

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	4
Capítulo I	
Características generales de las defraudaciones	8
1.1.- El fraude.....	8
1.2.- La estafa.....	10
1.3.- El marco establecido por el Derecho Penal Económico.....	
1.4.- Esquema de impuestos internos y externos: tipos penales relacionados al fraude.....	
Capítulo II	
Fraude Aduanero o en los impuestos <u>externos</u>	
2.1.- Concepto, historia y evolución: del contrabando al fraude aduanero..	
2.2.- Características.....	
2.3.- Relación del contrabando con la estafa.....	
2.4.- Paralelo entre las ordenanzas de 1953, 1982 y 1998 en materia de fraudes.....	

Capítulo III

**El fraude en los impuestos internos y su relación con el fraude
aduanero**

3.1.- Características.....

3.2.- Paralelo con la figura del fraude en los impuestos externos.....

Capítulo IV

**Modificaciones introducidas por la ley 19.738 de 2001 en materia de
fraude aduanero**

4.1.- Los cambios en la tipificación penal.....

4.2.- Mantenimiento de las presunciones: efectos nocivos.....

4.3.- Algunas observaciones.....

Conclusiones

Anexo: Jurisprudencia aduanera en materia de fraudes

Bibliografía

RESUMEN

El 19 de Junio del año 2001, fue publicada en el diario oficial la ley 19.738, para combatir la evasión tributaria, la cual incorporó importantes cambios en la legislación aduanera, que se tradujeron en la modificación de los delitos de fraude y contrabando.

Esta memoria de prueba pretende dar cuenta del estado actual del fraude aduanero, revisando la historia nacional de dicho delito y la importancia de las modificaciones señaladas.

A través del análisis de las normas, comentarios doctrinales y el estudio de algunos casos, expone cómo se presenta hoy día el tipo en estudio, sin dejar de hacer observaciones de lo que se ha hecho al respecto en la materia, y lo que falta aún por hacer.

INTRODUCCIÓN

Sentida aspiración del Servicio Nacional de Aduanas había sido por mucho tiempo el estudiar y avanzar en la modificación del concepto de fraude aduanero, con sus fórmulas y variantes. Dicho interés estaba fundamentado en las confusiones que generaba una legislación anacrónica y contradictoria, tanto a la hora de llevarla a la práctica como al momento de hacerla valer en los tribunales superiores de justicia.

Estas confusiones tienen su génesis en la propia conceptualización del derecho aduanero, que con el paso del tiempo ha ido sufriendo las modificaciones propias del tráfico comercial, de los tratados de libre comercio internacional y de un derecho específico en constante cambio, variables que han influido a la hora de intentar definir con precisión qué es el derecho aduanero. (1)

1 Octavio Gutiérrez Carrasco: NOCIONES DE DERECHO ADUANERO CHILENO (En: Revista de Derecho Económico, números 35-36, Septiembre, 1971), p. 39, indica que el Derecho Aduanero es el conjunto de normas legales que determinan el régimen fiscal a que deben someterse los intervinientes en el tráfico internacional de mercancías a través de las fronteras, nacionales o aduaneras, por las vías marítima, terrestre, aérea y postal; que organizan el servicio público destinado a su control, le fijan sus funciones, señalan las clases y formalidades de las operaciones sobre tales mercancías y establecen, por último, los tribunales especiales y el procedimiento de las causas a que dichos tráficó dieren lugar.

En general, podemos decir que nos encontramos frente a un conjunto de normas que, inmersas en el derecho público, están unidas estrechamente a las finanzas públicas, lo que hace que el derecho aduanero carezca de autonomía y deba constantemente recurrir a otras ramas del derecho para extraer principios estructuradores. Al respecto, una de las ramas del derecho más recurrentes por el derecho aduanero es el derecho penal, esfera que ha proporcionado conceptos importantísimos como los de fraude y contrabando, para luego moldearlos a la medida del derecho aduanero y hacerlos operativos en un contexto que es cambiante per se.

Este derecho es tan casuista que incluso, con el movimiento humanitario, se propuso despenalizar el contrabando; de hecho, nunca se le ha incluido dentro de los Códigos Penales sino en leyes especiales con un rango de reproche menor, salvo en el Código Penal brasileño de 1940.

Teniendo en claro estas condiciones versátiles del corpus en cuestión, manifestamos que el principal objetivo de nuestra monografía es **reflejar la situación actual del fraude aduanero en Chile**, sus características, su historia, su evolución, sus relaciones con el fraude en los impuestos internos y, especialmente, las modificaciones radicales introducidas en esta materia

por la ley 19.738 de 2001 -"anti evasión"-, norma que terminó con la figura de fraude aduanero y la retipificó.

En forma secundaria, queremos dar cuenta del proceder que han tenido los tribunales de justicia al hacerse cargo de la retipificación anunciada, y cómo a pesar de los esfuerzos realizados hasta ahora, aún persisten algunos resabios que obstaculizan el cumplimiento total de las garantías constitucionales que sustentan el estado de derecho, tal es el caso de las presunciones de fraude y contrabando.

Con todo, queremos hacernos cargo de algunas debilidades en la norma criminal aduanera que estimamos se mantendrán, como los tipos abiertos y las propias presunciones, que al ser analizadas, podrían contribuir a perfeccionar en materia penal nuestro cambiante derecho aduanero.

A manera de hipótesis, señalaremos la importancia de darle un enfoque más criminológico al tipo, realizando supresiones y modificaciones con una mejor técnica legislativa.

Al efecto, la metodología utilizada incluirá el estudio del material legal acopiado, más los comentarios que la doctrina ha hecho al respecto, a lo cual se agrega el análisis de algunas causas por fraude aduanero y contrabando, donde se discuten los conceptos emanados de la ley 19.738.

Huelga señalar, que no ha sido fácil incorporar jurisprudencia que dé fe de las imperfecciones que ha padecido nuestro ordenamiento jurídico al respecto, esto porque las modificaciones en materia penal sustancial son de reciente data, y porque actualmente nos encontramos en una época de ajustes en la justicia penal chilena, la que se traduce en una ambiciosa Reforma Procesal Penal –vigente primero en regiones y a mediados de 2005 en Santiago- que incluye profundas modificaciones en materia procesal aduanera, las que hoy parecen ser más importantes que los temas normativos de fondo que tratamos en esta memoria de prueba.

CAPÍTULO I

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS DEFRAUDACIONES

1.1. El fraude

El fraude está comprendido dentro de los delitos cometidos por medios inmateriales y es por esto y por la variedad de formas en que se presenta que es difícil de precisar, pero en términos generales puede caracterizarse como el **causar perjuicio** en el patrimonio ajeno **mediante engaño** o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas. Sin embargo, este "fraude" es penalmente sancionable puesto que frente a los fraudes penales hay otros que son puramente civiles, como también hay formas de engaño que no son punibles penalmente, en especial las simples mentiras; por lo general, el incumplimiento voluntario de las obligaciones jurídicas no es incriminable como delito, sino sólo desde un ángulo civil, siendo este tipo de incumplimiento penalmente sancionable en determinadas circunstancias y con respecto a ciertas obligaciones que la ley penal especifica, como ocurre en los casos de "abuso de confianza".

Tenemos entonces, que el fraude es un delito contra el patrimonio de una persona, y que se ejecuta obviamente sin la voluntad de la víctima; se comete con ánimo de lucro, ya sea para el autor del mismo o para un tercero, y los medios empleados para su comisión pueden ser el engaño, el dolo, el abuso de confianza o el incumplimiento. Es precisamente esta diversidad de medios para cometerlo lo que hace que las defraudaciones sean tan numerosas y de tan variadas formas, excediendo por tanto las figuras contempladas en el párrafo séptimo, Título Noveno del Libro II del Código Penal.

Nuestra legislación acerca de este delito, comprende tanto los fraudes cometidos a los particulares como aquellos cometidos al Fisco.

Los primeros se encuentran regulados en el Libro II, Título Noveno, párrafos séptimo y octavo del Código Penal, artículos 466 y siguientes, donde están las *defraudaciones, estafas y otros engaños, entregas fraudulentas, suscripción engañosa de documentos, apropiaciones indebidas, administración fraudulenta, abuso de firma en blanco, otorgamiento de contratos simulados*, entre otros.

En cuanto a los fraudes cometidos contra el Fisco, están aquellos ejecutados por los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones,

como la *malversación de caudales públicos* del artículo 233 y siguientes del Código Penal, y los cometidos por particulares contra el Fisco, donde se incluyen todas aquellas formas de comisión de este delito contra particulares y los establecidos en leyes especiales, como es el caso del contrabando y fraude aduanero regulado en la Ordenanza de Aduanas.

1.2. La estafa

Respecto de la estafa el Código Penal señala que ésta es un engaño, pero no todo engaño es una estafa, por lo que la estafa sería una clase especial de engaño.

Para diferenciar que engaño es considerado estafa y cual no lo es, hay que atenerse al artículo 468 del Código Penal, ya que los delitos enumerados en dicho artículo son calificados como "estafas". Dice al respecto el artículo 468: "Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante"; pero también hay ciertos delitos que a pesar de no estar enumerados en este artículo son asimilados a la estafa y son punibles como tal. Para esto hay que aplicar un criterio consistente en examinar las

distintas hipótesis señaladas en el artículo 468 y determinar cuál será su rasgo común; finalmente, si un engaño no es posible asimilarlo a los del artículo ya mencionado, cabría dentro de la denominación "otros engaños" del artículo 473 del Código Penal, que señala "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

En definitiva, lo que caracteriza a las estafas es la existencia de una maquinación. (2)

2 Alfredo Etcheberry: DERECHO PENAL (Santiago, Jurídica, Tomo Tres, Parte Especial, 1997) p. 407, señala que el rasgo o elemento común del artículo 468 radica en el ardid o maquinación. El ardid es definido por SOLER como "el astuto despliegue de medios engañosos". Al analizar los elementos típicos generales de estos fraudes, indicamos que la simulación debía consistir en algo más que una simple mentira. El artículo 468 consiste, efectivamente, en algo más que una simple mentira: hay un despliegue externo de apariencias falsas que prestan verosimilitud a una afirmación mendaz. Es lo que los franceses llaman la *mise en scene*, en la que Carrara cree ver la esencia del fraude. Si bien hay algunos casos de excepción entre nosotros, en los cuales puede haber fraude por engaño punible sin que llegue a existir ardid, no cabe duda de que al menos en las estafas, o sea, en las formas más graves de fraude por engaño, el ardid resulta indispensable. (Etcheberry, 407)

1.3. El marco establecido por el derecho penal económico

En principio no hubo una conceptualización clara acerca del derecho penal económico, llamándosele "criminalidad de cuello blanco" o "criminalidad de negocios" entre otras, esto porque en los delitos económicos no existía una conciencia cívica, social y moral necesaria, en cuanto a que la ley realmente está protegiendo un valor permanente, necesario e indispensable para la sociedad.

Otro factor que dificulta esta conceptualización es que las normas que contienen delitos económicos no están estructuradas en forma ordenada, y sólo han surgido ocasionalmente para solucionar algún descalabro económico del momento. Con todo, muchas de estas normas especiales contemplan abundante disposiciones de orden penal, sin ser leyes penales, como ocurre con el Código Tributario, la Ordenanza de Aduanas y la Ley de Quiebras.

En definitiva, podemos decir que existe una variada gama de normas de carácter económico que interesan a la colectividad toda, que se refieren a actividades propias de ese campo y que deben analizarse a partir del bien jurídico que se estima necesario proteger.

En cuanto al derecho penal económico propiamente tal, podemos decir, siguiendo al profesor Alfredo Etcheberry, que no se trata de un derecho independiente y autónomo, sino que se trata de **un derecho irregular**, donde predominan las normas generales del derecho penal común, plenamente aplicables a la multiplicidad de normas de carácter económico. Así, basta con prestar atención exclusivamente a las diversas figuras penales definidas por la respectiva ley económica para determinar si en cada caso concreto se dan o no las figuras típicas en todos sus elementos y aplicar en lo restante, los principios generales del derecho penal común. Por tanto, actualmente se estima que el derecho penal económico es una rama especial del derecho penal común o general, el cual se aplicará supletoriamente en todo aquello que no esté resuelto por aquel.

Refiriéndonos al bien jurídico protegido, algunos como el profesor Eduardo Novoa piensan que se trata del Orden Público Económico, porque para él los delitos económicos consisten en atentados contra el régimen económico social que un determinado país implanta para el bien común de sus habitantes; sin embargo, en este trabajo concordamos con el profesor Alfredo Etcheberry, en que parece ser que el Orden Público Económico no es el único bien jurídico protegido en los delitos económicos, ya que

existirían otros bienes jurídicos protegidos, integrados por el interés económico de los individuos, de carácter social, de que la autoridad pública cuente con las riquezas que le son indispensables para satisfacer las necesidades de la colectividad. Las figuras delictivas en cuestión constituirían los "Delitos contra la Economía Pública" o "Delitos en contra de los intereses económicos públicos", y estarían integrados, fundamentalmente, por los delitos tributarios, tanto en su variable interna como en su variable externa o aduanera.

El bien jurídico protegido en los delitos aduaneros sería, por lo tanto, La Economía Pública o los Intereses Económicos Públicos, entendiéndose por tales el adecuado funcionamiento de la Hacienda Pública, para atender a los gastos sociales como la educación y la salud pública, la defensa nacional, la administración de justicia, y otras que tienen el interés correlativo de los ciudadanos en que sean atendidas convenientemente. Por esto se requiere la contribución de cada miembro de la sociedad, de cada economía particular, a través de los impuestos directos o indirectos, los derechos, tasas, contribuciones, aranceles y otros tributos. ¿Cómo se atenta contra estos intereses? Una forma es la simple pasividad, el incumplimiento de la obligación, sea que no se quiere o no se puede cumplir con ellas. La

otra es a través de la violencia o el fraude, siendo esta última la más recurrente de ambas, transformándose en el medio de comisión común en esta especie de delitos, y que está representado por una conducta de engaño intelectual o de clandestinidad física para eludir la obligación de contribuir. En consecuencia, tanto el contrabando en sus diversos tipos, como las defraudaciones ligadas a él, se sancionan por las lesiones que causan a la Hacienda Pública, la Economía Pública o los Intereses Económicos Públicos, ya sea porque atentan contra los intereses económicos de naturaleza social, es decir, aquellos a que deben contribuir los particulares a fin de proveer al Estado de los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades públicas, mediante el no pago de los derechos aduaneros que devenguen las mercancías, sea a través del contrabando si se ha ocultado la mercancía, o de algún tipo de fraude cuando media engaño para burlar a legislación aduanera; como también atentan contra el orden económico, pues se configuran al eludir el cumplimiento de la legislación aduanera, que es el marco jurídico creado por el Ejecutivo a fin de regular el tráfico de las mercancías por nuestras fronteras.

1.4. Esquema de impuestos internos y externos: tipos penales relacionados al fraude

En el contexto señalado en los números precedentes, las figuras punibles referidas a la tributación, tanto externa o aduanera, como interna, están imbuidas por los elementos del tipo señalados en los párrafos referidos al fraude y a la estafa.

La clasificación de impuestos internos se refiere a las distintas categorías de tributación que se establecen en el sistema chileno, las que a grandes rasgos son las siguientes: 1) Tributación de los ingresos, que comprende el impuesto a la renta de primera categoría, la tributación sustantiva y el impuesto global complementario; 2) Tributación a las rentas del trabajo; 3) Tributación del patrimonio y de los bienes que lo integran; 4) Tributación del gasto, es decir, el impuesto sobre las ventas y servicios.

Ahora bien, los impuestos externos se relacionan con la tributación del comercio exterior, la que a su vez está constituida por los derechos aduaneros que se cobran con motivo del movimiento internacional de mercaderías. Sin distinguir, en doctrina se dice: "hay movimiento de mercancías por las fronteras del país y eso originaría derechos de aduana". Sin embargo, es necesario precisar un poco más los conceptos, porque no

siempre que existe movimiento de mercancías se origina, necesariamente, el derecho de aduana. Esto nos lleva entonces a precisar, que los derechos de aduana gravan la importación, la exportación y, muy excepcionalmente, el tránsito de mercancías.

Ambos tipos de tributos, tanto externos como internos, son susceptibles de sufrir el efecto de figuras punibles, por un lado la tributación interna puede ser objeto de algún tipo de fraude tributario, delitos que están sistemáticamente tratados en los artículos 97 y siguientes del código tributario, con varios numerales específicos. Por su parte, la tributación externa es susceptible de sufrir los embates de los delitos aduaneros, específicamente el contrabando, conocido en Chile y en la legislación comparada, y también del fraude aduanero, que recoge elementos de otros delitos como la estafa y las defraudaciones en general.

TRIBUTACIÓN INTERNA		1) TRIBUTACIÓN DE LOS INGRESOS	
		2) TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS DEL TRABAJO	FRAUDE TRIBUNARIO
		3) TRIBUTACIÓN DEL PATRIMONIO	
		4) TRIBUTACIÓN DEL GASTO	
TRIBUTACIÓN EXTERNA	TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR	DERECHOS DE ADUANA	CONTRABANDO Y FRAUDE ADUANERO

CAPÍTULO II

FRAUDE ADUANERO O EN LOS IMPUESTOS EXTERNOS

2.1. Concepto, historia y evolución: del contrabando al fraude aduanero

A partir del concepto amplio que el Derecho Penal común nos entrega de la voz “fraude” y de las defraudaciones en general, podemos ensayar un concepto de lo que se entenderá por “fraude aduanero”. Con todo, hay que tener presente que este concepto de fraude aduanero está muy ligado a la voz antigua “contrabando”.

No se puede separar nuestra historia aduanera de la historia aduanera española ya que las leyes de España rigieron en toda América hasta 1778, año en que se dictó la Real Cédula conocida como "Reglamento y Aranceles Reales para el comercio libre de España y las Indias", la que a pesar de su nombre no establecía la libertad de comercio, sino al contrario la más férrea sujeción a la metrópoli. Tenemos aquí la génesis de las figuras de fraude y contrabando en nuestra región, ya que el monopolio que ejerció la madre patria en los asuntos comerciales hizo prosperar poco a poco el

contrabando ejercido por las naves holandesas, comercio que era ilegal respecto al ejercido por las naves españolas. En consecuencia, el origen de la voz contrabando tiene una profunda raigambre española y ésta a su vez, latina, donde la palabra “**contrabando**” viene del latín clásico “**contrabandum**”, y anteriormente del latín vulgar “**bannum**”, que significaba bando o edicto, siendo para algunos un término que aludía a conductas contrarias al *bannum* de los señores feudales, y para otros una infracción al bando como acto de gobierno en la Europa post comunal. (3)

3 José Luis Guzmán Dálbora: CONTRABANDO Y FRAUDE ADUANERO (Valparaíso, Edeval, 1998) p. 20, expresa que hasta los inicios de la Edad moderna consideróse materia de la infracción sólo aquellos edictos que prohibían la producción, venta y circulación de ciertos objetos o géneros, cuyo estanco o monopolio muchos Estados habían entre tanto adoptado como fuente de ingresos, siendo, por consiguiente, ilícito su comercio por cuenta de particulares. Sin embargo, con la consolidación de las monarquías absolutas y la intensificación de los regímenes proteccionistas de sus economías, la palabra contrabando se extendió en el Derecho intermedio para mentar, además, los fraudes cometidos en el pago de los derechos e impuestos que gravaban la salida del país o el ingreso a él de mercancías de comercio lícito, como la seda, los granos y diversas materias primas para la industria.

En este paso de la Edad Moderna a la Época Contemporánea, y con la ampliación del ilícito del mero “contra – bando” a una situación de defraudación en el tráfico internacional de mercancías, es que podemos decir con certeza que empieza a surgir el concepto de fraude aduanero, o fraude a la institución encargada de velar por el correcto ingreso de los fondos fiscales derivados del comercio internacional, a saber, la aduana.

En cuanto a la legislación aduanera de Chile independiente, ésta se inicia con el reglamento de 21 de febrero de 1811, que declaró abiertos al comercio libre los puertos de Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo, derogando la Ordenanza Real de 1778. Posteriormente hubo una serie de disposiciones y reglamentos relativos al comercio sin llamarse Ordenanzas, hasta que en 1851 se dicta una ley fundamental y orgánica de aduanas, Ordenanza que declara a Punta Arenas como puerto libre. En general, toda esta normativa hacía referencia a figuras delictivas como el fraude y el contrabando, pero agrupadas como principios generales. (4)

4 O. Gutiérrez, op cit., p. 41, indica que se habían dictado para establecer un sistema general de resguardos, aduanas y arancel de derechos en toda la extensión del Estado, que evite el fraude y el contrabando, simplifique la administración, asegure el recaudo de impuestos, aliente el cultivo y manufacturas propias y ponga, en fin, a los comerciantes todos, naturales y extranjeros, sobre el mismo nivel de equidad y justicia.

Luego siguen las Ordenanzas de 1864, 1872, 1927 y 1931, texto este último que se aplicó hasta Julio de **1953**, fecha en que se publicó el **DFL 213**, Ordenanza de Aduanas más orgánica que sus predecesoras, y que en su Libro III trataba "De las infracciones a la Ordenanza, de sus penas y del procedimiento para aplicarlas", regulando estas materias en dos títulos: Título I, de las infracciones a la Ordenanza; y Título II, Tribunales aduaneros y de su competencia y procedimiento. El título I de esta Ordenanza de 1953 incluía: 1) Disposiciones generales, 2) Infracciones reglamentarias y sus penas, 3) Contrabando y fraude, 4) Comiso administrativo de la mercancía. Por su parte, el Título II regulaba: 1) Disposiciones generales, 2) Tribunales aduaneros y su competencia civil, 3) Contrabando y fraude.

En cuanto a las figuras punibles, el artículo 186 de la Ordenanza de 1953 contenía referencias al fraude y contrabando que se mantendrían. (5)

5 Enrique Valenzuela: ORDENANZA DE ADUANAS (Valparaíso, 1954), p. 391. Las infracciones a las disposiciones aduaneras, pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de los delitos de fraude y contrabando.

Fraude es todo acto que eluda o tienda a eludir o a frustrar las disposiciones aduaneras con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales.

Contrabando es la tentativa o el hecho de introducir o extraer del territorio nacional mercadería, eludiendo o tratando de eludir el pago de los derechos que pudiera corresponderles o el ejercicio de la potestad que sobre ella tiene la Aduana con arreglo a esta Ordenanza y los reglamentos.

En **1982** fue publicado el **DFL N° 30**, Ordenanza que regulaba el fraude y el contrabando en su artículo 176, figuras que se mantuvieron sin variar incluso con la dictación de una nueva Ordenanza en **1998**, **DFL N° 2**, cuyo artículo 168 relativo a fraude y contrabando era idéntico a la de su predecesora de 1982. (6)

6 ORDENANZA DE ADUANAS. DFL N° 30 (Santiago, Publiley, 2002), p. 77. Las infracciones a las disposiciones de la presente Ordenanza o de otros de orden tributario cuyo cumplimiento y fiscalización corresponde al Servicio de Aduanas, pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de los delitos de fraude y de contrabando.

Fraude Aduanero es todo acto que elude o frustra las disposiciones aduaneras precitadas con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquier forma.

Contrabando es el hecho de introducir o extraer del territorio nacional mercancías eludiendo el pago de los derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes que pudiera corresponderle o el ejercicio de la potestad que sobre ella tiene la Aduana con arreglo a esta Ordenanza y los Reglamentos. Es también contrabando el hecho de hacer pasar mercancías extranjeras de un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes o al resto del país en la forma indicada anteriormente e introducir o extraer del territorio nacional mercancías cuya importación o exportación se encuentre prohibida.

En relación al **fraude aduanero**, ese artículo 168 denotaba un concepto amplísimo, exclusivamente se elude un pago y se aplica sólo sobre mercancías cuya internación está permitida y están sujetas al pago de derechos. El fraude aduanero describía una conducta general que se caracterizaba por el engaño a otro (autoridades, organismos o funcionarios), a través de declaraciones inexactas o presentación de documentos falsos, salvo la introducción de mercancías prohibidas. Este tipo penal, que se cierra con la frase “en cualquier forma”, no existía en el derecho comparado, que sólo tiene el contrabando. Es lo que se conoce como un “tipo abierto”, que requiere complementación en vista de su indeterminación, cuando indica “todo acto”; es realmente un tipo atentatorio contra el Estado de Derecho.

En cuanto al **contrabando**, los artículos 176 de 1982 y 168 de 1998 establecen una conducta general de ese delito que envuelve distintas variedades de conductas constitutivas de delito las que presentan un factor común, cual es la burla del pago de los derechos que pudieran corresponder al sujeto activo del delito o la burla de la potestad aduanera. El contrabando se caracteriza por una conducta de ocultación o clandestinidad (introducir o extraer mercancías donde no hay vigilancia de Aduanas; o donde la hay,

pero eludiéndola, etc.). Entonces se elude un pago o bien la vigilancia de la Aduana, por lo que se aplica a mercancías cuya internación está permitida y están sujetas al pago de derechos (se elude un pago) y a mercancías cuya internación o exportación están prohibidas (se elude la vigilancia de la Aduana).

Más tarde, en Junio de 2001, a propósito de una serie de iniciativas impulsadas por el Gobierno tendientes a evitar la evasión tributaria tanto interna como externa, se promulgó la ley N° 19.738 llamada "anti evasión", que le dio una nueva estructura al artículo 168 de la Ordenanza de 1998. (7)

7

LEY 19.738, NORMAS CONTRA LA EVASIÓN, p. 141. Las infracciones a las disposiciones de la presente Ordenanza o de otros de orden tributario cuyo cumplimiento y fiscalización corresponde al Servicio de Aduanas, pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de delito.

Incurrirá en el delito de **contrabando** el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas.

Comete también el delito de contrabando el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieran corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana.

Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes.

Además, la ley 19.738, creó un artículo 168 bis completamente nuevo, para incorporar nuevas figuras delictivas que atentaban contra la tributación externa. (8)

Este artículo 168 bis nuevo es muy importante y novedoso, ya que recoge algunos de los análisis que actualmente se utilizan en la tributación interna, tal es el caso del concepto de “falsificación material e ideológica”, donde existe un documento regular, pero que da cuenta de una operación inexistente. Es un caso patente de cooperación entre las figuras delictivas utilizadas en la tributación interna, materia un poco más avanzada que la existente en los delitos aduaneros.

8 LEY 19.738, P. 141. La declaración **maliciosamente falsa** del peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación, será castigada con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de hasta cinco veces el valor aduanero de las mercancías.

Con la misma pena señalada en el inciso anterior serán castigados quienes falsifiquen material o ideológicamente certificaciones o análisis exigidos para establecer el peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación.

2.2. Características

Una de las características del delito en cuestión ha sido su mutabilidad o versatilidad. Se trata de un delito mutable, ya que con el tiempo ha derivado desde contrabando a fraude aduanero, incorporando elementos que han enriquecido al tipo.

Podemos observar que en un comienzo hablamos del antiguo delito de contrabando, luego se agrega el concepto de fraude aduanero, y concluimos en la modificación de 19 de Junio de 2001, que vuelve a retomar el concepto de contrabando pero ampliándolo con figuras residuales o anexas. Con todo, esta última modificación parece no abandonar del todo el abortado concepto de fraude aduanero, ya que aunque no lo nombra, en su artículo 168 bis nuevo, se habla de “la declaración maliciosamente falsa” y de “quienes falsifiquen material o ideológicamente”, por lo que bien podríamos concluir, que el concepto de defraudación no se ha abandonado completamente.

2.3. Relación del contrabando con la estafa

Semejanzas: Los delitos de fraude aduanero vienen a constituir una defraudación en sentido amplio. El agente del delito de contrabando

defrauda al fisco, al eludir el pago de los derechos tributarios correspondientes, a su vez, debe desplegar cierto engaño para materializar la introducción ilícita.

Diferencias:

1.- En cuanto a la acción típica: En la estafa existe una apropiación, un perjuicio causado a terceros mediante engaño. En el contrabando existe más bien una evasión tributaria.

2.- En cuanto al perjuicio patrimonial: La estafa constituye un atentado contra la propiedad, y contra el patrimonio. En los delitos aduaneros, basta que se tienda a eludir las disposiciones aduaneras.

3.- En cuanto a la iniciación del procedimiento criminal: En el delito de estafa se inicia en la forma general contenida en el CPP. En los delitos aduaneros existe un trámite previo, que consiste en que el Administrador de Aduanas deberá informar si procede o no en contra del inculpado la acción penal.

4.- En cuanto a la naturaleza de la acción que nace de los delitos: En la estafa nace la acción pública para denunciar o querrellarse por dicho delito. En los delitos aduaneros, nace una acción administrativa para poner en conocimiento de las autoridades los hechos delictuosos; y a su vez, una

acción penal mixta a favor de los funcionarios para deducir la correspondiente acción criminal ante la Justicia del Crimen a nombre del Fisco.

5.- En cuanto a la penalidad: En la estafa se aplica la pena conforme al monto de lo defraudado. En los delitos de contrabando no se considera el valor de lo defraudado al Fisco, sino que se determina una pena que puede ser de una multa de una a cinco veces el valor de la mercadería objeto del delito y con presidio dependiendo del caso.

2.4. Paralelo entre las ordenanzas de 1953, 1982 y 1998 en materia de fraudes

1953

1982

1998

1) DECLARACIÓN DE MÉRITO PARA EJERCER LA ACCIÓN PENAL POR CONTRABANDO	ARTÍCULO 219	ARTÍCULO 221	ARTÍCULO 214
2) DEFINICIÓN DE FRAUDE	ARTÍCULO 186 INC. 2	ARTÍCULO 176 INC. 2	ARTÍCULO 168 INC. 2
3) DEFINICIÓN DE CONTRABANDO	ARTÍCULO 186 INC. 3	ARTÍCULO 176 INC. 3	ARTÍCULO 168 INC. 3
4) PENAS POR LOS DELITOS DE CONTRABANDO Y FRAUDE ADUANERO	ARTÍCULO 194	ARTÍCULO 184	ARTÍCULO 176

5) PRESUNCIÓN DE CONTRABANDO	ARTÍCULO 196 (¡presunción de derecho!)	ARTÍCULO 28 Y ARTÍCULO 185	ARTÍCULO 19 Y ARTÍCULO 177
6) PRESUNCIÓN DE FRAUDE ADUANERO	ARTÍCULO 197	ARTÍCULO 187	ARTÍCULO 179
7) PROCESO PENAL POR CONTRABANDO EN TRIBUNALES ADUANEROS	ARTÍCULO 215	ARTÍCULO 218	ARTÍCULO 211

Este cuadro nos permite hacer un rápido esquema mental sobre cómo ha ido evolucionando la figura punible del fraude y del contrabando a través de la historia. En principio, podemos detectar detalles pequeños como el hecho de que en la definición de 1953 se usaba la voz "mercadería" en lugar de "mercancía" como en las modernas. Este detalle, aunque pequeño, denota la depuración de la técnica utilizada en materia aduanera a lo largo del tiempo.

Otro aspecto a destacar es la evolución del tipo penal a partir de 1953, toda vez que el artículo 186 de esa Ordenanza señalaba de forma muy genérica que, fraude “es todo acto que eluda o tienda a eludir o a frustrar las disposiciones aduaneras con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales”; y contrabando como “la tentativa o el hecho de introducir o extraer del territorio nacional mercadería (....) ”.

Finalmente, merece comentario el artículo 196 de la Ordenanza de 1953, que indicaba “Se presumirá **de derecho** responsables del delito de contrabando a las personas que por sí mismas o mediante otras y fuera de las zonas primarias de jurisdicción de las Aduanas, introduzcan o saquen mercaderías del país, o que, dentro de dichas zonas, traten de introducirlas o hacerlas salir o de movilizarlas o transportarlas, si la movilización no está encaminada a la presentación inmediata de ellas a la Aduana, en conformidad con las disposiciones de esta Ordenanza y sus reglamentos, y en todo caso, si ejercen actos de violencia para ello”. Hoy esta disposición no tiene vigencia alguna, ya que la Constitución Política de la República del año 1980, en su artículo 19 número 3, eliminó las presunciones de derecho en materia penal de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III

EL FRAUDE EN LOS IMPUESTOS INTERNOS Y SU RELACIÓN CON EL FRAUDE ADUANERO

3.1. Características

La tributación fiscal interna ha dedicado muchas páginas al estudio del fraude tributario; es de estudio corriente en las universidades nacionales, apoyándose también en la experiencia extranjera, el tema del delito tributario, por todas las consecuencias que provoca su perpetración en las Arcas Públicas.

Al efecto, hay autores nacionales de reconocida experiencia en estos asuntos, como Alejandro Dumay Peña, quien ha aportado a esta temática obras como *El delito Tributario* y sus artículos sobre falsificación material e ideológica en materia tributaria.

En cuanto al tema del fraude mismo en la tributación interna, es conocida la exposición que se hace en los artículos 97 y siguientes del Código Tributario Nacional, verdadero catálogo de los delitos tributarios en Chile, y que en términos generales se refiere a la existencia de “declaraciones maliciosamente falsas” o “el que maliciosamente no enterare

en arcas fiscales (...)”); ambos elementos del tipo penal fraude o estafa, donde prima el engaño para defraudar a otro en provecho propio.

3.2. Paralelo con la figura del fraude en los impuestos externos

Existen figuras punibles de la tributación interna que tienen un paradigma en la tributación externa. Sin ir más lejos, en el propio artículo 97 del Código Tributario están mencionadas las más corrientes infracciones y sanciones de la tributación interna, con características propias que serán importadas al derecho penal aduanero; la ya mencionada voz “maliciosamente falsa”, o “el que maliciosamente”, que indica claros elementos del tipo estafa o defraudación, la volvemos a encontrar en el artículo 168 bis nuevo de la ley 19.738 que modifica la Ordenanza de Aduanas, y que además agrega otros conceptos propios de la tributación interna, como el concepto de falsificación ideológica. (9)

9 Dumay Peña, Alejandro. 1999. LAS FACTURAS FALSAS, EL CRÉDITO FISCAL Y LA PRUEBA EN LOS RECLAMOS TRIBUTARIOS (En: Revista Gaceta Jurídica, Santiago, N° 223), p. 11, señala que el artículo 23 N° 5 del D.L. N° 825 consulta como causal de pérdida del crédito fiscal la falsedad de la factura sustentatoria. Puede tratarse de falsedad material (falsificación del documento) o de falsedad ideológica. En esta última situación, se trata de un documento, formalmente regular (debidamente timbrado, etc.), que sin embargo, da cuenta de una operación irreal o inexistente.

CAPÍTULO IV

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 19.738 DE 2001 EN MATERIA DE FRAUDES

4.1. Los cambios en la tipificación penal

Vistas las modificaciones establecidas por la ley 19.738 en el capítulo 2.1, hay que señalar que en doctrina ya se está hablando de varias figuras penales emanadas de la nueva estructuración. Se trata de las llamadas figuras del **contrabando propio**, **contrabando impropio** y de una **figura residual** en el artículo 186 bis nuevo, que aglutina parte de las nuevas tendencias utilizadas en la tributación fiscal interna para perseguir los ilícitos tributarios.

La figura del **contrabando propio** estaría indicada en la ley 19.738 de la siguiente forma: “Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas”. Al respecto, cabe hacerse la pregunta de saber cuáles son las mercancías cuya importación o exportación está prohibida: drogas, piezas arqueológicas, armas, etc.

A su vez, **el contrabando impropio** estaría constituido por una figura defraudatoria con dos variantes, a saber : “Comete también el delito de contrabando el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieran corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana. Asimismo, incurre en el delito de contrabando, el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes”. Actualmente, estas dos variantes están siendo objeto de debate en doctrina, mientras la jurisprudencia aún no se pronuncia, o es dubitativa. (10)

10 María Inés Horvitz Lennon: PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LEY PENAL EN EL TIEMPO DEL DELITO DE FRAUDE ADUANERO (Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, número 6, Abril 2002), p. 1, indica que en la nueva regulación, ambas modalidades delictivas comparten la actividad típica de “introducir” o “extraer” mercancías, al o del territorio de la República o de un territorio de régimen tributario especial a uno de mayores gravámenes. Se diferencian en que en un caso, el delito se consuma por el solo hecho de realizar la conducta descrita en el tipo respecto de mercancías prohibidas o de ilícito comercio (se haya o no pagado tributos respecto de ellas). En la otra modalidad, en cambio, la acción debe recaer sobre mercancías de lícito comercio, pero respecto de las cuales se evada el pago de los tributos o no se presentan dichas mercancías a la Aduana. Llamaremos contrabando propio al primer delito y contrabando impropio (defraudación tributaria) al segundo.

Con la figura del contrabando impropio, se pretendió reemplazar, en cierta medida, el fraude aduanero. Ahora bien, si defraudar es eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la tipificación contiene una redundancia, ya que se estaría definiendo el tipo penal con el mismo concepto que lo describe, pero transformándose en una ley penal en blanco, ya que sostiene que la conducta penada es no pagar los tributos “que pudieran corresponderle”. Y entonces, ¿Quién determina los tributos que pudieran corresponderle? Si yo solicito la aplicación específica de un tributo y finalmente se me aplica otro mayor, podría sostenerse que cometí este delito por cuanto la Ordenanza sanciona estos delitos como consumados desde su tentativa.

Finalmente, la ley 19.738 incorporó un **artículo 168 bis nuevo**, especie de figura residual que tiene la importancia de agregar a las materias aduaneras, algunos conceptos utilizados en la persecución de los delitos de la tributación fiscal interna, como “declaraciones maliciosamente falsas” y “falsificación material e ideológica”. Al respecto, dice el artículo 168 bis: “La declaración maliciosamente falsa del peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación, será castigada con la pena de presidio menor en

su grado mínimo a medio y multa de hasta cinco veces el valor aduanero de las mercancías. Con la misma pena señalada en el inciso anterior serán castigados quienes falsifiquen material o ideológicamente certificaciones o análisis exigidos para establecer el peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación”.

Con todos estos cambios, algunos estudiosos del tema han planteado que estas modificaciones establecidas por la ley 19.738 han significado que se desincrimine el hecho punible constitutivo del anterior delito de fraude aduanero. Otros, sin embargo, como la profesora María Inés Horvitz Lennon, piensan que la intención del legislador no fue desincriminar el fraude aduanero, sino sólo hacer una readecuación formal de su tipificación para regularlo conjuntamente con el delito de contrabando. (11)

11 M. Horvitz, op. cit., p. 3, expresa que se trata pues, de una mera adecuación semántica de la ley, pues existen numerosas referencias o designaciones nominales que hacen alusión al fraude, cuyo supuesto de hecho configura hoy en día un delito denominado “contrabando”. Esto es particularmente relevante en el caso de la propia Ordenanza de Aduanas, que en su epígrafe número 3 del Título I del Libro III contiene la siguiente frase: “3.- Del contrabando y del fraude”, y en el encabezado del artículo 176 que establece que “Las personas que resulten responsables de los delitos de contrabando o fraude serán castigadas....”. Es evidente que, habiéndose modificado el nomen iuris del delito, deben hacerse las adecuaciones correspondientes.

Hay que tener en cuenta, además, que no fue modificado el artículo 179 de la Ordenanza de Aduanas, que justamente contiene numerosas presunciones legales de fraude, a las cuales nos referiremos en el número siguiente, pero que ahora nos sirven para indicar que la figura del fraude se ha mantenido a pesar de la modificación en el tipo hecha por la ley 19.738.

Finalmente, podemos decir que, tal como lo anuncia la profesora Horvitz Lennon, existe ahora una importante diferencia en la regulación típica del delito, con importantes consecuencias jurídico-penales; esto porque el delito de fraude aduanero se configuraba como un **delito de peligro** para la Hacienda Pública, con un elemento subjetivo de intención trascendente; por su parte, el nuevo delito de fraude, designado como "contrabando impropio", está configurado como un **delito de resultado**, que por lo tanto, sí exige el perjuicio tributario. (12)

12 M. Horvitz, op. cit., p. 4, señala que, en efecto, se castigaba el hecho de "eludir o frustrar las disposiciones aduaneras...con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales...". No se exigía la causación de un perjuicio patrimonial efectivo para el Fisco, lo que se denotaba –por ejemplo–, en la presunción legal de fraude contemplada en el artículo 179 letra b de la Ordenanza de Aduanas. En cambio, el delito de contrabando impropio se configura como un delito de lesión o de resultado, esto es, se requiere la defraudación del Fisco, la causación de un efectivo perjuicio patrimonial a través de conductas que significan la no percepción de los tributos que le correspondan -no pagando los tributos o no presentando a la Aduana las mercancías que generan el pago de las mismas-.

4.2. Mantenimiento de las presunciones: efectos nocivos

Muchos creen que para compensar la generalidad que tenía el concepto de fraude aduanero, el legislador recurrió al sistema de presunciones legales, las que además de cumplir con su rol propio, en cierta forma tipifican la acción constitutiva de fraude.

Son presunciones legales aquellas en que la ley es la que, de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, infiere o deduce un hecho desconocido; en contraposición a las presunciones judiciales, en que es el juez quien de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, infiere o deduce un hecho desconocido. Distinción que no es sólo doctrinaria, sino que está basada en la ley, pues consta en el artículo 1712 del Código Civil.

Las **presunciones de fraude aduanero** constan en el artículo 179 de la Ordenanza de Aduanas, y salvo las leyes 16.127 y 18.634 que introdujeron la sexta y séptima presunción, se mantienen inalterables desde la Ordenanza de 1953, es más, tampoco fueron alteradas por la ley 19.738. Estas presunciones de autoría en el fraude aduanero no tienen una buena redacción incluyen hipótesis de contrabando fraudulento con reiteraciones innecesarias y son las siguientes:

Artículo 179.- Se presumen responsables del delito de fraude las personas que cometan o intervengan en los siguientes actos:

- a) “Importar o exportar, o tratar de importar o exportar mercancías después que el dueño, consignatario o Agente haya extendido presentaciones o declaraciones falsas referentes a dichas mercancías o relacionadas con su importación o exportación”. **Comentario:** Opera esta presunción una vez perfeccionada la destinación aduanera de importación o exportación, o bien durante su tramitación, situación que acontece “**después**” de haberse hecho las presentaciones o declaraciones falsas respecto de las mercancías en cuestión o de las destinaciones propiamente tales. Exige la ley, que tales declaraciones hayan sido hechas, bien por el dueño de la mercancía, su consignatario o el Agente de Aduana, de uno u otro, y que sean falsas, es decir, faltos de veracidad o autenticidad. Reiteramos que la falsedad debe afectar directamente a los documentos relacionados con las mercancías o la destinación aduanera que pretenda dárseles, esto es, la declaración aduanera de importación o la de exportación.

b) “Intentar la importación o exportación, o importar o exportar mercancías después de haber redactado o entregado facturas, cartas u otros documentos falsos concernientes a dichas mercancías y que sirvan para conseguir la entrega de ellas o para obtener con ellos otras especies por medio de manejos, procedimientos, omisiones y actos que despojan al Fisco de sus derechos sobre las mercancías”.

Comentario: Al igual que en el caso anterior, se configura durante la tramitación de la destinación aduanera de importación o exportación, o una vez concluida. Lo destacable de esta presunción es el hecho de que en sí contiene dos situaciones distintas, la primera de ellas opera cuando los instrumentos mencionados son falsos y se pretende a través de ellos obtener la entrega de las mercancías que amparen. En cambio, la segunda situación consiste en que valiéndose el sujeto activo de instrumentos falsos, y manejos, procedimientos, omisiones y actos que tienen por objeto pretender otras mercancías, distintas de las que correspondería con el documento primitivo. Finalmente, en ambas situaciones el sujeto pasivo o el perjudicado con la actuación del hechor, será o el Servicio Nacional de Aduanas o la Empresa Portuaria de Chile, toda vez que allí se almacena la mercancía.

- c) “Transportar mercancías o guardarlas en envases o dentro de objetos que las oculten para no declararlas a la Aduana o que engañen o induzcan a error cuando se las exhiban”. **Comentario:** Nuevamente obtenemos de ella dos situaciones distintas; si bien a primera vista su descripción parece coincidir con la de un contrabando, por el hecho de haber una violación a la potestad aduanera y especialmente a las obligaciones de manifestar y declarar las mercancías en la Aduana, al parecer se tratan de presunciones de fraude aduanero, porque el hecho de guardarlas en envases u objetos que las oculten importa un engaño, lo que claramente se presenta en el segundo caso, donde abiertamente nos encontramos frente a una conducta típica de fraude pues se pretende engañar o inducir a error a la Aduana cuando se las presentan.
- d) “Obtener engañosamente la liberación o la reducción de derechos para mercancías que no cumplen con las condiciones prescritas en la ley para concederlas”. **Comentario:** Aquí, para que se configure esta presunción, han de concurrir tres requisitos: i – La existencia de una ley desgravatoria; ii – La obtención de una liberación o rebaja tributaria en forma engañosa; iii – Que las mercancías no cumplan

con las condiciones exigidas por la ley para gozar del citado beneficio.

- e) “Emplear con distinto fin del declarado, y sin autorización o sin pagar los derechos correspondientes, mercancías afectas a derechos menores con la condición de un uso determinado de ellas”.

Comentario: Para esta presunción los requisitos son: i – Existencia de un documento de destinación aduanera; ii – Declaración de un fin determinado para la mercancía; iii – Someterla a un destino diferente del declarado.

- f) “Vender, disponer o ceder a cualquier título y consumir o utilizar en forma industrial o comercial mercancías sujetas al régimen suspensivo de derechos de admisión temporal o almacenaje particular sin haber cubierto previamente los respectivos derechos, impuestos y otros gravámenes que las afecten o sin haber retornado a la potestad aduanera y cumplido las obligaciones existentes a su respecto, una vez expirado el plazo de la franquicia”. **Comentario:** La **admisión temporal**, es un régimen suspensivo de derechos que consiste en el ingreso al territorio nacional o al resto del país de ciertas mercancías provenientes del extranjero o de zonas de tratamiento aduanero

especial, con un fin determinado, y para ser importadas, reexportadas o devueltas a su lugar de origen dentro de un plazo establecido. El **almacén particular**, es un régimen suspensivo de derechos que consiste en el traslado de las mercancías a un recinto de depósito perfectamente deslindado e individualizado en el documento de destinación aduanera, donde las mercancías extranjeras permanecen bajo la potestad de la Aduana sin pagar los derechos e impuestos que causen en su importación y a cargo y bajo la responsabilidad del propio importador, siendo, en muchas ocasiones, el propio domicilio del importador. Por lo que se concluye que, en primer lugar, incurre en esta presunción de fraude aduanero quien enajena o dispone de la mercancía sujeta a este régimen durante el período indicado, acciones que sólo pueden realizarse una vez que se ha importado la mercancía en cuestión, pagando los derechos aduaneros correspondientes. Y en segundo lugar, incurre en esta presunción, quien sin pagar los derechos, impuestos y gravámenes que afecten a las mercancías, las comercialice, utilice industrialmente, o los destine a un fin distinto del simple depósito (no debe desembalarlas, ni mucho menos realizar actos de montaje, prueba o exhibición).

g) “Exportar, enajenar, arrendar o destinar a una finalidad no productiva los bienes respecto de los cuales se hubiere obtenido el beneficio de pago diferido de tributos aduaneros, sin que se hubiere pagado el total de la deuda, o sin haber obtenido autorización del Servicio de Aduanas en el caso de la enajenación o del arrendamiento”.

Comentario: Esta última presunción de fraude aduanero es producto de la Ley 18.634 de 1987, que establece sistemas de pago diferido de derechos de aduana, crédito fiscal y otros beneficios de carácter tributario para la importación de bienes de capital que se encuentren incluidos en el listado establecido en el Decreto de Hacienda 671 de 1987 y sus modificaciones. Por tanto, si el importador exporta, enajena, arrienda o destina a una finalidad no productiva el bien de capital que importó bajo el régimen de la ley 18.634, sin autorización de la Aduana, o no ha pagado el total de la deuda, no está cumpliendo con los fines de la misma pudiendo presumirse su responsabilidad en el delito de fraude.

Existen también **presunciones de contrabando** en la Ordenanza de Aduanas, las que se agrupan en los artículos 19, 177 y 178 de dicho cuerpo legal.

En primer lugar, la presunción del artículo 19 dispone: “Las personas que con o sin mercancías se introduzcan en el territorio de la República o salgan o traten de salir de él por cualquier vía situada fuera de las zonas primarias de jurisdicción de las aduanas, se presumirá que ejercen el contrabando y cometen acto de importación o exportación ilegal”.

Comentario: Sabemos que en virtud de la potestad aduanera, al Servicio Nacional de Aduanas le corresponde tanto vigilar y fiscalizar el paso de mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República, como el de las personas que hagan pasar o pasen mercancías por tales lugares o de zonas afectas a regímenes aduaneros especiales. Por lo tanto, el paso de mercancías y personas por las fronteras, puertos y aeropuertos sólo podrá efectuarse legalmente por los puntos habilitados que al efecto determine el Presidente de la República, mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Hacienda. De manera que las personas que entren o salgan del territorio nacional por las vías no habilitadas, con o sin mercancías, incurren en esta presunción, pues están eludiendo o eluden el ejercicio de la potestad

aduanera. Hay que destacar la rigurosidad de esta presunción, pues se aplica incluso a la persona que pase por vías no habilitadas, sin necesidad de que lleve mercancías.

Por su parte, las presunciones del artículo 177 de la Ordenanza de Aduanas, disponen: “Se presumen responsables del delito de contrabando las personas que ejecuten los siguientes hechos o que tengan intervención en ellos” :

- a) “Trasladar mercancías extranjeras de un vehículo procedente del extranjero, sin haber dado cumplimiento a los preceptos legales. Comprobada la traslación indebida, las mercancías serán decomisadas”. **Comentario:** Aquí se trata de una situación similar a la que se produce en el transbordo de mercancías, que consiste “en el traslado directo o indirecto desde un vehículo a otro, aunque transcurra cierto plazo entre su llegada y su salida”, sólo que en él existe autorización de la Aduana, de manera que esta presunción se refiere, por así decirlo, a un transbordo ilegítimo de mercancías. Resulta obvio que tal traslado ha debido producirse en el tiempo que media entre el ingreso de la

nave o vehículo al país y la entrega de mercancías a la Aduana.

- b) “Desembarcar o descargar en tierra o tratar de llevar o de depositar en tierra mercancías extranjeras provenientes de un vehículo que se halla dentro del territorio o de las aguas territoriales, y antes de que el vehículo llegue al puerto de destino de su carga, salvo los casos de fuerza mayor que hayan sido puestos en conocimiento de la Aduana, en la forma requerida por esta Ordenanza”. **Comentario:** Esta es una violación de la potestad aduanera; siendo desde ya, una conducta constitutiva de contrabando, por lo que aunque la ley la presenta como una presunción, para el Servicio Nacional de Aduanas, quien comete tal actuación está incurriendo en el delito mismo.
- c) “Traer a bordo de un vehículo mercancías que no hayan sido manifestadas o declaradas, o tenerlas sin haber pedido la autorización para embarcarlas”. **Comentario:** Aquí se describe una conducta que en sí misma no es delictual, pero, sin embargo, permite deducir o suponer la existencia de un

contrabando, ya que consiste en traer a bordo de un vehículo mercancías que no hayan sido manifestadas o declaradas. O tenerlas sin haber pedido autorización para embarcarlas. Por ejemplo, permitiría suponer la existencia del delito, el hecho de no contar con el Manifiesto de Carga General, o la no inclusión de la carga en él, y aunque su ausencia no significa necesariamente la violación de la potestad aduanera, debido a los plazos extras que se han establecido para aclarar o rectificar los Manifiestos, sí permite sospechar que esa conducta, aparentemente negligente, sea en realidad dolosa.

- d) “Tener dentro de la zona primaria de jurisdicción de las Aduanas, mercancías extranjeras respecto de las cuales no se pruebe que han cumplido las obligaciones aduaneras”.

Comentario: Para que se configure esta presunción han de concurrir las siguientes circunstancias: i) Que se trate de mercancías extranjeras, es decir, que provengan del exterior y su importación no haya sido consumada; ii) Que se encuentren en la zona primaria de jurisdicción de la Aduana; iii) Que no se pruebe que han cumplido las obligaciones

aduaneras existentes, es decir, las necesarias para que la mercancía se encuentre legalmente en la zona primaria.

- e) “Tener una persona en su poder mercancías nuevas extranjeras, destinadas a la venta, o que por exceder de sus necesidades normales y las de su familia pueda estimarse fundadamente que se tienen para su comercio, a menos que acredite su legal internación o su adquisición en el país a una persona determinada. Esta presunción se extiende también a las personas que antes guardaron o tuvieron en su poder tales mercancías”. **Comentario:** Esta última letra contiene dos hipótesis constitutivas de contrabando. La primera de ellas exige: i) Que se trate de mercancías nuevas, es decir, sin uso, lo que se determina en el acto de aforo, ordenado por el Administrador a fin de determinar la naturaleza de las mercancías y el valor de las especies incautadas; ii) Que sean extranjeras, calidad que también se determina en el acto de aforo; iii) Que estén destinadas a la venta o que por su cantidad pueda estimarse fundadamente que se tienen para su comercio. La segunda hipótesis de

responsabilidad alcanza a quienes antes guardaron o tuvieron en su poder tales mercancías, en otras palabras, se presume que han tenido participación en la comisión del delito, como cómplices o encubridores. Presunción que podrá desvirtuarse acreditando buena fe y desconocimiento del origen de tales mercancías.

Finalmente, la última presunción legal sobre el delito de contrabando es la contenida en el artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas, que al igual que la señalada en el artículo 19 de ella, constituyó una “presunción de derecho”, es decir, no admitían prueba en contrario, hasta que la Constitución Política de 1980 en su artículo 19 número 3, inciso 6, estableció que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, por lo que la Ordenanza de Aduanas debió armonizarse a tal mandato constitucional, presumiendo sólo legalmente dichas conductas. Dice el artículo 178 de la Ordenanza de aduanas: “ Se presumirá responsables del delito de contrabando a las personas que por sí mismas o mediante otras y fuera de las zonas primarias de jurisdicción de las Aduanas, introduzcan o saquen mercancías del país; o que, dentro de dichas

zonas, traten de introducirlas o hacerlas salir o de movilizarlas o transportarlas, si la movilización no está encaminada a la presentación inmediata de ellas a la Aduana, en conformidad con las disposiciones de esta Ordenanza y sus reglamentos, y en todo caso si ejercen actos de violencia para ello”. **Comentario:** En su primera parte, esta presunción reitera lo dispuesto en la presunción del artículo 19 de la Ordenanza de Aduanas, es decir, toda acción destinada a eludir la potestad aduanera, sea entrando o sacando mercancías por lugares no habilitados, o sea, fuera de las zonas primarias de jurisdicción de las Aduanas, hace suponer un contrabando. Se responsabiliza tanto al que porta las mercancías, como al que por otro las lleva; en otras palabras, tanto al autor material como al intelectual. En su parte central, indica que para configurar esta presunción lo importante es que las mercancías objeto del contrabando, se encuentren en la zona primaria de jurisdicción aduanera y desde ahí el contrabandista pretenda introducirlas al resto del país o hacerlas salir de ella al extranjero. Y en su última parte, se habla de la conducta llamada “contrabando violento”, que engloba a todos los casos anteriores caracterizados por la clandestinidad que hay en ellos, pero agregándoles el elemento de la

violencia, es decir, los contrabandistas emplean la fuerza contra aquellos que de alguna manera tratan de oponerse a dichos actos.

Concluyendo, estas presunciones de autoría en el contrabando indican que se presume responsable a quienes ejecutan o tienen intervención en ciertos actos, admitiendo prueba en contrario. No son disposiciones tipificadoras que describan conductas delictivas, sino disposiciones de naturaleza irregular. El delito se consuma cuando el producto entra al territorio nacional o sale de él, traspasando los recintos aduaneros, y librándose de los tributos que le afecten. En definitiva, son una clara muestra de la confusión del legislador al tratar de estructurar el tipo. (13)

13 M. Horvitz, op.cit., p.3. Que en la antigua regulación no existía una delimitación clara entre los delitos de fraude y contrabando se muestra explícitamente en las "presunciones de fraude" aludidas, que continuamente hacen referencia a la importación y exportación de mercancías, no obstante que este último acto no causa tributos y, en consecuencia, resulta inidóneo para producir una defraudación tributaria. Este problema se vuelve a presentar con la tipificación del delito de contrabando impropio en el artículo 168 inciso 2, en que se tratan, indistintamente, hipótesis de defraudación y de contrabando. Es posible presumir que la agrupación de los tipos bajo una misma designación obedece a las dificultades del legislador chileno para delimitar conceptualmente los delitos de defraudación tributaria de los de contrabando, que en la doctrina extranjera tienen un perfil muy definido y características propias.

Luego de haber examinado el ordenamiento aduanero, queremos señalar que nos asiste la sospecha de que hay una serie de normas ligadas a las presunciones en la Ordenanza de Aduanas, que tendrían la forma de una **ley penal en blanco**, y lo que es peor, aún se mantienen, ya que no fueron modificadas por la ley 19.738.

Podemos definir las leyes penales en blanco como aquellas en que para aplicar su hipótesis de hecho deben ser llenadas o completadas mediante la incorporación de elementos ajenos a su contenido, provenientes de otra ley, ordenanza, reglamento o mandato administrativo, que incluso pueden ser posteriores a su vigencia. (14)

Originalmente, el término "ley penal en blanco" se debe a Karl Binding, quien vio en esta categoría de leyes penales incompletas un quiebre del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", ya que solamente contenía la sanción aplicable, pero no la descripción de la conducta incriminada; entonces, debía ser integrada por preceptos dictados no por el legislador, sino que por la autoridad político-administrativa.

14

Enrique Cury Urzúa: DERECHO PENAL: PARTE GENERAL (Santiago, Jurídica, 1982) p. 123, indica que ley penal en blanco es aquella que determina la sanción aplicable y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta.

Estas llamadas leyes penales en blanco podemos encontrarlas en la Ordenanza de Aduanas en el Libro Tercero, Título I, Párrafo 3, llamado “Del contrabando y del fraude”, especialmente entre los artículos 177 y 180, justamente donde se ubican las presunciones vigentes; y también en el Párrafo 2, llamado “De las infracciones reglamentarias y sus penas”, específicamente entre los artículos 172 y 175, donde se trata de tipos privilegiados relativos a infracciones reglamentarias, faltas o contravenciones.

Particular importancia tiene el tenor del artículo 175, donde se mencionan delitos de peligro abstracto; y donde la letra “ñ” es una típica ley penal en blanco, a saber, “Las infracciones de cualquiera disposición de la presente Ordenanza, reglamento o instrucciones dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas, que tengan por objeto una medida de orden, fiscalización o policía de Aduana, (serán sancionadas) con una multa de hasta 5 Unidades Tributarias Mensuales (...)”

4.3. Algunas observaciones

Habiendo analizado el corpus de esta memoria, queremos señalar que sería muy importante para el mejoramiento del derecho aduanero nacional el realizar un estudio con una técnica legislativa más depurada, más simplificada, y dándole al derecho aduanero un enfoque más criminológico. Por ejemplo, sería mejor derogar completamente el fraude aduanero, figura que parece no derogada ya que en la ley 19.738 se usa la voz “modificar” y no derogar; sin mencionar que el artículo 179 de la Ordenanza de Aduanas se mantiene incólume, y cuyo tenor es : “Se presumen responsables del delito de **fraude** las personas que cometan o intervengan en los siguientes actos (...)”, por lo tanto, podemos decir que el delito de fraude aún se mantiene vigente en la Ordenanza de Aduanas, ya que la ley no lo derogó expresamente. Otra medida podría ser el derogar definitivamente las presunciones de los artículos 177, 178 y 179 de la Ordenanza de Aduanas, porque la reforma legal no ha modificado en lo más mínimo el catálogo de presunciones de fraude aduanero. Finalmente, también sería aconsejable derogar la penalidad del artículo 176 de la Ordenanza de Aduanas, modificar las infracciones administrativas y modificar la renuncia de la acción penal.

CONCLUSIONES

Mucho ha cambiado la figura del contrabando y fraude aduanero desde los albores de nuestra historia patria hasta hoy.

En vista de la especificidad de la materia y el carácter de delitos no convencionales, nunca hubo interés por abordar el tema en cuanto a proponer cambios legislativos concretos. Las únicas iniciativas vinieron del Servicio Nacional de Aduanas, desde 1995, pero obviamente con un sesgo muy marcado: penalizar la mayor cantidad posible de conductas de los usuarios, lo cual generó un casuismo muy grande, además de repeticiones, presunciones y normas contradictorias, que formaron una suerte de “mimetismo penal”, que confundía las exigencias punitivas con las fiscales.

Actualmente, con motivo de un proyecto de ley tramitado de manera muy rápida -la ley 19.738 sobre “Normas para combatir la evasión tributaria”, cuyo mensaje presidencial es de 29 de Agosto de dos mil y la promulgación es de 15 de Junio de dos mil uno, apenas diez meses después- se introdujeron de manera apresurada, parcial y con poco análisis, modificaciones que poco han mejorado el panorama en materia de derecho penal aduanero, sin mencionar la deficiente técnica legislativa empleada.

En esencia, podríamos decir que la ley 19.738, aunque modifica la antigua figura del fraude aduanero cambiándola por la de contrabando propio e impropio, es una ley que no ha podido abarcar en su totalidad todas las repercusiones y consecuencias que provocaba el antiguo concepto de fraude aduanero, el que era capaz de prolongar sus efectos a otros ámbitos de la Ordenanza de Aduanas además de la definición, causando con esto una serie de irregularidades de certeza jurídica, que podrían incluso llegar a conculcar principios tan importantes en nuestro derecho como el debido proceso legal. (15)

15 M. Horvitz, op. cit., p. 4, señala que es posible comprobar una identidad material entre la conducta típica del antiguo delito de fraude aduanero y el ahora contenido en el delito de contrabando impropio. Advirtiendo la deficiente técnica legislativa utilizada en la configuración del delito, por la previsión de un tipo abierto y sumamente vago, el legislador decidió aprovechar la ocasión para mejorarla, como consta de las actas de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley. La continuidad típica entre ambas figuras penales aparece de manifiesto en las denominadas "presunciones de fraude" contenidas en la antigua regulación y que no han sido derogadas, pues ellas consisten en la realización de conductas defraudatorias encaminadas a la elusión del pago de los tributos aduaneros.

Se ha comprobado que la técnica legislativa empleada hasta ahora en materias aduaneras no ha sido la mejor, que las modificaciones han sido tramitadas de manera muy rápida y sin abarcar conceptos penales de fondo. Que la legislación aduanera es confusa, redundante, casuista y no respeta los principios político-criminales, por lo que hay una gran incertidumbre en la aplicación de la ley. Hay superposición de jurisdicciones, tanto administrativa (decisiones severas y ampliación de su ámbito), como judicial (decisiones cambiantes).

No se puede continuar con una legislación anacrónica y contradictoria, que confunda a los jueces sentenciadores y ampare la falta de certeza jurídica, atentatoria contra el estado de derecho.

Por eso es importante acoger nuevas modificaciones como las enunciadas en el punto 4.3 de esta monografía, dándole un carácter más criminológico a nuestro derecho aduanero y simplificando drásticamente las normas penales aduaneras, pero siempre respetando los principios que informan el ordenamiento jurídico nacional, como la legalidad, culpabilidad, actividad, ofensividad y proporcionalidad.

En definitiva, es perentorio el mejoramiento de la normativa aduanera vigente, con el objeto de contribuir al perfeccionamiento general de un

sistema aduanero que pretende insertarse en la economía global con elementos de modernidad, tal como se recomendó el año 2000 en la Revisión del Convenio de Kioto del año 1973, para la “Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros”, donde se trataron temas como derechos de aduana, impuestos, infracciones y procedimientos especiales; entre otros referidos al marco legal de cada sistema.

Las aduanas deben manejar la delicada ecuación de facilitar el comercio internacional y reducir la evasión tributaria, mejorando la fiscalización sobre los operadores privados. Entonces, la transparencia, la honestidad y la buena fe, son principios que van de la mano de un sistema sancionatorio efectivo, para excluir del sistema a quienes cometan ilícitos.

Durante los últimos años, en el marco de una política de apertura económica bilateral y multilateral, Chile ha suscrito una serie de tratados de libre comercio con varios países, y está ad portas de celebrar otros con mercados ingentes, tales como los de China e India; por lo tanto, insistimos en la necesidad de perfeccionar los elementos jurídicos de una moderna y sana administración aduanera interna, la que servirá, fortalecida, para dar confianza al concierto económico internacional.

**ANEXO: JURISPRUDENCIA ADUANERA EN
MATERIA DE FRAUDES**

A) CAUSA ROL 36.152 – C, SEGUIDA EN EL SEXTO JUZGADO DEL CRIMEN DE SAN MIGUEL, CARATULADA COMO FRAUDE ADUANERO Y FALLADA EL 19 DE JUNIO DE 2004 EN PRIMERA INSTANCIA

COMENTARIOS

Al ser la ley 19.738 de 2001 aplicable en tribunales prácticamente a partir de 2002, no es posible señalar que haya actualmente demasiada jurisprudencia que de fe de cómo ha operado en el foro el cambio producido en la modificación del fraude aduanero.

Con todo, sí se puede decir que nos encontramos en una etapa jurisprudencial donde se discuten elementos relacionados a la modificación, tales como la supervivencia del delito de fraude aduanero, señalado en el artículo 9 transitorio de la ley 19.738. Al efecto, en esta memoria de prueba daremos cuenta de la **causa rol 36.152-C, por fraude aduanero, seguida contra Cristián Alfonso Carrasco Wehrhahn, y fallada por el Sexto Juzgado del Crimen de San Miguel, con fecha 19 de Junio de 2004; actualmente en la Corte de Apelaciones de San Miguel, en apelación a la sentencia definitiva de primera instancia.**

En el proceso recién mencionado, el Juez sentenciador de primera instancia elude datar el principio de ejecución del delito con fecha posterior al 19 de Junio de 2001, fecha de publicación de la ley 19.738; seguramente para no caer dentro del ámbito de las modificaciones de la nueva ley, y

derechamente caratula el proceso como fraude aduanero, aunque no estaba claro en el proceso el hecho punible comenzó a ejecutarse después de la fecha de publicación de la ley.

Lo que si se debatió en esta causa, fue la supervivencia del delito de fraude aduanero indicado en el artículo 9 transitorio de la ley 19.738. Este artículo establece que “Los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente están siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley n° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997”. ¿Qué ocurrió en la causa que se acompaña en el anexo de este trabajo?, a saber, el sentenciador de primera instancia, en el **considerando octavo** aplicó derechamente el artículo 9 transitorio de la ley 19.738 sin absolver al procesado, no dando lugar a la despenalización del delito de fraude aduanero como lo solicitaba la parte querellada, para luego condenar al encausado como autor del delito de fraude aduanero, por la supervivencia de este delito.

Al respecto, queremos en esta memoria hacer algunas observaciones: Si bien es cierto que del artículo 9 transitorio de la ley 19.738 se desprende

la supervivencia del delito de fraude aduanero; no es menos cierto que nuestra máxima norma, la Constitución Política de la República, en su artículo 19 número 3 inciso 7, establece el principio indubio pro reo, o de la aplicación de la pena más favorable al reo, al establecer que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”; lo cual puede ser concordado con lo indicado en el artículo 18 del Código Penal. Entonces, haciendo un análisis lógico, la aplicación del artículo 9 transitorio significaría que los procesos vigentes por fraude aduanero deberían seguir su prosecución pese a que la conducta ya no es un delito, porque el artículo 168 no lo contempla; pero el artículo 9 transitorio es contrario al artículo 19 número 3 inciso 7 de la Constitución, y también al artículo 18 del Código Penal. Por tanto, los procesos vigentes por fraude aduanero deberían sobreseerse definitivamente. No pueden iniciarse nuevos procesos por fraude aduanero, aunque sí por contrabando impropio.