ Cfr. Néstor Sagües, "Elementos de derecho constitucional", Astrea, T.II, pág. 887.

Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones" (Fallos 257:127, 293:163, 301:341, 314:440).

El principio de proporcionalidad extiende su aptitud normativa obviamente al campo de las consecuencias penales, en particular el de las sanciones, a través del principio de culpabilidad. En ese sentido, el principio de proporcionalidad se constituye en la columna vertebral del principio de culpabilidad al brindarle los referentes que permiten ponderar el reproche. Sin embargo, la cuestión se extiende igualmente a las medidas de seguridad sólo que, en este caso, el tema pasa por la consideración de la peligrosidad³⁵.

Uno de los puntos más delicados en esa cuestión está dado por la necesaria proporcionalidad entre la restricción que produce la sanción penal y el ilícito que la justifica. Dentro de ese marco integrado al principio de culpabilidad debe evaluarse la naturaleza y el grado de la pena impuesta. Como sostiene Nicolás González-Cuellar Serrano, siempre ha existido en el principio de proporcionalidad penal un componente teleológico diferente según la teoría sobre la pena que se sostenga, por cuanto solo puede ser desproporcionada una pena cuando se sabe respecto a qué se pretende que sea proporcional³⁶. Aparece aquí claramente la importancia del principio de culpabilidad en punto a sus

³⁵ Cfr. Eugenio Zaffaroni, "Derecho Penal", 2da edición, Ediar, pág.130 y ss.

³⁶ Ver al respecto, Nicolás González-Cuellar Serrano, "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Colex, Madrid, 1990, donde desenvuelve un análisis europeo de la cuestión con consideración de citas del Tribunal Constitucional Alemán y Español, pág.31.

requisitos y fines, dentro de los cuales esta obviamente la relación entre los bienes jurídicos que están en la consideración de la norma penal y la respuesta que debe concretarse respecto de aquél que los ha afectado. Sin embargo, no es ese el único índice a tener en cuenta, puesto que los criterios de proporcionalidad en el campo del reproche deben privilegiar los aspectos de la prevención especial, esto es, los vinculados con el sujeto de la sanción. Por lo tanto, aún en el caso de una consideración relacionada con el orden jurídico social, esta nunca puede desprenderse de la persona y su hecho.

En tal sentido, por ejemplo, Zaffaroni expresa que el principio de humanidad aplicado a estas cuestiones exige, por motivos de proporcionalidad y culpabilidad atender al caso concreto y a la persona en particular. Así, dice que "una pena puede no ser cruel en abstracto...pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias". Entre los casos que integra a la cuestión, menciona los supuestos de penas naturales, esto es, la existencia de un grave castigo natural surgido en virtud de la existencia misma del ilícito. También allí menciona el acortamiento de la perspectiva vital de la persona a raíz de una enfermedad o de las mismas condiciones de la prisionización que padece. Incluso en ese ámbito, Zaffaroni incluye la idea de que los mínimos penales de las escalas punitivas de los delitos son meramente indicativos y no obligatorios para los jueces cuando estos consideren que están por encima de los criterios determinados por principios constitucionales o

internacionales y puedan resultar desproporcionados y contrarios a los criterios de humanidad³⁷.

A ese respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que **"son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art.18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad y extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional"** (caso "Pupelis").

Asumiendo un punto de vista predominantemente preventivo especial, por ejemplo, el juez Bossert tiene dicho que la irrazonable duración del proceso penal "distorsiona todos los fines de la pena, que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena" (caso "Amadeo de Roth, Angélica, del 5 de abril del 2000).

Sin embargo, el Tribunal argentino también ha sostenido que "La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del

³⁷ Zaffaroni, op. cit. pág.125.

catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí". Desde esa perspectiva, la Corte argentina pretende limitar el control de constitucionalidad dejando fuera de sus objetivos la evaluación exclusivamente política. De allí que una excepción a la revisión de la proporcionalidad punitiva sea que las razones dadas por el legislador "...consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales...o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos" (Fallos, 313:1333, considerando 8 y 308:1392, voto de la minoría).

Desde esta perspectiva, la medida de seguridad se legitima por la diferencia entre las restricciones que debe tolerar el sujeto internado respecto a la gravedad de los perjuicios que pudiera padecer la totalidad de la sociedad. La imposición de las medidas, se sostiene, "no depende del grado de culpabilidad, sino del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa, curativa o eliminatoria, y con las modalidades de ejecución adecuadas a fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad que presenta el sujeto pasivo de la medida...Se llega así a la conclusión de que la medida de seguridad prevista en el art.34 inc.1º del Código Penal, debe depender y ser proporcionada a esa peligrosidad y no a la escala penal del delito que en su momento se atribuyó al sujeto pasivo".

La Casación Nacional sostiene que el principio de legalidad, en los casos de medidas de seguridad, se satisface con: a) la comprobación judicial de la existencia

de un injusto penal en el que haya tomado parte el sujeto, b) la verificación de que resulte peligroso para sí o para terceros, c) que la medida escogida este prevista por ley, d) que su duración aparezca vinculada a la peligrosidad o a las condiciones que la provocan ésta y e) que exista intervención y control jurisdiccional en la ejecución de la medida (Sala I, caso "Raineri").

Sin embargo, en punto a la extensión de la medida, el modo de su cumplimiento, los controles etc. están ligados solamente al principio de proporcionalidad que requiere la existencia de necesidad, eficacia, prudencia y mínima intervención posible según las circunstancias.

6.5. Proporcionalidad y duración del proceso- Plazo de razonabilidad

Tiene dicho Alto Tribunal de Justicia de la Nación que la prohibición de doble persecución no solo tiene por fundamento el peligro de una nueva sanción sino también el mero hecho de quedar sujeto al proceso (Fallos, 314:377, 315:2680 entre otros). Visto desde esa perspectiva, la sujeción al proceso debe también estar justificada por criterios de proporcionalidad, sospecha de la existencia de un ilícito, pruebas suficientes para imputar a un sujeto, etc., que además se reflejan obviamente en las medidas de investigación y en la duración misma de este. **Así, señala el Tribunal, que "la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más breve posible, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal" (Fallos 272:188 y 300:1102).** Para

fundar esa doctrina, la Corte se vale de los principios de progresividad y preclusión entendidos como instrumentos procesales ordenados a evitar la duración indeterminada de los juicios. Sin embargo, en punto a la justificación material última de esa doctrina, la Corte ha dicho que responde "...al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito..." (Fallos 272:188).

De ese modo, el principio de proporcionalidad obliga a considerar la razonabilidad de mantener activa la persecución penal cuando ha transcurrido un determinado tiempo que pone en crisis valores de la persona individual. En consecuencia, las finalidades persecutorias del ilícito tienen un límite más allá del cual ese objetivo reclamado por el bienestar general debe ceder ante el sacrificio desmedido -por ello injustificado, injusto y a la vez desproporcionado- respecto de derechos personales.

Sobre esas bases la Corte relaciona **la duración razonable del proceso** con la prescripción de la acción penal (Fallos 306:1688, 322:360) ya que esta implica una forma de tutela de los ciudadanos frente a la actividad del estado tendiente a definir su situación frente a la imputación de responsabilidad por un ilícito. Por eso ha dicho que "la prescripción cumple un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio, al impedir que los individuos tengan que defenderse respecto de acusaciones en las cuales los hechos básicos han quedado oscurecidos por el paso del

tiempo y a minimizar el peligro del castigo estatal por hechos ocurridos en un pasado lejano" (Fallos 316:365).

Ahora bien, la razonabilidad que integra el principio de proporcionalidad en la ponderación de la duración del proceso exige un análisis concreto referido a complejidad del caso, justificación de las medidas que han prolongado su extensión, actividad de las partes, necesidad de pena etc. que integran los criterios propios de la prudencia jurídica.

La Corte recuerda que la "**duración razonable de un proceso** depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, razón por la cual este derecho no puede traducirse en un número de días, meses o años...". No obstante ello, la doctrina del Tribunal ha identificado algunos parámetros para esa evaluación como son por ejemplo: la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que la he irrogado al imputado esa demora (votos de los jueces Bossert y Fayt en Fallos 322:360 y en el caso" Amadeo de Roth, Angélica, del 5 de abril del 2000).

6.6. La vigencia de los principios consagrados en Tratados Internacionales.

La reforma de la Constitución de 1994 califica y amplía los derechos de los particulares y el principio de legalidad, por la vía de incorporación de los tratados internacionales que dispone el citado artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

En especial el Pacto de San José de Costa Rica cuyo artículo 8 apartado 1 establece que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independientemente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, discal o de cualquier otro carácter". Esta norma constituye una disposición clara que conlleva una directiva concreta cuya operatividad no puede negarse; además de ser perfectamente compatible con las disposiciones contenidas en el artículo 116 de la Constitución Nacional.

También hay que tener presente en el mismo sentido a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados "en sus artículos 26 y 27.

6.7. Garantías para los otros sujetos

Las garantías constitucionales en juego para los sujetos intervinientes en la operatoria aduanera, como ser el agente de transporte y el despachante de aduana, se circunscriben en el contexto de avasallamientos del debido proceso, la tutela en juicio, el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita, la presunción de Inocencia, entre otros.

En lo que respecta a la responsabilidad disciplinaria, como ya se mencionara, nos encontramos con dos medidas: 1° las de aplicación automáticas y 2° las que requieren de la

sustanciación de un sumario administrativo previo porque se aplican como sanción.

Las 1° son de aplicación automática y acarrea varias problemáticas.

Al analizar la segunda medida, se entiende que los despachante de aduana serán sancionados con la suspensión en el registro respectivo si incurriesen en conducta reiterada o falta grave en el ejercicio de sus funciones como auxiliares de comercio o del servicio aduanero, y con la eliminación en el registro respectivo si incurrieren en reiteración de inconductas anteriormente sancionadas o en una falta grave en el ejercicio de sus funciones que hiciera su permanencia incompatible con la seguridad del servicio aduanero, respectivamente.

Si la resolución dispuso sanción disciplinaria de suspensión o eliminación en el registro, puede ser apelada con efecto suspensivo, ante la Secretaria de Estado de Hacienda, dentro de los diez días de notificada.

Cabe resaltar que el procedimiento de apelación es idéntico se trate de una resolución sancionatoria recaída contra un despachante de aduana (artículo 52 del Código Aduanero), un agente de transporte aduanero (artículo 70 del Código Aduanero).

Por lo tanto si la resolución ministerial fuere confirmada de lo decidido en sede aduanera, puede interponerse recurso de apelación al solo efecto devolutivo ante la Cámara Nacional de Apelaciones fundado en razones de ilegitimidad o arbitrariedad, pero sin perjuicio de que se elevarán las

actuaciones dentro de los 5 días, la previa extracción de las copias necesarias, permitirá la inmediata ejecución de la resolución recurrida, producto de la falta de efecto suspensivo con el que es concedido el recurso ante la citada Cámara. Los artículos 70, 88 y 105 del Código Aduanero, relatan en forma idéntica los alcances y las limitaciones con las que se accede a la apelación.

La doctrina ha sostenido pacíficamente que las faltas disciplinarias son de naturaleza penal, por lo que las mismas deben estar rodeadas de todas las garantías, máxime cuando los actos de inconducta son imprecisos y sujetos a la discrecionalidad del instructor. Y en este contexto en los casos de suspensión y eliminación registral debería ser puesta bajo análisis la limitación prevista en el artículo 1182 del código Aduanero, en el sentido de que pareciera que supletoriamente se debería aplicar el código de Procedimientos en materia Penal y no el Procesal Civil y Comercial.

Los tratados internacionales cuando aluden a normas penales (precepto-sanción) consagran la garantía de un juez independiente e imparcial y en este caso ello solo se logra a través de la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo.

La falta de efecto suspensivo hace que se busquen otros remedios judiciales a los fines de lograr la suspensión de la ejecución de la sanción, mientras se sustancia la apelación ante la Cámara.

Por dichas razones, resulta cuestionable la constitucionalidad de los artículos del Código Aduanero que permiten aplicar la sanción disciplinaria como un anticipo de pena aún no impuesta por autoridad judicial, lo que de por sí es violatorio del debido proceso y de la presunción de inocencia.

-VII-

Problemáticas que afectan a los sujetos de estudio

Como ya se adelantara en los Objetivos, y habiendo estudiando los puntos más relevantes en torno al tema elegido, surge que este conlleva varias problemáticas, máxime si afecta garantías constitucionales.

Es así que una conducta puede ser pasible de una sanción y otra no, surgiendo interrogantes como cuáles serían los parámetros, qué se evalúa para aplicar una u otra sanción, máxime cuando existen garantías constitucionales en juego y se quiera evitar una arbitrariedad.

Para ello, en este punto se desarrollaron algunos ítems en los que los sujetos enfrentan diferentes problemáticas.

Desde ya es necesario tener presente que cada caso es distinto y deberá ser estudiado en concreto. Por lo tanto habrá que evaluar las características particulares de cada uno y los antecedentes de los sujetos, analizando que conductas son gravosas y cuáles no.

Se evidencia a simples luces la ausencia de parámetros o directivas para determinar cuándo corresponde una sanción, cual, cómo y en qué grado debiera ser aplicada.

Por lo que la ausencia de parámetros establecidos para la aplicación de dichas sanciones afecta la equidad e igualdad ante la ley.

Al final, considero que la protección de las garantías constitucionales que están en juego y siguiendo un criterio jurisprudencial coherente, nos indicarán las soluciones a estos planteos.

7.1 Problemáticas que afectan a los aduaneros.

Como ya se estudiara las sanciones que se le aplican son, el apercibimiento, suspensión - hasta TREINTA (30) días corridos-, cesantía y exoneración.

Dichas sanciones se aplican por las faltas o delitos que cometa y sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales fijadas por las leyes respectivas y previa formación de sumario.

Es dable destacar que los agentes aduaneros son quienes protegen el control aduanero y para lo cual se los capacita continuamente, pero siempre pareciera faltar.

La capacitación de los mismos es un punto endeble que la AFIP ha tratado subsanar, reconociendo que se necesita más profesionales y personal mayor capacitado para lograr sus objetivos.

Surge así que el aduanero pueda enfrentar un proceso penal y a su vez un sumario disciplinario.

En el supuesto de que se le hubiere dictado en sede penal el auto de procesamiento, se requiere que el mismo se

encuentre firme para disponerse algunas de las medidas preventivas de las que podría ser pasible.

Cabe poner de resalto que por Ley N° 27.063 se dictó un nuevo Código Procesal Penal de la Nación y que por Decreto N° 257 (24/12/15) se ha diferido su puesta en vigencia conforme Artículo 1° - *"Sustituyese el artículo 2° de la Ley N° 27.150 por el siguiente: "ARTÍCULO 2°.- Entrada en vigencia. El Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la Ley N° 27.063 entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, previa consulta con el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN"*. Todo por lo cual hay que considerar que la reforma suprime el auto de procesamiento judicial, que juega como causal automática en materia disciplinaria. Dicha esta aclaración, este punto no estaría resuelto o en principio es pasible de modificación y tiene una incidencia directa en el ámbito disciplinario.

Por otra parte, es necesario también tener en cuenta que los procesos penales tiene sus respectivos plazos por lo que no puede afectarse la garantía de principio de inocencia y aplicarle el máximo de sanción y afectar otras garantías como el de ejercer el derecho de trabajo o afectar la estabilidad del mismo. Se verá que para otros sujetos, esto es distinto, por lo que se podría interpretar que la ley los trata diferentes no existiendo igualdad, atentando así contra esta garantía constitucional.

Además, la duración de los sumarios disciplinarios y la consideración al plazo razonable ha sido estimado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ha sentado un criterio jurisprudencial que ilumina como debería ser el procedimiento. Criterio jurisprudencial que será desarrollado en el caso "LOSICER" y que también atañe a los otros sujetos.

7.2 Problemáticas que afectan a despachante y agentes de transporte

Como ya se estudiara las sanciones que se le aplica son el apercibimiento, suspensión de hasta dos años y la eliminación del registro.

Dichas sanciones se aplican por inconducta reiterada o falta grave y previa formación de sumario. Conceptos que se verá, carecen de certeza y alcance.

Otra problemáticas que conlleva este estudio, es lo atinente a las suspensiones registrales automáticas ya que la Dirección General de Aduanas ha incurrido en una práctica abusiva, aplicando suspensiones registrales a despachante y agentes de transporte, como así también a otros sujetos como ser los importadores y exportadores, en casos en los que sólo había una imputación sin siquiera haber sido llamado a indagatoria en sede penal.

Para ello, recurrió al supuesto autónomo preventivo del inciso h) del artículo 44 del Código Aduanero respecto al despachante de aduana e inciso h del artículo 61 respecto del agente de transporte, sin que tampoco se reunieran sus recaudos legales. Más aun cuando sea por 45 días

prorrogables por otro término igual, es un plazo de que afecta directamente a la actividad de estos sujetos.

La suspensión automática por un procesamiento, es una medida sin más trámite que apunta a preservar la seguridad del servicio aduanero y no de aplicar una sanción.

Al provocar tal consecuencia, el problema que surge es que si la misma puede entenderse como auto de procesamiento, como una sentencia equiparable a definitiva, a los fines de cumplir el recaudo que habilita la interposición de un recurso extraordinario.

Efectivamente la restricción al aplicarse en forma automática, afecta el derecho de trabajar, como así también el de defensa en juicio y el principio de razonabilidad conforme los artículos 14, 18 y 28 de la Constitucional Nacional.

Actualmente, una nueva corriente jurisprudencial acepta la equiparación a sentencia definitiva con fundamento en el principio de inocencia. Esto constituye un avance importante para garantizar el ejercicio del derecho constitucional del trabajo.

Otro de los problemas es que, la resolución del Ministerio de Economía que confirmara la grave sanción de un o más días de suspensión (con el límite de dos años) o la eliminación del registro correspondiente de un despachante de aduanas, agentes de transporte o sus dependientes, resulta aplicable sin más.

Aquí es necesario tener presente que, las consecuencias que conlleva las posibles sanciones y los efectos de las medidas de suspensión y eliminación del registro, afectan derechos de tutela constitucional como es el derecho de comerciar, de ejercer industria lícita y de trabajar.

Por lo tanto se entiende que, en estos casos, el efecto devolutivo del recurso que podría interponerse merece ser examinado.

Ello, en tanto se garantice el acceso a una revisión judicial plena, sin limitaciones³⁸ en cuanto a los efectos en la concesión del recurso y las razones en las que el mismo puede fundarse. De lo contrario, se vulnera, no solo el derecho de defensa en juicio, sino el principio de división de poderes.

Respecto a la división de poderes y, estrictamente, a la revisión jurisdiccional de los actos administrativos, Spisso ha señalado que *"en un régimen republicano, en que las personas no son súbditos, resulta inadmisibles que los contribuyentes se vean constreñidos al pago de una deuda fiscal (...) sin que exista la posibilidad de que un tribunal de justicia evalúe siquiera la procedencia de la suspensión de la intimación formulada por el organismo"*³⁹.

³⁸ BARTOMIOLI, Lorena, "La ausencia de efectos suspensivos en las sanciones disciplinarias que aplica la Dirección General de Aduanas a los sujetos inscriptos (importadores, exportadores, despachantes de aduana, agentes de transporte aduanero, apoderados generales y dependientes de los auxiliares del servicio aduanero y otros sujetos.", Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, llevadas a cabo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entre los días 12 y el 14 de agosto de 2008.

³⁹ SPISSO, Rodolfo R., *Tutela judicial efectiva en materia tributaria. Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal*, Depalma, Buenos Aires, 1996, "Prologo", p. IX.

En este sentido, García Prieto ha señalado, refiriéndose a la ley 24.765 de Procedimientos Fiscales, que la clausura administrativa de un establecimiento resulta inconstitucional por cuanto la misma "pretende otorgar a funcionarios de la Administración (Poder Ejecutivo) la facultad de imponer penas de clausura, sin sujetar la imposición de tales penas a la competencia o al menos al control del poder judicial⁴⁰".

Otra problemática, surge en relación al derecho de defensa en juicio.

Es esencial tener presente que el artículo 18 de la Constitución Nacional garantiza a los ciudadanos que no serán penados ni sancionados, sin previamente ser oído por un juez natural.

En relación a ello, Badeni sostiene que, si bien se trata de una disposición que generalmente ha sido relacionada con el proceso penal, ella resulta también aplicable a todo tipo de proceso judicial en donde se analice la restricción o limitación de los derechos de una persona⁴¹.

En tal sentido, se considera aplicable a este procedimiento los principios de derecho penal, por tratarse de la aplicación de sanciones de naturaleza penal y que restringen derechos fundamentales.

Respecto a los aspectos puntuales de responsabilidad disciplinaria a la que están sometidos estos sujetos

⁴⁰ GARCÍA PRIETO, H., *Clausuras: ¿Ante una inconstitucionalidad simplemente académica?*, "Anales 1996-1998", Asociación Argentina de Estudios Fiscales, p.403.

⁴¹ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, 2ª Edición, actualizada y ampliada*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p.1099.

enfrentan la problemática de demostrar todo el tiempo su confiabilidad, su derecho a ejercer el derecho de defensa, el derecho a trabajar, la presunción de inocencia, entre otros.

Por lo que ejercer la defensa de esos derechos es justo y necesario para la prosecución de un procedimiento legal.

Asimismo, éstos deberán no incurrir en conducta reiterada o grave en el ejercicio de sus funciones como auxiliares del servicio aduanero para la eficacia del sistema y en post de la seguridad de este último.

A su vez, es considerable tener presente que en los auxiliares del servicio aduanero descansan distintos tipos de actividades y requieren cada vez más conocimiento al respecto.

Al exigírseles pruebas concluyentes, de solvencia técnica y material debería permitírseles ejercer plenamente su derecho de defensa mediante la concesión de un recurso con efecto suspensivo que permita la revisión judicial de la sanción que se le pretende aplicar, antes de que efectivamente se les aplique y garantizar el ejercicio de sus derechos constitucionales.

7.2.1 Valoración de las conductas objeto de sanción. Falta de fundamentación de las resoluciones condenatorias.

El legislador reguló el procedimiento de los sumarios disciplinarios en forma separada e independiente de los procedimientos infraccionales. Ello no refiere que aquel tenga menos relevancia que este; o que en su desarrollo,

sea menos riguroso el cumplimiento de las garantías constitucionales del imputado. Por el contrario parte de la doctrina entiende que es aplicable a este procedimiento, los principios de derecho penal, por ser su objeto la aplicación de sanciones que restringen derechos fundamentales del administrado, reconocidos expresamente por nuestra Constitución Nacional.

La gravedad de las sanciones que podrían aplicarse mediante este procedimiento, implican necesariamente el estricto respeto del principio de legalidad, del debido proceso adjetivo, del principio de inocencia y de razonabilidad en la aplicación de las penas.

Ya se vio que, en atención al efecto suspensivo del recurso ante la Cámara dispuesto por el Código Aduanero no serían respetados en el procedimiento descripto por lo menos el debido proceso y el principio de inocencia.

Pero además, las resoluciones por las que la Aduana aplica sanciones disciplinarias, en la mayoría de los casos confirmadas por el Ministerio de Economía, se dictan en contraposición de los principios de tipicidad y razonabilidad.

En efecto, el servicio aduanero no analiza la supuesta gravedad de las conductas objeto de un sumario disciplinario. Es decir, no brinda los argumentos necesarios y/o los fundamentos de los motivos por el que considera que una falta es grave.

En los hechos, como consecuencia de la redacción del art. 994 del Código Aduanero (que pena con una multa de \$ 500 a

\$ 10.000 al que suministrare informes inexactos o falsos al servicio aduanero; se negare a suministrar informes o documentos que este le requiriere; impidiere o entorpeciere su acción, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que correspondan), es sabido que, una vez que el servicio aduanero inicia un sumario infraccional en los términos del mencionado artículo, en forma posterior y casi automática, se inicia un sumario disciplinario, que -mayormente- culmina con la condena de, al menos, un día de suspensión en el registro de importadores o exportadores, despachantes de aduanas, agentes de transporte o sus dependientes. Tales resoluciones suelen ser confirmadas por el Ministerio de Economía, sin que este brinde, tampoco, precisiones sobre la gravedad, o no, de la conducta objeto de sanción.

Ello resulta insostenible. Frente a la gravedad de las sanciones mencionadas y la irreversibilidad del daño que estas causan -dada la imposibilidad real de volver las cosas a su estado anterior- resulta imperioso que la autoridad de aplicación actúe dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, tal como lo exige la ley de procedimientos administrativos, de aplicación supletoria en la materia.

Resulta difícil en este caso, la aplicación del principio del derecho penal de tipicidad, íntimamente relacionado con el principio de legalidad, expresamente establecido por la Constitución Nacional, ya que la norma en estudio, tiene una redacción vaga y que no da certezas de cuáles son las conductas sancionables.

Por lo que no surgen respuestas a interrogantes como por ejemplo, ¿Qué conducta puede considerarse una falta grave en el ejercicio de ciertas funciones? O ¿Cuántas veces se entiende por reiteradas? En estos casos, en los cuales la norma solo brinda parámetros subjetivos, es cuando se necesita que el juez administrativo o judicial actúe con la razonabilidad, dejando de lado las decisiones basadas en su arbitrio.

Por ello, el servicio aduanero debe ponderar las circunstancias en cada caso en concreto y la conducta que diere lugar al sumario deberá ser un hecho que "*prima facie*" configure una falta grave en el ejercicio de la actividad o una inconducta reiterada, conforme lo dispuesto en la Nota Externa N° 16/2005, dictada con las facultades conferidas por el art. 9, inc. c) del Decreto N° 618/97.

La norma citada, fue emitida por la Dirección General de Aduanas con la finalidad de evitar, que se inicien automáticamente sumarios disciplinarios, luego de tramitado el sumario infraccional por la conducta prevista en el art. 994 del Código Aduanero⁴².

Si bien la norma consiguió el objetivo buscado en un principio, en la actualidad, en forma cada vez más frecuente, volvemos a encontramos frente a estos sumarios disciplinarios, iniciados tanto contra el despachante de aduana o agente de transporte, en forma posterior a la finalización de un sumario infraccional del art. 994 del

⁴² ALSINA, Mario, BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., COTTER MOINE, Juan P., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., *Código Aduanero Comentado Tomo III (Arts. 820 a 1191)*, completado y actualizado por BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., COTTER Juan Patricio (H), SUMCHESKI, Ana Laura, VIDAL ALBARRACIN, Guillermo (H) t. III, pág. 487. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

Código Aduanero por faltas formales como la presentación tardía del post embarque o de la relación de la carga, como contra otros sujetos como ser el importador o exportador.

Tales sumarios terminan, como ya se mencionara con resoluciones condenatorias que imponen uno o varios días de suspensión del respectivo registro aduanero. Pero, tales resoluciones se limitan a mencionar que la conducta investigada es una falta grave en el ejercicio de las funciones del sancionado, sin dar más detalles al respecto. La Aduana no brinda y tampoco especifica el perjuicio que la conducta causa al servicio aduanero, o simplemente su gravedad, faltando así motivos que justifiquen la aplicación de una sanción en estos términos.

Que el art. 994 del Código Aduanero disponga la posibilidad de aplicar una sanción disciplinaria, independientemente de la multa por la comisión de la infracción prevista, no significa que ello, necesariamente, deba ocurrir.

Vale resaltar, que la infracción prevista en el mencionado articulado (art. 994 C.A.) es formal, por lo que se penan errores o defectos menores o formales y, por ello, la multa mínima prevista asciende a \$ 500.

Por ello, resulta ilógico que una conducta sea valorada, por un lado, como un error meramente formal o menor, castigado por una multa mínima y por otro lado, una falta grave en el ejercicio de una actividad, castigada con sanciones gravísimas en cuanto a la afectación de garantías constitucionales o perjuicios que provoca a estos sujetos.

Estas cuestiones han sido receptadas por la Justicia y las veremos como jurisprudencia en el siguiente punto.

-VIII-

Fallos

8.1. El caso "LOSICER"

La pronunciación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "LOSICER" sentó jurisprudencia respecto a la interpretación de "plazo razonable" para las actuaciones disciplinarias en el ámbito administrativo.

En ocasiones se abren sumario aduaneros contra auxiliares del servicio aduanero y contra importadores y exportadores, según el caso, por operaciones de importación y exportación, a los cinco años calendarios de realizadas las destinaciones y se corre la primera vista al imputado hasta cuatro años después de abiertos los sumarios, es decir, transcurridos ya nueve año de oficializadas las operaciones.

Allí recién comienza una investigación que luego dura algunos años más.

Cabe recordar que el artículo 934 del Código Aduanero dispone que: "La acción para imponer penas por las infracciones aduaneras prescribe por el transcurso de cinco años".

Por otra parte, conforme lo dispone el artículo 935 del cuerpo normativo referido: "La prescripción de la acción a que se refiere el artículo 934, comienza a correr el

primero de enero del año siguiente al de la fecha en que hubiera cometido la infracción o, en caso de no poder precisársela, en la de su constatación.”

En vista de ello y hasta aquí, parecería que la actuación de la Aduana al dejar trascurrir, en ocasiones, nueve años de la notificación de la primera vista al auxiliar del servicio aduanero, importador y exportador, no contraría la normativa vigente en la materia.

Sin embargo, hay que interpretar el significado de “plazo razonable”, para poder determinar, en realidad, si la acción para imponer se encuentra prescripta o no.

El día 26 de Junio de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un pronunciamiento en la causa “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA- Resolución 169/05 expediente 105.666/86- SUM FIN 708”-, que sentó jurisprudencia respecto de la interpretación de “plazo razonable” para las actuaciones disciplinarias en el ámbito administrativo.

Así, el Alto Tribunal sostuvo en el caso referido, entre sus considerandos:

“4°) Que, sin embargo y según lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 1179/1180, pese a la dilatada tramitación del sumario administrativo- que se extendió hasta casi veinte años después de ocurridos los hechos supuestamente infraccionales detectados por el superintendente financiero- el plazo de prescripción ni llegó a cumplirse debido a las interrupciones que se produjeron por diversas diligencias de procedimiento que

tuvieron lugar, en cada caso, antes de que se completara el plazo legal de prescripción”.

“5°) Que en consecuencia, resulta menester examinar y resolver la cuestión constitucional que fue oportunamente planteada por los recurrentes y que consiste en determinar si, en el caso, como resultado del extenso trámite de las actuaciones administrativas se vulneró la garantía en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) y el derecho a obtener una decisión en el “plazo razonable” al que alude el inc. 1° del art. 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, pues los apelantes reclaman que se declare extinguida la acción sancionatoria por prescripción como forma de consagrar efectivamente dichas garantías”.

A todas luces el plazo que se ha tomado el BCRA para tramitar el sumario excede cualquier límite razonable. Es decir, ya no se trata de interpretar en el fondo, si la apertura a prueba fue válida, o idónea para impulsar el procedimiento, sino si, dentro del Estado de Derecho, la Administración puede mantener a los administrados en situación de incertidumbre, por un lapso tan prolongado, viendo conculcado así su derecho de defensa y su derecho al debido proceso. Así lo entendió la Corte cuando sostuvo:

“6°) Que en este orden de ideas, se impone señalar que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el artículo 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las

debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el artículo 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

“10°) Que, por lo dicho el “plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del artículo 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, diferenciándose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión”.

En otras palabras, el otorgamiento de un plazo a favor de la Administración para imponer penas, y la previsión de la interrupción de la prescripción como consecuencia del dictado del auto de apertura del sumario (cfr. Artículo 937, inciso a), del Código Aduanero), sólo puede tener el sentido de concederle un término más que razonable para la investigación de la infracción de que se trate, máxime considerando que algunas de ellas pueden resultar de difícil determinación y requieren del desarrollo de una investigación más profunda.

No se puede colocar bajo la espada de Damocles por tiempo indeterminado al administrado, y recién después de nueve (9) años comunicar la instrucción de un sumario por una presunta infracción, sin que haya habido empleo útil del tiempo consumido. A punto tal, que podría hablarse de una posible desviación de poder consistente en mantener latente

la posibilidad de instruir un sumario y, luego, la de aplicar una pena varios años después, sosteniendo la inactividad de la Administración en estas actuaciones.

Resulta indudablemente plausible el criterio sobre "plazo razonable" sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Losicer", para los sumarios que se sustancien en la Administración Pública.⁴³

8.2. Criterio jurisprudencial respecto a los auxiliares del servicio aduanero.

En los expedientes o sumarios administrativos en los que se estudia o analiza una conducta o responsabilidad de este sujeto, el servicio jurídico de la Aduana generalmente estima que se haya valorado la prueba, que se ajuste a derecho y que se aplique la jurisprudencia.

Por lo tanto el Tribunal Fiscal de la Nación, sentada en situaciones análogas que reiterando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "GARIBOTTI, Armando (Fallos 287:191) señala "...en principio queda exento de responsabilidad el despachante que, cumpliendo con las obligaciones a su cargo, se atiende a lo manifestado por el importador y a lo que surge de la documentación complementaria, salvo que incurra en hechos personales que lo comprometan" TFN 21/06/05 Expte. 18.682- A BRIHET E HIJOS S.A. y DE GIACOMO Juan Carlos TFN 30/11/2004 Expte. 18.920-A.

⁴³ www.cda.org.ar/13273-el-fallo-

También, en líneas generales hay que tener en cuenta que el juzgamiento debe quedar sometido a las disposiciones que gobiernan el discernimiento de la culpabilidad en el derecho penal, conforme lo estableciera la Corte Suprema de Justicia al sostener que "...las infracciones y sanciones administrativas integran el derecho penal especial (conf. Fallo 156:100; 184:162; 239:449; 267:457; 287:76; 289:336; 290:202), por lo que son supletoriamente aplicables al caso los principios generales y normas del derecho penal común (fallos 184:417; 202:293; 235:501; 287:76; 289:336; 290:202)"⁴⁴

Así está uniformemente aceptado que las faltas disciplinarias son de naturaleza penal, por lo tanto las mismas deben estar rodeadas de todas las garantías, máxime cuando los actos de inconducta son imprecisos y sujetos a la discrecionalidad del instructor. Y en este contexto en los casos de suspensión y eliminación registral debería ser puesta bajo análisis la limitación prevista en el artículo 1.182 del Código Aduanero, en el sentido de que pareciera que supletoriamente se debería aplicar el Código de Procedimientos en materia Penal y no el Procesal Civil y Comercial.

También, es necesario destacar que los tratados internacionales cuando aluden a normas penales (precepto-sanción) consagran la garantía de un juez independiente e imparcial y en este caso ello sólo se logra a través de la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo.

⁴⁴ Opinión Comercio Exterior. "Las faltas de apoderados y dependientes". Dr. Fernando G. Camaüer

Asimismo al valorar una conducta, se puede sostener que la Justicia recientemente considera las problemáticas y por ejemplo la Cámara Nacional de Apelaciones - Sala I⁴⁵, criticó la decisión a la que arribaron la Aduana y el Ministerio de Economía, en tanto el acto sancionatorio no presentó argumentos suficientes como para sostener que la falta cometida pudiera ser considerada como "grave", en los términos definidos por el art. 97, ap. 2, del Código Aduanero. Para así decidir, la Cámara tuvo en cuenta -sobre todo- las consecuencias gravosas que conllevan la suspensión de la firma en el registro.

En el caso, la Aduana le impuso al importador una sanción de 3 días de suspensión en el registro, por cuanto el certificado de origen aportado a los fines estadísticos, no contenía el nombre del fabricante, el puerto o lugar de embarque y el medio de transporte.

Asimismo, la Sala II determinó que la presentación tardía del manifiesto, no configura una falta grave en el ejercicio de la actividad de un agente de transporte aduanero, máxime si se tiene en cuenta que la suspensión supone el cese total de actividades, durante el cual no puede desarrollarse ningún acto para el cual se requiera inscripción en el registro. Destacó que la conducta del agente había ya recibido una sanción infraccional, de manera que tampoco puede sostenerse que su proceder hubiere quedado sin respuesta de parte del ordenamiento jurídico⁴⁶.

⁴⁵ Sala I, CNACAF, "SKF Argentina S.A. c/ DGA- Resolución 245/10(ex 199/06) M° E. Rsl 118/12 (ex 252026/11)", sentencia del 19 de agosto de 2014.

⁴⁶ Sala II, CNACAF, "Centauro S.A. c/M° de Economía-DGA s/Código Aduanero-Ley 22.415-Art. 70", sentencia del 21.08.14.

CONCLUSIONES

Ciertamente el estudio de este instituto y sus problemáticas acarrea en si la comprensión de temáticas que solo refieren a los sujetos estudiados.

No se quiere proponer que se exima de sanción a los mismos, ni defender a los sujetos que se escudan en su profesión para delinquir, si no definir el correcto funcionamiento del sistema, amparado en el ejercicio de los derechos constitucionales, la justicia y equidad.

Actualmente se reconoce el poder de policía que le compete a la Aduana e inclusive debería suspenderse del registro a quienes no pueden ser sujetos de las obligaciones que le caben a cada uno en su rol de auxiliar del Servicio Aduanero o agente del mismo.

En efecto, existen casos en los que en el dictado de procesamiento el Juez da suficiente evidencia de la intervención, por ejemplo del despachante de aduana en una maniobra delictiva como el contrabando, por lo que se considera que en esos casos la suspensión está de acuerdo con el espíritu de la norma.

Cuando se aplica la suspensión y a la vez se prevé una larga duración para la tramitación del resto del proceso, se entiende que el análisis definitivo de responsabilidad, se efectuará mucho tiempo después. Ello implica una grave lesión a derechos y garantías fundamentales que debe ser revisado.

Lo que quiere evidenciarse es que, debería lograrse diferenciar los casos en los que no está clara la responsabilidad del sujeto y se requiera ciertas medidas para su determinación. Allí, se justifica una excepción a la aplicación automática de la suspensión registral y/o en su defecto, determinar mayores medidas para garantizar los derechos y no generar un mal mayor.

Ello hace que sea más justo que se equipare la situación de los auxiliares del servicio aduanero a la del agente aduanero y que la aplicación de la suspensión pase de ser automática a facultativa, como una buena opción de solución a este planteo.

Esto permitiría evitar que se adopte de manera desacertada e irrestricta una medida tan severa que, aun cuando fue pensada como meramente provisoria, en la práctica significa la muerte civil de estos sujetos.

Por ello, entiendo que cabe morigerar estas circunstancias aplicando de manera extensiva otros criterios y considerar que no debería aplicarse sanción alguna a quienes hubieren acreditado haber cumplido todos los deberes inherentes al régimen de que se trate y/o sujeto de que se hablare.

Todo para evitar un daño indudablemente injusto e irreparable y evitar que los damnificados tengan que iniciar un juicio de daños y perjuicios contra el Estado si pretendiera obtener la indemnización del daño sufrido, daño -que además- es difícil de cuantificar económicamente.

Cabe resaltar, como se estudiara que, la aplicación de una sanción administrativa de suspensión o eliminación del

registro aduanero respectivo, sin la previa revisión judicial, resulta inconstitucional y así debería ser declarado en sede judicial en aquellos casos en que ello se plantee.

Es necesario que cuando no se está en presencia de una causal de suspensión o eliminación automática, deben extremarse los recaudos para comprobar que se trata de una falta grave o una conducta reiterada. Esto implica entender que por la gravedad de las sanciones, por el impacto que ellas tienen en la actividad de los sujetos y por la afectación a la confiabilidad en ellos depositadas - tanto por otros sujetos con los que comparte la actividad aduanera, por el servicio aduanero y por sus propios clientes-, debe privar un criterio restrictivo, que evite la discrecionalidad y en el que se imponga la razonabilidad. Por lo que se requiere la necesidad de una revisión judicial.

Además, la importancia del rol que cumple el despachante y el agente de transporte en el engranaje del comercio internacional amerita que continuemos exigiendo a las autoridades que se garantice el respeto a sus derechos y garantías.

A esta altura es evidente que queda como alternativa la vía judicial para intentar equiparar la injusta disparidad con la que se trata estos sujetos.

Por lo que sería ideal lograr revertir esta situación con la modificación del articulado al respecto y así también, contribuir con la economía procesal y no abaratar a los

juzgados con el estudio de planteos en defensa de garantías constitucionales.

Nuestro más alto Tribunal, señala que la igualdad ante la ley consiste en tratar de igual modo a todos los que estén en las mismas circunstancias y desigualmente a los que están en distintas.

Cuando el legislador forma categorías distintas para tratarlos desigualmente, la distinción debe ser razonable. Así, en el comercio internacional no es lo mismo el incumplimiento por parte de un importador o exportador o de un despachante de aduana, o el caso de un funcionario aduanero, pues este último tiene un doble deber de cumplimiento, uno es el general que corresponde a todos los obligados y el otro es especial, derivado de su función de hacer cumplir la ley. No obstante, como estudiara, para éste último la aplicación de la medida restrictiva no es obligatoria sino facultativa, por lo que debería receptarse este concepto para todos en defensa de las garantías constitucionales afectadas.

Al mismo tiempo, no se brindan los recursos para impugnar la suspensión impuesta. Adviértase que para que el principio de igualdad sea eficaz se requiere consensuar medios de defensa, esto es, fijar pautas de aplicación y recursos para contrarrestar los abusos.

Además, en este estudio se ha intentado poner de manifiesto que el principio de proporcionalidad opera como una regla que nos puede llevar a buen puerto pero que necesita

parámetros para ser justa, porque deberá haber un criterio razonable a la hora de aplicar una sanción y no otra.

La razonabilidad de las medidas adoptadas es una exigencia básica para poder fundar cualquier avance sobre la esfera de libertades personales.

Los funcionarios, legisladores y magistrados deben ponderar con criterio prudencial la importancia de los bienes tutelados, las garantías constitucionales y lograr entre todos que no se comenten ilícitos y llegar a la verdad de los hechos sin afectar derechos personalísimos.

Desde esa perspectiva, confío en que cada sujeto conozca sus derechos y deberes, los ejerza acorde, con responsabilidad y compromiso, así la ponderación de una sanción ante una eventual inconducta o falta grave, o verse involucrado en una investigación penal, no sea más gravosa o afecte sus derechos y el debido proceso, siguiendo el buen criterio y la razonabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- **Procedimiento administrativo disciplinario**
El sumario. Alfredo REPETTO. 2da. Edición 2014.
- **Régimen disciplinario**
- **MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo**, t. III-B, n°1021, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 369.
- **Buenos Aires, Miércoles 9 de Junio de 2010.**
DISPOSICION N° 185/10 (AFIP) publicado el 1 de junio de 2010
Asunto: Régimen Disciplinario Unificado.
- **Código Aduanero**
- **Condigo Aduanero comentado.** ALSINA, Mario, BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., COTTER MOINE, Juan P., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., *Código Aduanero Comentado Tomo I (Arts. 1 a 465)*, completado y actualizado por BARREIRA, Enrique, BASALDÚA, Ricardo X., VIDAL ALBARRACIN, Héctor G., COTTER Juan Patricio (H), SUMCHESKI, Ana Laura, VIDAL ALBARRACIN, Guillermo (H) t. I, pág. 180. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- **Código Aduanero del Mercosur. Anotado.**
- **Leyes especiales.**
- **Decreto 467/99.**
- **Disposición 185/10 Afip- Régimen Disciplinario Unificado.**
- **Disposición 13/2015 Afip.**
- **La responsabilidad del despachante de Aduana. Dr. Héctor G. Vidal Albarracín.**
- **La responsabilidad del Agente de transporte aduanero. Jorge L. Tosi. Claudia M.M. Marinelli. Ediciones Cathedra Jurídica. 2012.**

- Trabajos Presentados en I Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero.
- Trabajos Presentados en VII Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero- 2015.
- BARTOMIOLI Lorena, "La sanción disciplinaria no sólo es un acto de naturaleza doméstica", Revista Comercio Exterior del Centro de Despachante de Aduana n° 849 de octubre de 2008. Recoge el comentario al art. 52 del Código Aduanero y señala las faltas disciplinarias son de naturaleza penal por lo que deben estar rodeadas de todas las garantías, máxime cuando los actos de inconducta son imprecisos y sujetos a la discrecionalidad del instructor. Así, sobre la base de principios consagrados en Tratados Internacionales que recogen la garantía de un juez independiente e imparcial, estima que la privación de una revisión antes de la aplicación de la medida es violatorio al debido proceso y la presunción de inocencia y por ende inconstitucionalidad.
- "Responsabilidad de los Funcionarios Públicos- Dirección de Sumarios Administrativos- 2009. MTEySS.
- Fallos "Losicer".
- Publicaciones en sitios web, páginas oficiales, congresos y seminarios y artículos comentados en diarios electrónicos de referencia al tema elegido.
- Revista OPINIÓN Comercio Exterior. "Las faltas de apoderados y dependientes". Dr. Fernando G. Camaüer.
- Revistas de Jurisprudencia especializadas (LA LEY, EL DERECHO, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, REVISTA ACTUALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO, entre otras.