Tribunal Aduanero Nacional
Expediente N° 2005-503
Voto N° 121-2006

Sentencia N° 093-2006. Tribunal Aduanero Nacional. San José, a las catorce horas con quince minutos del día siete de abril de dos mil seis.

Conoce este Tribunal del recurso de apelación presentado por la señora xxx en representación de la Agencia Aduanal xxx S.A., contra la Resolución AL-PA-495-2005 del 16 de junio de 2005 de la Dirección General de Aduanas.

Resultando

1. Que a través de oficios DCF-DEN-1286-02 del 06-12-02; DCF-DEN-011-03 del 09-11-03 y DCF-DEN-414-03 del 23-05-03 y Acta de Inspección N° DCF-DEN-076-03 del 12-6-2003; se le requiere por parte de la División de Control y Fiscalización de la Dirección General de Aduanas a la Agencia Aduanal xxx S.A., la presentación de las declaraciones aduaneras N° 000000 de 21-11-2001 y N° 000000 de 7-6-2002 ambas de la Aduana de Limón. (Ver folios 384, 385, 402, 406 y 412)

2. Con escrito de fecha 17 de enero de 2003 la Agencia Aduanal xxx S.A manifiesta que las declaraciones aduaneras solicitadas no se encuentran en su poder sino que se encuentran en el archivo de la Aduana de Limón. (Ver folio 387)

3. Que ante la solicitud a la Aduana de Limón de las declaraciones de cita, a través de oficios AL-DA-0700-2003 y AL-DA-0701-2003 la Aduana manifiesta que según consta en el Libro de Registro dichas declaraciones aduaneras de importación definitiva fueron entregadas al auxiliar de la función pública, señor xxx , Asistente de la Agencia xxx Carnet N° xxx. (Ver folios 395 y 396)

4. Mediante Resolución RES-AL-PA-141-2005 de 19 de abril de 2005 la Dirección General de Aduanas inicia procedimiento ordinario tendiente a determinar la responsabilidad de la Agencia Aduanal xxx S.A., al considerar que se incumplió con lo estipulado en el artículo 30 inciso b) de la Ley General de Aduanas (LGA) y 115 inciso b) de su Reglamento "por presunta violación del artículo 239 inciso a) de la Ley General de Aduanas", otorgándole un plazo de quince días hábiles para que se apersone a exponer alegatos y pruebas (Ver folios 462 a 468)

5. Con escrito de fecha 26 de mayo del 2005, la recurrente se apersona a expresar alegatos contra la Resolución RES-AL-PA-141-2005 de 19 de abril 2005. (Ver folios 469 a 475)

6. Que mediante Resolución RES-AL-PA-495-2005 del 16-6-2005, la Dirección General de Aduanas dicta el acto final del procedimiento, determinando la responsabilidad de la agencia por no conservar la declaración aduanera, imponiéndole una sanción de suspensión de un mes en el ejercicio de sus actividades, por cada una de las declaraciones, señalando que la suspensión comprende el lapso de dos meses. (Ver folios 476 a 485)

7. Dentro del plazo legal conferido, la Agencia Aduanal xxxx S.A. presenta recurso de reconsideración y de Apelación contra el acto final dictado por la Dirección General de Aduanas. (Ver folio 486 a 492)

8. Con Resolución RES-DN-198-2005 de 01 de octubre de 2005 la Dirección General de Aduanas resuelve declarar parcialmente con lugar el recurso de reconsideración, en cuanto al término de la suspensión, la cual se aplica de conformidad con el artículo 239 a) de la Ley 7557 ya derogado, en los demás extremos se ratifica lo

resuelto en el acto final. Asimismo, procede a emplazar a la agencia recurrente para que dentro del plazo de diez días hábiles se apersone ante esta Sede a mantener, reiterar o ampliar sus alegatos de defensa. (Ver folios 493 a 511)

9. Que la recurrente en fecha 05 de octubre de 2005, se apersona ante este Tribunal a ampliar y reiterar sus alegatos de defensa contra el procedimiento seguido, argumentando en esencia que su representada no es responsable por no custodiar las dos declaraciones aduaneras, toda vez que las mismas no estaban en su poder ya que la Aduana nunca se las entregó, aduce que la carga de la prueba la tiene la Dirección General de Aduanas y que élla debió demostrar su dicho en expediente, en el sentido de que las declaraciones aduaneras de marras, fueron efectivamente entregadas a su asistente señor xxx, para ello solicita copia certificada del "Libro de Registro de Documentos" de la Aduana de Limón. (Ver folios 514 a 522)

10. Mediante Auto N° 200-2005, Voto N° 742-2005, de 12 de diciembre de 2005 este Tribunal acoge la inhibitoria presentada por el señor Gómez Sánchez, teniéndolo por separado del conocimiento del presente asunto, en sustitución se integra el Colegio los días 27-1-2006 y 17-3-2006 con el Miembro Suplente Especialista Licda. María Elena Soto Ramírez y el día 07 de abril de 2006 con la Licda Floribel Chaves Arce nombradas mediante Acuerdos N° 006-H-2006 del 9-1-06, N° 038-H-2006 DEL 23-2-06 y N° 049-H-2006 del 21-3-06. (Ver folios 524 a 532, 547 y 563).

11. Que en busca de la verdad real y de previo a resolver el presente asunto, mediante Auto N° 005-2006 del 27-1-06, este Tribunal solicitó a la Aduana de Limón remitir copia certificada del registro mediante el cual constan las devoluciones de las declaraciones aduaneras N° xxx del 21-11-2001 y N° xxx del 7-6-2002 a la Agencia

Aduanal xxx S.A. Requerimiento atendido por la Aduana a través de oficio AL-DA-456-06 del 27-2-2006. (Ver folios 533 a 541, 544 a 546 y 549)

12. Que mediante Auto N° 015-2006 del 17-3-06 este Tribunal resuelve dar audiencia y poner a disposición de las partes el expediente para que se refieran a las pruebas recabadas visibles a partir de los folios 544. Que tanto la Agencia xxx S.A. como la Dirección General de Aduanas se refirieron a dichas pruebas con oficios de fecha de recibido 29-3-06 visible a folio 559 y DN-355-06 del 31-3-06 visible a folio 565. (Ver folios 552 a 561 y 565 a 566)

13. Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones de ley.

Redacta la Licenciada Céspedes Zamora; y,

CONSIDERANDO

I. **Objeto de la litis**. El objeto de la presente litis es determinar si existe responsabilidad de la Agencia Aduanal xxx S.A., por presunta violación del artículo 30 b) de la Ley General de Aduanas y 115 inciso b) de su Reglamento, al no conservar como la ley ordena las declaraciones aduaneras N° xxx de 21/1/2001 y N° xxx de 7-6-02 ambas de la Aduana de Limón, cuya consecuencia según la Administración es la aplicación de la sanción prevista en el artículo 239 inciso a) de la Ley General de Aduanas que sanciona al auxiliar de la función pública aduanera con suspensión de un mes de sus actividades.

II. **Sobre la admisibilidad del recurso de apelación ante este Tribunal**: Que de previo a cualquier otra consideración, se avoca este Órgano al estudio de admisibilidad del presente recurso de apelación conforme con lo dispuesto por el artículo 204 de la Ley General de Aduanas, es decir, a determinar si en la especie se cumple con los presupuestos procesales, que constituyen requisitos necesarios para que pueda constituirse un procedimiento válido. En tal sentido dispone el citado artículo que contra la resolución dictada por la Dirección General de Aduanas, cabe recurso de apelación ante este Tribunal, el cual debe interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación. Sin embargo, el mismo artículo condiciona la admisibilidad del recurso por parte de la Dirección General de Aduanas, a dos requisitos procesales: 1-tiempo y 2- forma. Es decir, que el recurso debe ser presentado en tiempo (dentro del plazo de 3 días). Así, tenemos que en el presente caso la resolución recurrida fue notificada al interesado en fecha 13 de julio de 2005 (Folio 485) y el recurso de apelación fue interpuesto el 18 de julio de 2005 (Folio 486), dentro del plazo legalmente establecido. Además debe ser presentado en forma, o sea, cumpliendo con los presupuestos procesales, entre ellos, los relativos a la capacidad procesal de las partes que intervienen en el procedimiento, lo cual no presenta problemas en el presente caso, toda vez que consta a folio 513 la acreditación de la señora xxx. Siendo entonces que en el presente caso, se cumplieron con dichos requisitos de admisibilidad, estima este Tribunal como bien admitido el recurso de apelación.

III. **Hechos Probados:** A efecto de dilucidar sobre la sanción impuesta por la Administración Aduanera al auxiliar de la función pública Agencia Aduanal xxx S.A. y para lo que interesa, se tiene debidamente demostrado en expediente:

1- Que en reiteradas ocasiones a través de oficios DCF-DEN-1286-02 del 06-12-02; DCF-DEN-011-03 del 09-11-03 y DCF-DEN-414-03 del 23-05-03 y Acta de Inspección N° DCF-DEN-076-03 del 12-6-2003; se le requiere por parte de la División de Control y Fiscalización de la Dirección General de Aduanas a la Agencia Aduanal xxx S.A., la presentación de las declaraciones aduaneras N° xxx de 21-11-2001 y N° xxx de 7-6-2002 ambas de la Aduana de Limón, a efecto de realizar investigación por denuncia interpuesta por el Ministerio del Ambiente y Energía con motivo de las importaciones de Gas Refrigerante del tipo R-11 y R-12. **(Ver folios 384, 385, 402, 406 y 412)**

2- Con escrito de fecha 17 de enero de 2003 la Agencia Aduanal xxx S.A manifiesta que las declaraciones aduaneras solicitadas no se encuentran en su poder sino que se encuentran en el archivo de la Aduana de Limón. **(Ver folio 387)**

3- Que ante la solicitud a la Aduana de Limón de las declaraciones de cita, a través de oficios AL-DA-0700-2003 y AL-DA-0701-2003 la Aduana manifiesta que según consta en el Libro de Registro, dichas declaraciones aduaneras de importación definitiva fueron entregadas al auxiliar de la función pública, señor xxx , Asistente de la Agencia xxx S.A, Carnet N° xxx. **(Ver folios 395 y 396)**

4- Que en busca de la verdad real y de previo a resolver el presente asunto, mediante Auto N° 005-2006 del 27-1-06, este Tribunal solicitó a la Aduana de Limón remitir copia certificada del registro mediante el cual constan las devoluciones de las declaraciones aduaneras N° xxx del 21-11-2001 y N° xxx del 7-6-2002 a la Agencia Aduanal xxx S.A. Requerimiento atendido por la Aduana a través de oficio AL-DA-456-06 del 27-2-2006. **(Ver folios 533 a 541, 544 a 546 y 549)**

IV. Sobre los aspectos de Fondo del recurso. La discusión de fondo de este recuso se basa en el hecho demostrado en expediente que dio origen a la sanción interpuesta,

cual es que el auxiliar **no presentó las declaraciones aduaneras N° xxx de 21-11-2001 y N° xxx de 7-6-2002 ambas de la Aduana de Limón cuando fue requerida por la autoridad aduanera a través de oficios que se señalan en el punto 1 de los hechos probados**. Y la nulidad de fondo alegada por el recurrente, en cuanto estima en primer término que su representada nunca tuvo en su poder las declaraciones aduaneras de cita y que en consecuencia no existe sanción a ella atribuida. De ahí que para determinar la procedencia o no de dicha sanción, debemos obligatoriamente analizar los siguientes aspectos:

1. **Régimen de responsabilidad de los auxiliares de la función pública aduanera.** Siendo la Agencia de Aduanas xxx S.A., un auxiliar de la función pública aduanera, resulta importante señalarle que tiene una responsabilidad especial en virtud de tal condición, ya que los agentes aduaneros sean persona física o jurídica tienen un régimen de responsabilidades especialmente dado en la legislación aduanera, siendo este tema de obligada referencia frente al asunto que nos ocupa.

   Es por ello que resulta importante resaltar que la Ley General de Aduanas al consagrar los fines del régimen jurídico aduanero en su artículo 6 claramente definió un equilibrio entre la facilitación y agilización de las operaciones de comercio exterior con la correcta percepción de los tributos y la represión de las conductas ilícitas que atenten contra la gestión y el control de carácter aduanero, equilibrio que implica contar con un Sistema Aduanero basado en el fortalecimiento de las atribuciones aduaneras del Servicio Aduanero según se regula en los artículos 22 y siguientes de la LGA y con el <u>reconocimiento del carácter de auxiliares de la función pública</u> aduanera a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas y privadas que habitualmente efectúan operaciones de carácter aduanero, en nombre propio o en representación de terceros ante el servicio según lo prescriben los artículos 28 y siguientes.

La normativa ha definido entre los auxiliares el rol de agente aduanero y le establece las condiciones en la prestación de sus servicios por lo que se le exige una especialización, una profesionalización y una constante actualización de sus conocimientos acorde con los avances del comercio exterior. De ahí que expresamente el Artículo 33 de la Ley General de Aduanas lo caracteriza por ser un **profesional de la gestión aduanera y no un simple intermediario para la ejecución** de un despacho de un régimen aduanero. De esta forma el agente está obligado a ser un **asesor de comercio internacional y aduanero, co-gestor** en la determinación y pago de las obligaciones tributarias, debiendo efectuar la declaración bajo fe de juramento, siendo que las funciones o actividades que realizan y la confianza depositada en su gestión, comportan alta responsabilidad fiscal. Ante esta nueva caracterización, para poder actuar ante el Servicio Nacional de Aduanas, los agentes aduaneros deben cumplir con una serie de obligaciones y requisitos generales y específicos (Ver artículos 94 a 98 del CAUCA II; artículos 28, 29, 33 a 39 de la LGA y artículos 77 a 117 del Reglamento), que garantice, entre otros aspectos, que la persona cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para coadyuvar con el Fisco en tan delicada actividad, entre las que se encuentra la obligación de custodiar las declaraciones aduaneras y sus documentos anexos, así como otra documentación, que con anterioridad custodiaba la Aduana.

Como lo ha señalado la Sala Constitucional en ocasión de la acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 241 de la LGA, misma que fue declarada sin lugar, que los auxiliares de la función pública aduanera están sujetos de manera directa a los deberes y obligaciones que le impone la ley en virtud de su carácter, siendo de relevancia reseñar lo que la Sala Constitucional indicó al respecto:

"En ese sentido, es preciso iniciar cualquier análisis con la delimitación de la naturaleza propia que la legislación le ha dado a los agentes aduaneros puesto que la actividad que realizan, trasciende del simple ejercicio del comercio, dado que laboran al amparo del régimen establecido en la Ley General de Aduanas y lo hacen dentro de un régimen especial de derechos y obligaciones que los define como "auxiliares de la función pública aduanera". En ese sentido, el artículo 33 de la Ley General de Aduanas establece que el agente aduanero es el profesional auxiliar de la función pública aduanera, autorizado por el Ministerio de Hacienda para actuar, en su carácter de persona natural, con las condiciones y requisitos establecidos en el Código Aduanero Uniforme Centroamericano y esa ley, en la prestación habitual de servicios a terceros en los trámites, regímenes y las operaciones aduaneras. En relación con lo anterior, el artículo 94 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano establece que el agente de aduanas es un auxiliar de la función pública aduanera autorizado para actuar en su carácter de persona natural por el Ministerio de Hacienda o Finanzas, con las condiciones y requisitos establecidos en este Código y su Reglamento para prestar servicio a terceros, habitualmente, en toda clase de trámites, regímenes y operaciones aduaneras. Debe indicarse que dentro de esta categoría de "auxiliar de la función pública aduanera", se puede ubicar a las agencias aduanales como personas jurídicas quienes, como tales, deben cumplir con las mismas obligaciones y responsabilidades establecidas para el auxiliar de la función pública aduanera y con el régimen jurídico impuesto por esa normativa para el agente aduanero persona física. Partiendo de lo anterior se tiene que, por la importancia de la labor que realizan esos auxiliares como coadyuvantes de los órganos de la Administración Pública en la gestión pública aduanera, el Estado ha debido regular el ámbito de sus competencias y para ello se ha hecho indispensable someterlos al cumplimiento de una serie de obligaciones y requisitos cuyo control y fiscalización descansa en la autoridad aduanera, siendo la Dirección General de Aduanas el órgano superior jerárquico nacional en materia aduanera.

IV.- Sobre las obligaciones de los auxiliares de la función pública aduanera: El artículo 29 de la Ley General de Aduanas establece que para poder operar como auxiliares de la función pública aduanera, las personas deberán tener capacidad legal para actuar, estar anotadas en el registro de auxiliares que establezca la autoridad aduanera, cumplir con los requisitos establecidos en esa ley, en los reglamentos y los que se disponga en la resolución administrativa que los autorice como auxiliares. También se indica en esa norma que el auxiliar que luego de haber sido autorizado deje de cumplir con algún requisito general o específico, no podrá operar como tal hasta que demuestre haber subsanado el incumplimiento. Por su parte, el artículo 30 de ese mismo cuerpo normativo establece las obligaciones básicas a las cuales se encuentran sujetos los auxiliares de la función pública aduanera: (...)

En el artículo 95 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, también se establecen deberes generales a los cuales están sujetos los agentes de aduanas: (...) (el resaltado no es del texto) (voto N° 00843-2002 del 30 de enero de 2002)

De forma clara y directa nuestro Tribunal Constitucional ha establecido el ámbito de responsabilidad de todo auxiliar de la función pública aduanera, en especial del agente aduanero, por lo que al definirse tan claramente la misma, el régimen de obligaciones revierte un especial carácter por la condición propia de estos sujetos. Nos resta determinar si existe nulidad en el caso o bien si la conducta de ese auxiliar se ajusta al tipo previsto por la normativa aduanera y consecuentemente le corresponde la aplicación de la sanción impuesta.

2. **Sobre la obligación prevista en la legislación.** Como primer aspecto refiere el Derecho Administrativo Sancionador, sobre la tipificación de este derecho que: ***"El tipo, en consecuencia no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte***

que el incumplimiento es infracción" [1]. De manera que es necesario establecer primero la obligación prevista que manda en nuestro caso conservar determinados documentos y luego asociarla con la sanción prevista por no conservar.

Así los artículos 30 de la LGA y 115 del RLGA indican:

> ***"Artículo 30: Son obligaciones básicas de los auxiliares:***
> ***b) Conservar, durante un plazo de cinco años, los documentos y la información fijados reglamentariamente para los regímenes en que intervengan, salvo que exista regulación especial en contrario que exija un plazo mayor. Los documentos y la información deberán conservarse aún después de ese plazo, hasta la finalización del proceso judicial o administrativo cuando exista algún asunto pendiente de resolución."***
>
> **"*Artículo 115: Documentos que debe conservar el agente aduanero.***
> ***El agente aduanero deberá conservar bajo su responsabilidad y bajo su custodia directa o por medio de terceros, originales o copias de los siguientes documentos:***
>
> ***a. Originales de las autorizaciones, licencias, permisos u otros documentos exigibles en las regulaciones no arancelarias.***
> ***b. Originales de la declaración aduanera, factura comercial, declaración de valor y conocimiento de embarque y copias del manifiesto de carga y la declaración de tránsito, cuando el agente actúe como declarante de ese régimen.***
> ***c. Copia de los Enteros de Gobierno por pago de tributos.***

[1] Alejandro Nieto "Derecho Administrativo Sancionador", página 298

Cuando los despachos parciales se realicen por medio de distintos agentes aduaneros, el consignatario deberá conservar una copia certificada por notario público, de los documentos originales conservados por el agente que presentó la primera declaración."

Ambos artículos establecen claramente una obligación de parte de los auxiliares de la función pública aduanera que custodien ***documentos e información*** que respalden una determinada operación aduanera, de conservarlos por un plazo de 5 años, siendo que la declaración aduanera es uno de ellos.

Sobre el tema del control y las obligaciones de los auxiliares de la función pública aduanera la Sala Constitucional en el voto de previa cita señaló:

"***Sobre la potestad de control y fiscalización de la Administración:*** *Frente al conjunto de obligaciones y deberes a los cuales se encuentran sujetos los auxiliares de la función pública aduanera, se encuentran las potestades de control y fiscalización que le han sido otorgadas a la Administración y que le permiten corroborar el adecuado ejercicio de sus labores por parte de tales auxiliares. En ese sentido, la Ley General de Aduanas en los artículos 22, 23 y 24, establece las atribuciones aduaneras, las cuales hacen referencia directa a las potestades de fiscalización y control de la Administración Aduanera respecto de las actividades propias del ámbito de su competencia. Disponen esos numerales: (...)*

Del anterior numeral 24 y en relación con el tema objeto de análisis, es oportuno resaltar lo indicado en ***el inciso j) según el cual, una de las atribuciones con que cuenta la autoridad aduanera es el verificar que los auxiliares de la función pública aduanera cumplan con***

sus requisitos, deberes y obligaciones" Voto Sala IV, 2002-0843. (El resaltado no es del texto)

3. **Bien jurídico tutelado en la norma.** Es aquí donde resulta de vital importancia desentrañar la intención del legislador en imponer esta obligación o bien determinar cual es el bien jurídico tutelado por la norma que impone una obligación con una consecuente sanción en caso de incumplimiento. En ese sentido valga el comentario del Profesor Alejandro Nieto al hacer una relación entre los tipos penales y los tipos sancionadores administrativos que ***"Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario no son autónomos, sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción"*** [2].

Asimismo, la imposición de una determinada obligación está vinculada con la finalidad que persigue el legislador en imponerla, no se trata de crear una obligación sin contenido o sentido, por el contrario las obligaciones tienden a garantizar determinadas conductas de sus destinatarios para lograr un resultado. Así por ejemplo la obligación de referencia está directamente relacionada al control aduanero, en virtud de que el conservar por un período una determinada documentación, tiene su razón de ser, toda vez que permite que en el preciso momento en que así sea requerida por la autoridad competente, para ejercer algún tipo de control de acuerdo con los artículos 22, 23 y 24 de la LGA, tal documentación o información esté "efectivamente" disponible para que el resultado sea realmente efectivo y eficaz. En el caso en estudio se pretendía realizar un análisis de todas las declaraciones aduaneras que amparaban la importación de Gas refrigerante tipo R-

[2] Alejandro Nieto, DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, segunda edición, editorial Tecnos, página 298

11 y R-12 a efecto de atender denuncia interpuesta por el Ministerio de Ambiente y Energía.

Si analizamos concretamente la obligación establecida en el artículo 30 b) de la LGA, nos lleva a concluir que la obligación impone un deber de cuidado sobre la documentación que custodia con el objeto de que esté disponible para la autoridad aduanera, dentro del plazo estipulado, cuando así sea requerida, siendo el **control y la fiscalización** que pueda ejercer la autoridad aduanera con fundamento en las disposiciones normativas, la razón o la esencia de tal obligación.

4. **Sobre el tipo infraccional.** En el caso en examen, lo cierto es que al momento de requerir las declaraciones aduaneras bajo su cuidado al auxiliar, éste no la presenta, pese a que se le realizaron varios requerimientos para su presentación, por lo que se inicia un proceso sancionatorio por el incumplimiento ante la existencia de una norma que en criterio de la Dirección General de Aduanas sanciona con suspender por un mes en el ejercicio de su función al auxiliar por no conservar la citada declaración de importación. Dispone el artículo 239 de la LGA:

> ***"Artículo 239: Suspensión de un mes.***
> ***Será suspendido por un mes del ejercicio de su actividad ante la autoridad aduanera, el auxiliar de la función pública aduanera que:***
>
> ***a) <u>No conserve</u>, durante un plazo de cinco años, los documentos y la información de los regímenes en que ha intervenido o no los haya conservado aún después de ese plazo y hasta la finalización del proceso de que se trate, en los casos en que conozca la existencia de un asunto***

pendiente de resolver en la vía judicial o administrativa." (el resaltado no es del texto)

Así las cosas, nos resta por analizar la norma citada que estableció el ordenamiento jurídico sancionador, como represión al incumplimiento de la obligación por parte del auxiliar. No sin hacer referencia a la necesidad de aplicar por tratarse de materia sancionatoria de los principios y garantías del Derecho Penal aplicables al caso, en especial para verificar si en la especie se constituye la infracción administrativa. De tal suerte que los hechos deben estudiarse frente a los principios de legalidad o tipicidad y el de culpabilidad.

a) **Sobre el Principio de legalidad o tipicidad.** Este principio exige que toda sanción este prevista en una ley y, que esa ley tenga una adecuada descripción de la conducta infractora y de las consecuencias jurídicas de las mismas, siendo necesario que la norma contenga una clara y completa descripción de los tipos, ello en resguardo de la seguridad jurídica.

Nuestra jurisprudencia constitucional al respecto ha señalado:

"***SOBRE LA FALTA DE ANALISIS DE ANTIJURIDICIDAD Y TIPICIDAD. En cuanto a este punto es indispensable analizar previamente el principio de legalidad en sede penal. El principio de legalidad en general es el que define la investidura, competencia y atribuciones de las autoridades públicas y las circunscribe a un marco de constitucionalidad y legalidad, fuera del cual se convertirían en ilegítimas y arbitrarias. Desde esta perspectiva el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros este principio que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. De tal garantía se deriva la antijuridicidad que consiste en***

el juicio de valoración que se hace sobre cierto hecho, a fin de determinar si el mismo ha ocasionado o tendido a ocasionar algo que precisamente el derecho quería evitar. También se deriva la tipicidad, que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. La tipicidad garantiza que ninguna acción humana puede constituir delito, si no la define como tal una ley anterior que dicte el órgano competente. De este modo, la tutela del debido proceso ampara dentro de la protección al principio de legalidad, la garantía de la antijuridicidad y la tipicidad, las cuales permiten a los individuos tener la seguridad de que sólo serán requeridos y eventualmente condenados por la comisión de conductas que son contrarias al Ordenamiento Jurídico y que expresamente están tipificadas como delitos." (Sala Constitucional Voto 5238-94)

Asimismo sobre los tipos penales el Tribunal Constitucional indica:

"Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinada condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal.

IV.- De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la

eficacia absoluta del principio de reserva, que como ya se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular." (Sala Constitucional Voto 1877-90)

Por lo que se debe determinar si efectivamente el artículo 239 de la LGA claramente tipifica como infracción administrativa el no conservar una declaración aduanera y su ámbito de aplicación.

El tipo señala como el sujeto de la conducta al auxiliar de la función pública aduanera, en cuyo caso se trata del agente de aduanas, sin distinguir entre persona jurídica y física, por lo que ambos califican, siendo que al ser la Agencia Aduanal xxx S.A., efectivamente un auxiliar de la función pública aduanera, no existe en consecuencia problema alguno en relación con el sujeto sancionado.

Expresamente describe la norma como la conducta sancionable el **"no conservar"** y como la pena o consecuencia de esa conducta la"**suspensión de un mes del ejercicio de su actividad"**, que en el caso es su actuación como agente aduanero persona jurídica. Estando en consecuencia claro el tipo, en cuanto a quien va dirigido, la conducta reprochable y la sanción o pena, por lo que la norma no presenta problemas de tipicidad, no solo porque se trata de una

sanción impuesta vía ley, sino por que la norma es clara y concreta, resguardándose así el principio de seguridad jurídica.

b) **Análisis de la adecuación de la conducta al tipo infraccional.** Aquí el punto a determinar es si los hechos atribuidos por la Dirección General de Aduanas, en efecto encuadran en el tipo sancionatorio aplicado. Ello es de relevancia significativa si consideramos el hecho de que las declaraciones aduaneras no fueron presentadas en el momento en que la autoridad la requirió, aduciendo que no las tienen en su poder y que se encuentra en el archivo de la Aduana de Limón.

A tales efectos, es necesario establecer el verdadero sentido que nos presenta la norma sancionatoria, o sea realizar en el caso una correcta interpretación.

La interpretación de las normas jurídicas señalan Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becu en su obra "Introducción al Derecho" ***"significa desentrañar su verdadero sentido y alcance. La interpretación constituye una tarea técnica que tiende a investigar la inteligencia que debe darse a una norma, determinando así su campo de aplicación.(...) La primera solución que se presenta consiste, naturalmente en analizar las palabras empleadas (interpretación gramatical). Si con este método no se llega a un resultado aceptable, debe investigarse el espíritu de la norma (interpretación lógica), ya sea recurriendo a los datos que pueden poner de manifiesto la intención del legislador, ya sea determinando la intención misma de la ley."*** (páginas 252 y 254)

Tomando como base la interpretación gramatical tenemos que de acuerdo con el vocablo **"conservar"** el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas define el mismo como ***"Cuidar, mantener // Guardar,***

custodiar //Resistir // Hacer que duren las cosas." (Tomo II página 310). De manera que el tipo lo que castiga es el no cuidar, no mantener, no guardar por un plazo determinado los documentos y la información a la que está obligado.

Partiendo de lo anterior, entonces analizando la situación fáctica del presente caso, se tiene que la declaración aduanera N° xxx fue aceptada el 21-11-2001, por lo que en principio el deber de conservar la declaración es del 21 de noviembre de 2001 al 21 de noviembre de 2006 y la N° xxx del 07-6-2002 debió conservarse del 07 de junio de 2002 al 07 de junio de 2007. Asimismo, se tiene demostrado en expediente que en reiteradas ocasiones la autoridad aduanera le solicitó a la Agencia xxx la remisión de las declaraciones aduaneras de marras (Ver oficios señalados en el hecho probado 1), manifestando el recurrente que dichas declaraciones no las tenían en su poder por encontrarse en el archivo de la Aduana. Es así como se hace formal solicitud a la Aduana de Limón y ésta señala a través de oficios AL-DA-0700-2003 y AL-DA-0701-2003 que según consta en el Libro de Registro dichas declaraciones aduaneras de importación definitiva fueron entregadas al auxiliar de la función pública, señor xxx, Asistente de la Agencia xxx S.A, Carnet N° xxx. (Ver folios 395 y 396).

Hecho que fue demostrado por este Tribunal, toda vez, que en busca de la verdad real este Órgano solicitó a la Aduana de Limón remitir copia certificada del registro mediante el cual constan las devoluciones de las declaraciones aduaneras N° xxxx del 21-11-2001 y N° xxx del 7-6-2002 a la Agencia Aduanal xxx S.A. Requerimiento atendido por la Aduana a través de oficio AL-DA-456-06 del 27-2-2006. (Ver hechos probados 3 y 4). Prueba válida que no pierde su valor como alega la parte por no ser competente el Departamento Administrativo. En efecto, el hecho de que el numeral 34 del RLGA citado por el recurrente no

incorpore específicamente dicha facultad no significa que la misma no se ubica dentro de las otorgadas por dicho numeral. De la lectura de los incisos m), n) y o) del citado artículo es clara la competencia del departamento en materia de registro, control y conservación del acervo documental de la Aduana por lo que conteste con el numeral 65.2 de la Ley General de Administración Pública le corresponde la certificación de la documental impugnada.

Como se aprecia de los hechos, en expediente existe prueba que demuestra que el recurrente no conservó, no guardó o no custodió las declaraciones de cita. Además, la obligación de conservar por un tiempo determinado, tiene una razón lógica de ser: que por ese período este disponible para la autoridad aduanera la información, para que así pueda cumplir con el fin de la norma: el ejercicio del control y fiscalización. El artículo 239 a) literalmente es claro castiga la no conservación, y el objeto de dicha conservación no es que el auxiliar sea un simple custodio de una documentación intrascendente, sino que asume una función que antes la ejercía la Aduana y por el carácter propio de auxiliar se le encomienda el custodiar o conservarlos. Una de las razones para esa conservación lo es el control a posteriori que puede ejercitar la autoridad aduanera. Otra es que se trata de documentos públicos que deben conservarse por su propia naturaleza y por que la ley así obliga[3], de manera que el tenerla a disposición, durante los 5 años, a la orden y a la vista de la Aduana es una finalidad intrínseca de la obligación. Nótese que no tiene lógica imponer una obligación de custodiar un documento público, si éste no tuviera valor para la Administración Aduanera. No se trata de custodiar cualquier cosa sino aquella documentación que eventualmente puede servir de base para revisar la determinación de una obligación tributaria aduanera o bien para establecer

[3] La Ley del Sistema Nacional de Archivo Número 7202 de fecha 24 de octubre de 1990

parámetros de control y fiscalización, etc. De manera que la sanción en igual sentido persigue reprimir la conducta contraria, sea el no conservar, siendo importante que el tipo se configura en la medida que el documento sea requerido o solicitado por cualquier vía por la autoridad aduanera y no lo tenga disponible el auxiliar, como en el presente caso.

Por otra parte**,** siguiendo con el análisis, debemos indicar que el verbo "no conservar", representa una posible acción, en tanto a través de una determinada conducta el responsable podría destruir la documentación o la información que debe conservar, o bien omitir alguna acción que tenga como consecuencia la no conservación. En el caso, el auxiliar por razones desconocidas en expediente, por acción u omisión no conservó las declaraciones aduaneras de importación, en tanto se les requiere y no las aporta, lo que nos hace concluir que evidentemente no las tenía en su custodia a pesar de quedar demostrado que las declaraciones de cita fueron debidamente retiradas por personeros de la Agencia xxx, -según consta en certificación de la Aduana visible a folios 546 y 549-, lo que constituye una conducta imputable de forma directa a la agencia recurrente. Consecuentemente existe un incumplimiento al deber de cuidado, de tipo pasivo, en tanto lo que la obligación le impone es conservar y custodiar los documentos y la información.

c) **Sobre el principio de culpabilidad.** Finalmente debemos referirnos al principio de culpabilidad. La culpabilidad presupone la existencia de la imputabilidad o sea la condición del infractor que lo hace capaz de actuar culpablemente ya sea con dolo o culpa. "La culpabilidad comprende el estudio del contenido interno de

un hecho que se ha declarado ilícito y del cual el sujeto es ya considerado autor."[4]

Se basa en el principio de que no hay pena sin culpa, debiéndose demostrar en el presente caso el elemento subjetivo, esto es, que el recurrente efectivamente omitió el cumplimiento de la obligación y que no existe una causa eximente de responsabilidad, es decir que no argumenta ninguna justificación que permita establecer que no tiene culpa alguna o no le es reprochable la conducta, pues no dependía de su actuación los hechos atribuidos.

En un sentido estricto señala Nieto ***"el término "culpabilidad" se contrapone al de "inocencia". En ese sentido, bajo la expresión "principio de culpabilidad" pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen en común exigir, como presupuesto de la pena que pueda "culparse" a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto de delitos ajenos: "principio de personalidad de las penas" . En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino solo "conductas" , hechos: "principio de responsabilidad por el hecho" exigencia de un "Derecho Penal de hecho". Más no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso que el hecho haya sido "querido" (doloso) o haya podido "preverse y evitarse" (que pueda existir culpa o imprudencia): "principio de dolo o culpa". Por último . para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele***

[4] "DERECHO TRIBUTARIO PENAL" Horacio A. García Belsunce, página 175

normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: "principio de atribuibilidad" o de "culpabilidad en sentido estricto" ".[5]

Asimismo, la Sala Constitucional sobre la culpabilidad ha dicho:

"Partiendo de lo anterior y en aras de tutelar no sólo el debido proceso sino también el principio de inocencia, ambos comprendidos por el artículo 39 constitucional, se hace indispensable que la demostración de culpabilidad del acusado se haga plenamente, y llegue más allá de toda duda razonable. En consecuencia, si se concluyó que un acusado es culpable del delito que se le endilga y se dictó sentencia condenatoria en su contra sin haberse realizado previamente la valoración de antijuridicidad y tipicidad que es indispensable para llegar a tal conclusión, la sentencia habría violado el derecho al debido proceso, pues se está burlando el cumplimiento de dos elementos sustanciales que integran tal derecho constitucional, circunstancias las cuales deberán ser valoradas en definitiva para el caso concreto por la Sala consultante." (Sala Constitucional Voto 5238-94)

Es aquí donde se realiza una valoración de la conducta del posible infractor, determinando la existencia del dolo o la culpa en su actuación. Varios connotados tratadistas coinciden en que existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por ley. En consecuencia, entre las formas de culpa encontramos: 1) incumplimiento de un deber (negligencia) 2) afrontamiento de un riesgo (imprudencia).

[5] Op cit. Alejandro Nieto, página 339

Sobre la cupabilidad este Tribunal ha dicho: *" La indagación de la culpabilidad solamente puede ser fundamentada en la efectiva comisión de un hecho preciso y adecuado a una figura penal."...En doctrina se define la culpa como el" Descuido o desprecio de las precauciones más elementales para evitar un daño o impedir un mal", que en el caso refiere a incumplir con obligaciones específicas para la recepción, descarga y depósito de mercancías dentro de las áreas habilitadas para depósito fiscal.*
Por el término negligencia se ha definido "… omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones..." (ver sentencia 02-98).
El agente aduanero, en el caso concreto y en virtud de su rol de auxiliar de la función pública aduanera, que implica ser un asesor de comercio internacional y poseer los conocimientos técnicos respecto del quehacer aduanero, es conocedor del régimen de obligaciones a las que esta inmerso en virtud de su condición, según se explicó con anterioridad de manera amplia. En ese sentido sabe que es su obligación, conservar por un plazo de 5 años o más las declaraciones aduaneras de importación originales junto con su documentación anexa.

Es preciso hacer ver que existe responsabilidad de la agencia por la actuación de su asistente señor xxxx, funcionario de la Agencia xxx quien retiró del recinto aduanero las correspondientes declaraciones de marras según quedó demostrado en el Registro de Control que al efecto lleva la Aduana. En tal sentido, estima este Tribunal que en el presente asunto no se tuvo el deber de cuidado, ni consta en expediente que se realizara ninguna acción tendiente a recuperar el documento perdido y solicitado por la administración aduanera, es claro que la responsabilidad no es del asistente sino del auxiliar de la función

pública Agencia de Aduanas xxxx S.A de conservar la información de manera que a título de negligencia se le puede achacar la conducta.

Sobre el particular, y a efecto de fundamentar lo indicado, resulta imperioso referirse a la normativa aduanera contenida en el Capítulo II referente a los Agentes Aduaneros, Sección III "Otras Obligaciones Específicas", del Reglamento a la Ley General de Aduanas, en donde el Artículo 114 se refiere precisamente al registro de los asistentes de los agentes aduaneros, norma que literalmente expresa:

"Artículo 114.- Registro de asistente.
Los agentes aduaneros, personas físicas o jurídicas, deberán registrar los asistentes. Además del agente, los asistentes acreditados serán los únicos autorizados para actuar ante el Servicio, en representación del agente aduanero, dentro de los límites establecidos en el artículo 122 de este Reglamento"

Asimismo, dentro de las funciones de los asistentes de agentes aduaneros, para lo que interesa, claramente señala el artículo 122:

"Los asistentes de agentes aduaneros, sin perjuicio de las funciones que establezca la Dirección General mediante disposiciones administrativas, tendrán las siguientes funciones:
a……
b……..
c……..
d……..
e……..

f. Firmar, en representación del agente aduanero, las notificaciones emitidas por la autoridad aduanera."

De lo anterior, se colige que el auxiliar Agencia de Aduanas xxx es responsable por las actuaciones de los personeros acreditados bajo su agencia, específicamente del asistente señor xxx, carnet N° xxx, a quien la Aduana hizo entrega de las declaraciones aduaneras, hecho demostrado con la prueba traída a expediente por este Tribunal de las certificaciones por parte de la Aduana de Limón del Control de Registro de Documentos (Control de Pólizas) visible a folios 544 y siguientes.

Es claro entonces, que en el caso que nos ocupa estamos en presencia del incumplimiento de un deber, a título de negligencia de parte del auxiliar en su deber de cuidado en conservar la declaración aduanera requerida por la Administración. Siendo aplicable el artículo 71 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios que al efecto señala:

"Artículo 71. Elemento subjetivo de los hechos ilícitos tributarios. Los hechos ilícitos tributarios únicamente son sancionables si son realizados con dolo o culpa, incluso a título de mera negligencia en la atención del deber de cuidado que ha de observarse en el cumplimiento de las obligaciones y los deberes tributarios."

Sobre el elemento subjetivo de los hechos ilícitos tributarios este Tribunal en la sentencia 69-2000, ha analizado la aplicación supletoria del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, a efecto de examinar y aplicar ese elemento subjetivo:

"(...)De manera que conforme los artículos de cita no solo no existe norma que prohíba la aplicación por integración supletoria de las normas del Código Tributaria en el ámbito aduanero sino por el contrario, es abundante la normativa que ordena su aplicación y sólo ante la existencia de norma especial en la Legislación aduanera puede privar sobre la tributaria.

Finalmente y aunque quizá debió ser el inicio, el Código Tributario precisamente en el anterior artículo 72 (actualmente el 65 después de la reforma de la ley 7900 del 3 de agosto de 1999), en el capítulo correspondiente a las "Sanciones administrativas" señala:

"La Administración Tributaria impondrá las medidas administrativas establecidas en la Ley: multas y cierre de negocio..."

Y en el artículo 71 (artículo 69 actual) había señalado a quien o que órganos han de entenderse como Administración Tributaria al indicar:

"Para efecto del presente título III, el término Administración Tributaria, debe entenderse como los órganos de la Administración Tributaria adscritos al Ministerio de Hacienda"

Así que conforme con lo anterior no cabe duda que el deseo del legislador es aplicar dicho Título no sólo en materia de tributos y sanciones relacionados con la antes denominada Dirección General de Tributación Directa sino a todas las Administraciones Tributaras enmarcadas dentro del Ministerio de Hacienda.

Para concluir ésta parte, solo recordemos que el ordenamiento jurídico es uno, y que son los principios de jerarquía y especialidad de las normas los que nos señalan cuando una norma aplica o no a un caso concreto.

Partiendo de lo expuesto, es criterio de este Tribunal que resulta aplicable entonces en materia aduanera, la disposición contenida en el anterior artículo 69 del CNPT, y que actualmente corresponde al artículo 71 (...)"

Lo anterior nos lleva a concluir de que existió en el caso negligencia de parte de la agencia aduanera, ya que faltó al deber de cuidado y en razón de que no se demuestra en expediente la existencia de causas eximentes de responsabilidad.

Finalmente, con respecto al alegato del recurrente sobre la aplicación del último párrafo del Artículo 239 inciso a) al considerar que es inconstitucional, estima este Órgano que dicho argumento debe ventilarse en la Sede constitucional por ser la competente. Sin embargo note el recurrente que este Tribunal al declarar sin lugar el recurso lo ha sido por cuanto ha tenido por demostrado que las declaraciones aduaneras si le fueron entregadas a éste por la administración aduanera, lo que evidencia que solo a él cabe la entera responsabilidad de continuar la infracción o no, la cual a todas luces no puede sobrepasar el plazo decenal conforme la jurisprudencia constitucional.

De allí que, analizados todos los hechos este Tribunal puede concluir que no lleva razón el recurrente en cuanto a la no existencia de un tipo infraccional imputable a su conducta como auxiliar de la función pública aduanera, por el contrario, la conducta por él desplegada según se demuestra en expediente se adecua al tipo previsto en la legislación aduanera, siendo responsable por su conducta, al demostrarse que no se conservó el documento requerido por la administración aduanera. Consecuentemente debe declararse sin lugar el recurso y confirmarse la resolución recurrida.

POR TANTO

Con base en las facultades otorgadas por el artículo 91 del CAUCA artículos 203, 204, 205 y 254 de la Ley General de Aduanas. Por mayoría este Tribunal resuelve declarar sin lugar el recurso y confirma la resolución recurrida. Se da por agotada la vía administrativa. Remítase los autos a la oficina de origen. Voto salvado de la Licda Contreras Briceño quien anula todo lo actuado a partir del acto inicial.

Notifíquese a la Dirección General de Aduanas en sus oficinas centrales y al recurrente a la dirección señalada al efecto: xxx.

Alejandra Céspedes Zamora **Desiderio Soto Sequeira**

Mariela Chacón Salas **Elizabeth Barrantes Coto**

Dick Rafael Reyes Vargas **Floribel Chaves Arce**

Shirley Contreras Briceño
Presidenta

Voto salvado de la Licenciada Contreras Briceño: Me separo de la mayoría en el presente caso que corresponde a la sentencia **N°093-2006**, porque estimo que lo actuado en expediente debe ser anulado desde el acto de apertura del procedimiento sancionatorio, en la medida en que según mi criterio el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Aduanas, no tiene competencia para decidir la apertura del procedimiento, de ahí la decisión de anulación. Veamos:

El fundamento jurídico para la tal actuación, según consta en el **Considerando XI del acto apertura**, lo constituye la resolución DGA-041- del 28 de enero de 2005, publicada en Diario Oficial La Gaceta del 28 de febrero de 2005, en la que se dispuso:

"Con fundamento en los Artículos 11, 12, 192, 198 y 204 de la Ley General de Aduanas y los Artículos 89 y 214 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección delega en el Jefe de la Asesoría Legal de esta Dirección la emisión de actos de instrucción de los procedimientos administrativos ordinarios ***y para aplicar sanciones, los actos de apertura de los mismos,*** *así como aquellos actos de instrucción que considere la Administración necesarios para conocer las impugnaciones presentadas en los procedimientos indicados…" (el resaltado es nuestro)*

Lo primero que debemos objetar es que mediante la resolución de referencia se "delega" una potestad de imperio, como lo es sin duda alguna, la potestad sancionatoria, puesto que impone o suprime derechos y en esa medida afecta la esfera jurídica del administrado, si bien no el dictado del acto final, delega la valoración para la apertura del procedimiento sancionatorio.

En efecto, en el presente caso, se discute la imposición de una sanción de suspensión al auxiliar de la función pública, es decir, estamos ante el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, respecto de lo cual existe abundante jurisprudencia administrativa y judicial.

Así en el dictamen C-026-2002 la Procuraduría General de la República, en adelante la Procuraduría, señaló:

"La potestad sancionatoria de la Administración es una manifestación del ius puniendi del Estado, que se ejerce en protección del interés general. Dicho interés justifica, en efecto, la acción represora del Estado sobre la esfera de derechos del ciudadano.

El ámbito de la sanción administrativa es extenso e, incluso, podría decirse que su necesidad se plantea conforme se modifica la acción administrativa y, por ende, la orientación del Estado. Así, por ejemplo, el énfasis que ha sufrido la función reguladora del Estado en diversos ámbitos determina el reconocimiento de la potestad sancionatoria como parte esencial de la competencia de los entes reguladores…

Por su afectación a la esfera jurídica de los administradores, la potestad sancionadora, tanto si se trata de una potestad general como de la disciplinaria, no puede sino considerarse una potestad de imperio. Precisamente, una de las razones por las cuales se discutió en el siglo pasado si la Administración debe ser titular de una potestad sancionatoria reside en el carácter exorbitante de la potestad, una prerrogativa que puede afectar el principio de separación de poderes Por dicha circunstancia y por tratarse de una potestad que se ejerce en el ámbito externo de la Administración Pública, la atribución de la potestad debe derivar expresamente del texto de la ley, sin que le sea permitido al operador jurídico derivarla, por integración, de sus poderes. Es decir, no puede considerarse una potestad implícita. Pero además, la competencia sancionadora se atribuye para sancionar determinadas conductas, que el legislador ha tipificado, debiendo entenderse que la autoridad administrativa resulta incompetente para sancionar las conductas no tipificadas. En ese sentido, la competencia no abarca sólo la definición de la autoridad competente para actuar, sino que entraña una delimitación de la actuación administrativa a través de la tipificación de las conductas que deben ser

sancionados y de las condiciones para el ejercicio del poder punitivo. Como en otros ámbitos del accionar administrativo, en el régimen sancionatorio la ley debe precisar las condiciones bajo las cuáles la Administración puede ejercitar su competencia Es decir, si bien se reconoce que la potestad sancionatoria administrativa está marcada por un mayor grado de discrecionalidad que la potestad penal, para cumplir con los principios de legalidad y reserva de ley no es suficiente con que se otorgue una potestad para sancionar, sino que la ley debe definir las conductas que van a ser sancionadas en vía administrativa y cómo puede ejercerse la competencia…"

Por otra parte, conforme con las normas relativas a la delegación de funciones, contenidas en la LGAP, tenemos que si bien existe la posibilidad legal de delegar funciones, lo cierto es que también tal normativa impone limitaciones a tal facultad, sobre todo en lo que respecta a las competencias esenciales del órgano. Así disponen los artículos 89 y 90 de la LGAP:

"Artículo 89.-

1. Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza.

2. La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección.

3. No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.

4. La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial cuando sea para un tipo de acto y no para un acto determinado"

"Artículo 90.- La delegación tendrá siempre los siguientes límites:

a) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la ha conferido;

b) No podrán delegarse potestades delegadas;

c) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia;

d) No podrá hacerse delegación sino entre órgano de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función; y

e) El órgano colegiado no podrán delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario" (El subrayado no es del original)

Dentro de esta línea estima la suscrita que además de ser la potestad sancionatoria una potestad de imperio, **constituye parte esencial y significativa de las facultades legalmente asignadas al Servicio Nacional de Aduanas: ejercicio del control aduanero,** en el caso concreto, al Director General, en la medida en que constituyen o forman parte de lo que la legislación aduanera centroamericana (CAUCA), denomina potestad aduanera, cuyo ejercicio se asigna en forma exclusiva, a las autoridades aduaneras, y que es definida como el *"...el conjunto de derechos, facultades y competencias que este Código, su Reglamento conceden en forma privativa al Servicio Aduanero y que se ejercitan a través de sus autoridades artículo 7.*

Reforzando lo anterior la Ley General de Aduanas, consagra como uno de los fines del régimen jurídico aduanero, *"...**la represión de las conductas ilícitas** que atenten contra la gestión y el control de carácter aduanero y de comercio exterior."* (el resaltado es nuestro). Artículo 6 LGA.

En concreto respecto de la Dirección General de Aduanas, la LGA establece que en el uso de la competencia asignada, entre otras, le corresponde ***el ejercicio de las atribuciones aduaneras" art.11, es decir, el ejercicio de la*** potestad aduanera, es decir, del conjunto de atribuciones, facultades y competencia asignada a las autoridades aduaneras, dentro de las que debemos puntualizar la atribución que en en forma inequívoca el artículo 24 inciso i), de la LGA, concede en forma privativa a la autoridad aduanera, en el sentido de que le corresponde *"Investigar la comisión de delitos aduaneros* ***e***

imponer las sanciones administrativas y tributarias aduaneras correspondientes"(el resaltado es nuestro), concretando el artículo 7 inciso n) del Reglamento a la LGA, como función del Director General, la imposición de sanciones.

Así las cosas, no sólo porque se trata de una potestad de imperio sino y esencialmente porque se trata del efectivo ejercicio del control aduanero, es decir, de la potestad aduanera, que es la esencia misma y razón de ser del Servicio Nacional de Aduanas, es que no es posible en mi criterio la delegación emitida.
Debemos en este momento retomar lo que ya dijimos líneas atrás, en el sentido de que está claro que lo que se delega es la apertura del procedimiento de sanción y no la imposición de la sanción misma. Sin embargo, aún así estima la suscrita que se quebranta el orden jurídico con tal actuación porque recordemos, lo que en forma reiterada ha venido sosteniendo la jurisprudencia judicial y administrativa en el sentido de que en esta materia resultan aplicables los principios del derecho penal, si bien matizados y no de manera automática. Sobre el tema se ha dicho:

> "La "juridificación" de la potestad sancionadora de la Administración conduce a afirmar que este poder debe regirse por un estricto respeto de las garantías constitucionales en materia sancionatoria, como protección de los derechos de los ciudadanos. En el plano sustantivo, los principios de reserva de ley, tipicidad, irretroactividad de la norma sancionatoria desfavorable, responsabilidad, proporcionalidad, prohibición de penas perpetúas, y non bis in idem deben ser respetados tanto por el legislador, a quien corresponde otorgar la potestad, establecer las infracciones y las sanciones, como por la Administración que debe sancionar. Pero, además, se determina la aplicación de las garantías procesales, por ende, los principios y reglas que conforman el debido proceso: derecho de defensa, presunción de inocencia, demostración de culpabilidad, el

derecho a ser informado de los hechos, derecho de audiencia, derecho a no declarar contra sí mismo, etc.

En el dictamen N: C-222-2001 de 8 de agosto de 2001, manifestamos:

"El desarrollo de la potestad punitiva del Estado ha conducido a una unificación de sus principios y de la teoría de las infracciones, al punto que en la actualidad no existe una diferencia sustantiva entre los ilícitos penales y los administrativos. Lo que ayer fue tipificado por el legislador como delito, hoy puede estar consagrado como una mera infracción administrativa. De allí que la diferencia entre ambos ámbitos resida fundamentalmente en la titularidad de la potestad para imponer sanciones: las penas se imponen a través de un proceso judicial, mientras que las sanciones administrativas son impuestas por la autoridad administrativa. Lo anterior es el reconocimiento de que tanto el campo penal como el administrativo sancionador constituyen manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, o sea, de la potestad del Estado de castigar ciertas conductas antijurídicas de los habitantes. Este reconocimiento ha llevado a desdibujar la línea divisoria que existe entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. En ambos casos se trata de la afectación de la esfera de libertad de los administrados en razón del proceder del Poder Público; de allí que la tendencia actual de los diversos ordenamientos jurídicos sea aplicar el nivel de garantías de los habitantes establecido en el ámbito penal al ámbito administrativo. Quedan de lado, entonces, los tiempos en que la Administración Pública se encontraba autorizada para sancionar a los administrados sin el cumplimiento de mayores requisitos y, lo que es peor, sin estar sujeta a un sistema lógico de principios y procedimientos que asegurara la adecuada defensa de los derechos fundamentales de los habitantes. De esta forma, la validez de las sanciones administrativas está condicionada a que hayan sido impuestas por una autoridad imparcial y que el procedimiento para su aplicación haya respetado el derecho de defensa del administrado -debido proceso-. Los principios de legalidad,

irretroactividad, *non bis in idem*, entre otros, resultan igualmente aplicables al Derecho Administrativo Sancionatorio".

Señalamos en dicho pronunciamiento que la jurisprudencia constitucional, notablemente influida por las sentencias del Tribunal Constitucional español en la materia, ha señalado, empero, el carácter matizado de la aplicación de dichos principios, con un reconocimiento implícito de la mayor discrecionalidad de que goza la Administración Pública. La diversidad y especificidad de las infracciones administrativas requiere de la flexibilidad propia de la naturaleza de la actividad administrativa, lo que explica que si bien los principios no pueden ser vaciados de contenido, tampoco son aplicados en forma automática. La Sala ha manifestado sobre este poder:

"IV.- Extensión de los principios de la materia penal al campo de las sanciones administrativas. *Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativa (sic) a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar -en sede administrativa –al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que 'todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas –principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración; se reitera, pues, los principios que*

de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador'". (Voto Nº 1484-96)" Resolución Nº 08193-00 de las 15:05 hrs. del 13 de setiembre del 2000). "Ver dictamen C-026-2002.

Así las cosas, resulta fundamental por la materia que se trata que sea el órgano decisor, el que en cada caso concreto, una vez que haya valorado los elementos y las pruebas recabadas en la fase de investigación, el que decida o no la apertura del procedimiento sancionatorio y delimite claramente los hechos y responsabilidades que se atribuyen (intimación e imputación), puesto que el inicio mismo de un procedimiento de sanción implica una decisión que en nuestro criterio, en virtud de los principios que privan en este materia, sólo puede realizar el órgano juzgador, si bien, es cierto, podría eventualmente facultar al órgano director a aperturar el procedimiento, ello siempre será dentro de los límites que el juzgador previamente le haya establecido, y no como sucede en la especie, en que por la forma genérica en que se delegó mediante la resolución citada, el órgano decisor, no tiene participación previa en expediente, señalando los alcances y términos de una eventual apertura del procedimientos por parte del Jefe de la Asesoría Legal, sino hasta el momento de imponer la sanción, sustituyendo de esta manera, el Jefe de la Asesoría Legal al Director General de Aduanas, respecto a la valoración inicial de los hechos, lo cual reitero en mi criterio, no es jurídicamente posible, puesto que el órgano decisor es el que tiene la competencia para decidir empezar un procedimiento administrativo determinado, que es su vez a aquél al que le corresponde tomar la decisión final y tiene la competencia para instruirlo; no obstante lo anterior, puede delegar tanto la apertura como la instrucción del mismo en un órgano director del procedimiento invistiéndolo de manera formal de las facultades necesarias para que posea la competencia y capacidad jurídica requeridas

para dar validez a sus actuaciones, y delimitando el alcance del procedimiento que debe iniciarse, lo cual en mi criterio no ocurre en la especie.

En línea con lo expuesto pueden consultarse los Votos de la Sala Constitucional números: 7190-94 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994, 6379-2002 de las 15:22 horas del 26 de junio del 2002. También los Dictámenes de la Procuraduría números: C-343-2001 del 11 de diciembre del 2001, C-353-2001 del 20 de diciembre de 2001, C-158-2005 del 28 de abril del 2005, C-189-2005 del 18 de mayo del 2005, C-258-2005 del 18 de julio del 2005.

Shirley Contreras Briceño