

**VISTA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS TRIBUTARIAS Y EXCESOS
DE LOS FUNCIONARIOS QUE CONSTITUYEN DELITOS**

Por el Dr. Oswaldo H. Soler

Haremos referencia en el presente trabajo al derecho del contribuyente a tomar vista de las actuaciones iniciadas por la Administración Tributaria dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, motivado en inspecciones a las que se encuentre sometido o en procedimientos de determinación de oficio o en impugnaciones efectuadas por medio de recursos administrativos. No obstante, los principios procesales que se desprenden de la normativa local objeto de esta colaboración, por su directa vinculación con garantías constitucionales, deben considerarse como de observancia obligatoria en las demás jurisdicciones administrativas, tanto a nivel provincial como municipal.

En este aspecto los funcionarios públicos no pueden en ningún caso atribuirse facultades que exceden el campo de su actuación discrecional, vedando el acceso del administrado al expediente, ni siquiera apelando al argumento que no ha mediado un pedido por escrito y mucho menos, arrogarse el derecho de concederlo o no. Como veremos a continuación tal proceder importaría una conducta arbitraria y por lo tanto ilegítima del funcionario público.

Nos abocaremos, finalmente, a comentar el marco moral dentro del cual debe manifestarse la relación de los funcionarios públicos con los administrados, el cual importa la interdicción de todo exceso por parte de los primeros que pudiere lesionar la dignidad personal de los particulares y que constituirían delitos tipificados por el Código Penal.

I. Vista de las actuaciones

El artículo 58 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, que es copia del artículo 38 del Decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional, dispone que *la parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.*

Añade la norma que el pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoría. En caso de impedimento de la vista requerida, se extenderá constancia, por escrito, de la negativa firmada por autoridad competente, siendo tal incumplimiento causa de medida disciplinaria del agente responsable.

Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para tomar la vista, aquél se dispondrá por escrito.

El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente. A pedido del interesado, y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

El presente trámite de vista es aplicable a las partes en función procesal y no obsta al derecho a la información de toda persona, conforme lo establece la ley.

La vista constituye una modalidad por la cual el administrado toma conocimiento de determinado acto procesal. Constituye un procedimiento administrativo por el cual el particular tiene acceso al expediente y que se fundamenta en el principio del debido proceso (que hace a la esencia del estado de derecho) y el carácter público de la actividad estatal. Ello deriva en la consecuencia que el administrado tenga acceso al trámite respectivo desde el mismo comienzo. Nótese, en efecto, que sin el debido conocimiento del expediente y las respectivas actuaciones por parte del particular, no existe debido proceso.

Ello constituye un derecho protegido constitucionalmente para el administrado y un deber de la Administración el darle a conocer la integridad del trámite. Sólo el completo conocimiento de las actuaciones administrativas habrá de permitirle a aquél hacer uso eficazmente de su derecho a la defensa.

El derecho a tomar vista implica la posibilidad no solo de consultar el expediente sino también copiar o fotocopiar todas sus partes.

La vista puede solicitarse y otorgarse informalmente, ella es automática y tanto puede pedirse verbalmente cuanto por escrito. Sólo en el caso que el interesado pidiere un plazo para solicitar la vista, el mismo debe formularse por escrito.

Tal como se desprende del texto del art. 58 mentado, la vista puede pedirse en cualquier momento ("durante todo su trámite").

La publicidad de los actos estatales constituye una exigencia fundamental del sistema republicano de gobierno por cuyo motivo el carácter de "reservados o secretos" con que el artículo 58 establece la excepción al principio de la publicidad con relación a ciertas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes, debe ser interpretado con criterio restringido y debe ser así calificado mediante decisión fundada del "respectivo subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate", previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente. Siendo competentes los subsecretarios de los Ministerios o los titulares de los entes descentralizados para declarar la reserva de las actuaciones, la misma no puede ser delegada en órganos inferiores.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, por la naturaleza del procedimiento administrativo y el principio de la publicidad que lo rige, no puede concebirse la reserva de la totalidad del expediente, quedando limitada la declaración de reservados o secretos para ciertos documentos o fojas de la actuación pero no a la totalidad de la misma. El secreto total sólo puede admitirse en los procedimientos de mero trámite interno pero no para aquellos en los que, como en el de una inspección, y más aún en aquellos que, por haberse determinado deuda tributaria, se ejecutan actos que pueden afectar derechos de los administrados y que ameritan, al menos, algún conocimiento de estos para consentirlos o impugnarlos. Como todo acto administrativo, la declaración de reserva es susceptible de los recursos pertinentes.

II. Los remedios procesales frente a actos irregulares y excesos de los funcionarios

Una eventual inobservancia por parte de la Administración tributaria de los principios

constitucionales que amparan al administrado torna al acto administrativo en irregular y, por lo tanto, pasible de su tacha de nulidad. Además, cuando el vicio administrativo reconozca su causa en una conducta del funcionario actuante que mereciera reproche penal, tal circunstancia habilita a la víctima a efectuar la denuncia correspondiente.

El artículo 9° de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires declara que la Administración se abstendrá de comportamientos materiales que importen vías de hechos administrativas lesivas de un derecho o garantías constitucionales.

Se está en presencia de una vía de hecho cuando la Administración Pública quebranta el principio de legalidad y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadores de los derechos y garantías individuales careciendo de la base legal sustentadora.

Las garantías afectadas por el comportamiento material irregular de la Administración se refieren al derecho de propiedad o a las libertades públicas garantizadas por el ordenamiento jurídico.

Cuando en el transcurso del iter administrativo (inspección, procedimiento de determinación de oficio, impugnación por medio de recursos administrativos), los funcionarios se excediesen en el cumplimiento de sus funciones, lesionando derechos o garantías constitucionales de los particulares, éstos tienen la facultad legal de solicitar la impugnación judicial de los actos ilegítimos, posibilitando, con ello, el debido control judicial que permita el adecuado equilibrio entre autoridad y libertad.

Si en medio del procedimiento administrativo los funcionarios públicos incurriesen en actos que ataquen la libertad síquica, además de instar la declaración de invalidez del acto administrativo así viciado, denunciando el hecho ante el juez competente, el particular afectado puede efectuar la denuncia penal a los fines de que se investigue la eventual comisión de los delitos tipificados por el Código Penal.

III. Los excesos de los funcionarios que constituyen delitos contra la libertad síquica

Ante la hipótesis de una eventual denegatoria de un pedido de vista, cabe recordar que la actuación de los funcionarios públicos debe tener necesariamente una base moral, quedando incluido en dicha noción el concepto de “buenas costumbres” y el de “buena fe”, debiéndose ejercitar con absoluto respeto al orden jurídico y a la dignidad de los administrados. La íntima relación entre el derecho administrativo y la moral eleva a esta última a nivel de principio general.

El objeto de la actuación administrativa puede ser, en sí mismo, moral, pero ello debe complementarse con una manera también moral de alcanzarlo, de modo que la ética gobierne tanto al objeto cuanto al procedimiento empleado para concretarlo.

La actividad administrativa afecta derechos individuales, y durante la misma debe prevalecer la noción de lealtad entre el funcionario y el administrado. Así como la conducta del particular es reprochada cuando no se guía por la buena fe y las buenas costumbres, o cuando no se ajusta a los preceptos normativos que establecen deberes y obligaciones a su cargo, también las acciones irregulares de los funcionarios que no se ajusten a dichas pautas son castigadas por el derecho.

Adviértase que el Código Civil en su artículo 21 proclama que las convenciones particulares

no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres y el artículo 953 del mismo Código declara que son nulos como si no tuviesen objeto, los actos jurídicos que sean contrarios a las buenas costumbres o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero.

Las acciones de los hombres que perjudiquen a un tercero u ofendan al orden y a la moral pública están sometidas a la autoridad de los magistrados, por interpretación *contrario sensu* del art. 19 de la Constitución Nacional.

Los funcionarios públicos, en el transcurso de los procedimientos administrativos o penales en que intervienen, no deben incurrir en irregularidades o excesos que lesionen derechos de los particulares.

De los supuestos en que los excesos de los funcionarios pueden constituir delitos tipificados en el Código Penal, analizaremos aquellos que implican un menoscabo de la libertad síquica de los particulares.

1. Amenazas y coacciones

El artículo 149 bis del Cód. Penal sanciona con prisión de 6 meses a 2 años al que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas (1er. párrafo) reprimiéndose, en cambio, con prisión o reclusión de 2 a 4 años el delito de coacción, es decir al que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad (2do. párrafo).

En el delito tipificado por el primer párrafo del art. 149 bis, la amenaza ataca la libertad síquica de una persona, impidiendo a ésta autodeterminarse por existir un condicionamiento proveniente de su exterior. Se crea un estado de temor o inquietud que impiden ejercer la libertad en plenitud perturbando el normal ejercicio de su conciencia.

En el delito tipificado por el 2do. párrafo de dicho artículo las amenazas anulan la determinación del sujeto, pues prevalece ilegítimamente la voluntad ajena sobre la propia, quedando eliminada esta última totalmente tanto en su etapa de formación como en la de ejecución.

Constituye una típica coacción que decide la voluntad del sujeto, impulsándolo o inhibiéndolo mediante la influencia decisiva que proviene del exterior de su ser.

2. Vejaciones y apremios ilegales

El art. 144 bis, inciso 2do. del Código Penal, reprime con prisión o reclusión de 1 a 5 años e inhabilitación especial por doble de tiempo al funcionario público que emplea ciertos procedimientos que mortifican a la víctima atacando su libertad, patentizándose esta última en el derecho a no sufrir malos tratos de parte de los funcionarios públicos que tienen el poder otorgado por la función.

La vejación puede entenderse como todo trato humillante que mortifica moralmente a una persona, atacando su sentimiento de dignidad o de respeto que merece como tal y con el

que espera ser tratada.

Los apremios ilegales generalmente persiguen el propósito de lograr una determinada conducta en el apremiado como ser una manifestación sobre un hecho determinado. El apremio puede estar constituido tanto por vejaciones, cuanto por amenazas, imprecaciones, órdenes intimidatorias, etc.

Así, el art. 144 bis, inc. 2do., sanciona con la pena antedicha al funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales.

Adviértase que para que el funcionario incurra en este delito tiene que estar actuando como tal, es decir el hecho debe ocurrir en un acto de servicio.

IV. Conclusiones

Nótese que una de las bases de la Institucionalidad es el respeto al principio de probidad por parte de todas las actuaciones de los órganos del Estado y la calidad de “públicos” de los actos y resoluciones de dichos órganos, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

La probidad está asociada a la transparencia, es decir, a la voluntad permanente de decidir sobre la cosa pública abiertamente, permitiendo que los ciudadanos conozcan los fundamentos y las razones de la decisión, además de cómo esta se ejecuta. El acceso a la información pública no es una prerrogativa concedida por la autoridad sino un derecho de todas las personas, esencial para el ejercicio de otras muchas garantías reconocidas por la Constitución. Por otra parte, el secreto o la reserva de una determinada información no puede ser determinada arbitrariamente por quien tiene a su cargo los antecedentes o el registro involucrado.

El acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros: a) el principio de facilitación, de acuerdo con el cual los procedimientos para acceder a la información de dichos órganos deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo, b) el principio de la no discriminación, conforme al cual deberá entregarse la información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud, c) el principio de la oportunidad, por el cual las respuestas a las solicitudes de información deben responderse con la máxima celeridad posible, evitando todo tipo de trámites dilatorios, d) principio de la responsabilidad, que implica que el incumplimiento de las obligaciones de responder a las solicitudes de información origina responsabilidades y da lugar a las sanciones correspondientes y e) Principio de gratuidad, de acuerdo al cual el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito.

Buenos Aires, 18 de Noviembre de 2009

Dr. Oswaldo H. Soler