



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado
Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal

NOCIONES GENERALES DEL DELITO ADUANERO Y ANALISIS DEL DELITO DE
CONTRABANDO DE MERCANCIAS SUJETAS AL REGIMEN SUSPENSIVO DE
DERECHOS DE ALMACÉN PARTICULAR DE IMPORTACION Y SU TRATAMIENTO
JURISPRUDENCIAL

URSULA VALDIVIA PICHUANTE
15.363.187-5
GERMAN OVALLE MADRID
Santiago
2019

INTRODUCCION

El dinamismo del comercio exterior, ha determinado que las normas que regulan el ingreso y salida desde y hacia el país, de las mercancías, sean facilitadoras en cuanto al pago de los tributos que genera su nacionalización. En el año 2017, el Servicio Nacional de Aduanas tramitó a nivel nacional un total de 13.965 Declaraciones de Almacén Particular de Importación que representaron el 0,735%. Con relación al total de operaciones de ingreso efectuadas, esta cifra puede parecer intrascendente, no obstante las destinaciones aduaneras de este Régimen Suspensivo de Derechos se tradujeron en el pago de US\$ 1.571.846.829,57 en derechos y demás gravámenes al fisco.

La tesis que se presenta, tiene por objeto analizar el tipo penal del delito de contrabando descrito por el Legislador, cometido con ocasión de la venta, disposición, cesión a cualquier título y consumo o utilización comercial o industrial de mercancías sujetas a un Régimen Suspensivo de Derechos, en particular, el Almacén Particular, antes del pago de los derechos a las que se encuentran afectas. Además, se espera que el estudio pormenorizado de este delito permita resolver un cuestionamiento que se ha venido produciendo en el contexto de la tramitación Procesal Penal, relativo a la inexistencia del perjuicio, al concurrir el pago posterior de los tributos, hipótesis que se encuentra reglada en el artículo que sanciona el delito, como una atenuante, inclusive calificada, en tanto que para sus detractores y de cierta forma, la jurisprudencia, han referido que de acuerdo a la clasificación dada al ilícito, delito de resultado, y considerando el bien jurídico protegido, no habría tal figura delictiva. En razón de lo anterior, se tratará de modo general el delito de contrabando, el cual, en los últimos 3 años ha sido objeto de modificaciones importantes, enmarcadas en la incorporación de nuevos tipos penales, el aumento en las penas de presidio y diferenciación en las multas que se apliquen en relación con el tipo de mercancía, de la misma forma se explicarán las normas aduaneras que regulan el Régimen de Almacén Particular y los demás Regímenes Suspensivos de Derechos, revisando su tratamiento jurisprudencial. Palabras clave: Contrabando - Regímenes Suspensivos de Derechos - Almacén Particular – Perjuicios - delito de resultado.

The dynamism of foreign trade has determined that the rules governing the inflow and outflow of goods have been a facilitating factor to the payment of taxes generated by their nationalization. In 2017, the Customs Agency processed thirteen thousand nine hundred sixty-five declarations of *private warehouse* – a number that represents the 0,735% of the total amount of imports. This number could appear irrelevant, nevertheless customs destinations under this tax suspensive regime translated into payment of US\$ 1.571.846.829,57 in tax and fees in favor of the treasury.

This thesis aims to analyze the terms used by the law to describe contraband as a criminal conduct, committed with occasion of the sale, disposition, cession under any title, as well as consumption or commercial or industrial use of goods subjected to a tax suspensive regime, in particular private warehouse arrangements, before the payment of applicable taxes. In addition, we expect that an in-depth study of said felony will allow us to resolve some doctrinal questions that emerged in the context of its criminal prosecution. As the deferred payment of taxes is permitted by law as a mitigating circumstance, even as a qualified one, the question of inexistence of damages arises since it is a condition to penalize the conduct. Given the fact that the felony is classified as a result crime and the legal interest behind it, detractors and some part of the jurisprudence sustain that in this case, since there are no damages there is no crime. Because of the above mentioned, we are going to describe the felony of contraband in general terms, it has been subject to relevant modifications in the last three years, involving the introduction of new criminal offences, an increase on the severity of related sanctions and also about the differentiation of fines depending on the class of goods involved. Moreover, customs regulations governing the particular warehouse regime will be explained and other suspensive arrangements and their judicial treatment will be reviewed.

Keywords: Contraband - suspensive arrangements - particular warehouse regime – damages - result crime.

INDICE

Introducción.....	2
1. Capítulo Primero. El Delito de Contrabando, tratamiento Normativo.	
1.1. Generalidades.....	5
1.2. El Delito Aduanero por Antonomasia.....	12
1.2.1. Tipos penales, régimen de presunciones y pena.....	14
1.2.2. Normativa aduanera sobre Regímenes Suspensivos de Derechos..	49
2. Capítulo Segundo. Tipo Penal del Contrabando de Mercancías Sujetas al Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular de Importación.	
2.1. Aspectos generales.....	61
2.2. Conducta, Bien Jurídico Protegido, Objeto Material, Fase Subjetiva, Iter Criminis, Régimen de Penalidad.....	68
2.2.1. Conflicto Suscitado. Implicancias del Perjuicio.....	76
Conclusión.....	83
Bibliografía.....	85

1. CAPITULO PRIMERO

El Delito de Contrabando, tratamiento Normativo

1.1. Generalidades.

El delito¹ de contrabando, se encuentra consagrado en el Libro III, Título I, apartado 1 del Decreto con Fuerza de Ley N° 30 de 2004 que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 213, de 1953, del Ministerio de Hacienda, sobre Ordenanza de Aduanas.

Contenido en los artículos 168, 178 –sanción-, 179, 180 y 181 de la norma legal descrita², este delito que ha sido objeto de diversas modificaciones dentro de las

¹ POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre y RAMIREZ María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte general*. 2° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. pp. 158 – 159, Concepto de delito en la ley: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” definición dogmática: “Conducta, acción u omisión, típica, antijurídica y culpable”; en el mismo sentido CURY Urzúa Enrique. *Derecho penal: parte general*. 7° edición ampliada, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p. 243; GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 13; BULLEMORE G. Vivian R, MACKINNOR R, John R. *Curso de Derecho penal, Parte General*. 2° edición. Santiago, Editorial LegalPublishing, 2007. Tomo I. pp. 211- 212, ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*. 3° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018. Tomo I. pp. 166 y 168.

² El D.F.L. N° 30, Aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial del República de Chile, Santiago, 18 de octubre de 2004, estos artículos describen el delito de contrabando, no obstante algunas conductas se encuentran descritas en otras normas legales, las que en todo caso, desde el punto de vista procesal, se remiten a las normas sobre tramitación de investigaciones constitutivas del delito de contrabando, establecidas en la aludida Ordenanza. Entre las más actuales podemos destacar, la Ley N° 19.946, que Modifica la Ley Austral en Materia de Crédito Tributario y Establece la Ampliación de la Zona Franca de Extensión de Punta Arenas a la Región de Aysén para Bienes de Capital, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 11 de mayo de 2004, que dispone en su artículo 2 inciso 4: “Sin perjuicio de los casos previstos en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, incurrirá también en el delito de contrabando el que retire o introduzca mercancías desde o al territorio de la Región de Aysén o de la Provincia de Palena, por pasos o puertos distintos de los habilitados por el Servicio Nacional de Aduanas en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores, o en contradicción a lo dispuesto en este artículo”. También la Ley N° 20.422, que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de febrero de 2010, en su artículo 54 inciso 1 establece: “El que obtenga indebidamente los beneficios arancelarios de que trata este Párrafo, proporcionando antecedentes falsos, incurrirá en las penas asignadas al

cuales cabe destacar la introducida por la ley N° 19.738, del año 2001³, que de acuerdo a la opinión mayoritaria de la doctrina⁴ y jurisprudencia⁵, implicó la fusión del

delito de contrabando contenidas en el artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas, las que deberán imponerse de acuerdo al monto del beneficio indebidamente obtenido". Por su parte, la Ley N° 20.962, que Aplica Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de Flora y Fauna Silvestre, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de noviembre de 2016, que en su artículo 11 preceptúa: "Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca en el territorio nacional o extraiga de él los especímenes de las especies, partes, productos o derivados de las especies o subespecies exóticas incluidos en los Apéndices de la Convención por lugares no habilitados; no presentándolos a la aduana; no pagando los derechos e impuestos y demás gravámenes, cuando corresponda; ocultándolos; utilizando documentación falsa, adulterada o parcializada o sin los correspondientes permisos y certificaciones que acrediten su legítimo origen, procedencia u obtención, y será sancionado de la siguiente manera:

a) Con presidio menor en su grado medio, con una multa de 100 a 200 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies, partes o productos, cuando se trate de especímenes de especies incluidas en el Apéndice I.

b) Con presidio menor en su grado mínimo, con una multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies, partes o productos, cuando se trate de especímenes de especies incluidas en el Apéndice II.

c) Con prisión en su grado máximo, con una multa de 10 a 50 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies, partes o productos, cuando se trate de especímenes de especies incluidas en el Apéndice III.

Asimismo, incurrirá en el delito de contrabando la persona que:

a) Venda, ofrezca para la venta, exponga o exhiba al público con fines comerciales, especímenes, partes, productos o derivados de las especies o subespecies exóticas incluidos en los Apéndices de la Convención, y que, siendo requerido por la autoridad competente, no acredite su obtención legal o legítima procedencia, de conformidad con las disposiciones de la Convención y la ley. Este delito será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio, más una multa de 10 a 200 unidades tributarias mensuales y comiso de aquellos.

b) Almacene, custodie, transporte o distribuya, con fines comerciales, especímenes, partes, productos o derivados de las especies o subespecies exóticas incluidos en los Apéndices de la Convención y que, a requerimiento de la autoridad competente, no acredite su obtención legal o legítima procedencia, de conformidad con las disposiciones de la Convención y la ley. Este delito será castigado con las penas previstas en la letra a) del presente inciso. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 8."

³ Ley N° 19.738, sobre Normas para Combatir la Evasión Tributaria, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 19 de junio del año 2001, en el artículo 10 letra e) se dispuso: "e) Modifícase el artículo 168, de la siguiente forma: 1.- Sustitúyese en el inciso primero la frase "los delitos de fraude y contrabando", por la palabra "delito". 2.- Sustitúyense los incisos segundo y tercero por los siguientes:

"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."

fraude aduanero y el contrabando, siendo la descripción de la conducta del primer delito incorporado bajo el nombre del segundo y la modificación en su redacción, dejó atrás su naturaleza de delito de peligro y asumió la forma de delito de resultado⁶.

Las citadas figuras delictuales, definidas en el antiguo artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas⁷, describían al fraude aduanero como “todo acto que eluda o frustre las disposiciones aduaneras precipitadas con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquier forma”. Por su parte, para el contrabando se disponía como “el hecho de

⁴ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDON Widow, María Magdalena. *Delitos aduaneros*. 1° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p.60

⁵ HORVITZ Lennon, María Inés. Problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en los delitos aduaneros. *Revista de estudios de la Justicia*, (3):119-130, 2003. En la publicación, la profesora analiza el fallo dictado en causa *PATRICIO OSVALDO SCHALCHLI MELO/FISCO DE CHILE*, (2002): Corte Suprema, 11 de noviembre, ROL CORTE: 3862-2001, por la Sala Segunda Penal, de la Corte Suprema, al acoger el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco en contra de la sentencia de alzada de una sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había resuelto absolver a Patricio Osvaldo Schalchli Melo, por su responsabilidad en el ilícito seguido en la causa ROL: 33.370-6-5 del Segundo Juzgado del Crimen de El Loa Calama, por entender que la Ley N° 19.738 derogó el delito de fraude aduanero. Sobre este punto, la autora desarrolla parte del considerando cuarto de la sentencia del Máximo Tribunal que resuelve contra la derogación y que dispone: “De la reforma se desprende, con mucha claridad, que refunde en un solo delito lo que antes eran los de fraude y contrabando y bajo esta última denominación, distinguiendo el contrabando propiamente tal del inciso segundo, con verdaderas figuras de fraude bajo la forma de contrabando impropio que se destacan en los incisos tercero y cuarto. En efecto, incurre en delito de contrabando el que introduzca mercaderías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en algunas de las formas indicadas en los incisos precedentes una de las cuales consiste precisamente en ejecutar la acción descrita defraudando la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieran corresponderle. Antes de la reforma la norma definía el fraude aduanero como todo acto que eluda o frustre las disposiciones aduaneras precipitadas con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquiera forma. De ello se evidencia el claro propósito del legislador de mantener la figura del fraude aduanero toda vez que los elementos del tipo corresponden a ella, subsumida bajo el nombre de contrabando, como ya se ha dicho, pero además bajo la forma de delito de resultado y no de peligro como en su redacción anterior”.

⁶ BULLEMORE G. Vivian R, MACKINNON R, John R. *Curso de Derecho penal, Parte General*. 2° edición. Santiago, Editorial LegalPublishing, 2007. Tomo II. pp. 19 - 20, Definición de delito de resultado: “Son aquellos en que, además de la acción, debe concurrir un resultado determinado para poder punir la conducta.” Continúa el autor que respecto de este delito precede la distinción entre los delitos de lesión “aquellos en que se requiere una efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico protegido por el tipo penal” y los delitos de peligro: “son aquellos en que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro para el bien jurídico, es decir, la simple puesta en peligro de éste”, en relación con lo expuesto por HORVITZ, op. cit. 126.

⁷ D.F.L. N° 2, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1997.

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.”.

Resulta necesario referirse a las definiciones de los tipos penales⁸ de fraude aduanero y contrabando, antes de la citada modificación, por cuanto el tipo penal que se desarrollará en el capítulo segundo, artículo 181 letra f)⁹ de la Ordenanza de Aduanas, se encuentra enunciado en la normativa como una presunción del fraude aduanero, entendido por una parte de la doctrina, como una modalidad de comisión de este último, subsumido en el contrabando impropio contenido en el artículo 168 inciso 3 de la citada normativa¹⁰.

Otra reforma que afectó al delito de contrabando, relativa también a su descripción, fue incorporada por la ley N° 20.780 del año 2014, que introdujo un nuevo inciso cuarto al artículo 168 de la norma legal, tipificando exclusivamente la salida o extracción del

⁸ GARRIDO, op. cit. p. 57, definición de tipo penal: “La descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva.”; también: BULLEMORE y MACKINNON, tomo I, op. cit. p. 228; CURY, op. cit. p. 279; ETCHEBERRY, op. cit. p. 168 y POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p. 183.

⁹ La Ley N° 16.127, Modifica el D.F.L. N° 213, de 1953, que aprobó la Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, de 29 de enero de 1965, agrega el tipo penal de mercancías sujetas al Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular con la incorporación de la letra f) al artículo 197 del D.F.L. N° 213 aprueba Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 5 de agosto de 1953, el cual fue refundido, coordinado y sistematizado por el D.F.L. N° 30 que fija texto refundido del D.F.L. N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 13 de abril de 1983, pasando a corresponder al artículo 187 letra f), para luego, por el D.F.L. N° 2, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 12 de noviembre de 1997, transformarse en el artículo 179 letra f) y posteriormente ser refundido, coordinado y sistematizado por el D.F.L. N° 30 de 2004, que determinó su actual ubicación, en el artículo 181 letra f) de la Ordenanza de Aduanas.

¹⁰ HORVITZ, op. cit. p.125

país de mercancías por pasos no habilitados o siendo un lugar con fiscalización Aduanera, por ejemplo una avanzada, no sean presentadas a la Autoridad¹¹.

Corresponde hacer presente que, la citada ley también efectuó cambios en el artículo 178 de la Ordenanza, que dispone la sanción¹² del delito, en orden a establecer limitaciones a la aplicación exclusiva de la pena de multa, para la comisión del contrabando de mercancías que superen las 25 Unidades Tributarias Mensuales, cuando se trate de mercancías afectas a tributación especial o adicional, limitación que existía en forma previa a la modificación, sólo para el caso del reincidente. Junto con ello, la norma legal del año 2014, determinó que tanto el contrabando de mercancías sujetas a impuesto específico o adicional y aquellos cometidos por sujetos con reincidencia, la pena privativa de libertad se debía agravar, aumentándola en un grado¹³.

Por otra parte, en virtud de la ley N° 20.997 de 2017¹⁴, en cuanto a la materia de estudio de este trabajo, se efectuó una modificación al artículo 181 letra f) de la Ordenanza de Aduanas, que determinó la creación de una nueva destinación

¹¹ Ley N° 20.780, reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de septiembre de 2014, que en su artículo 11 dispuso, que en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas se, incorpore el siguiente inciso cuarto nuevo: "Incorre también en el delito de contrabando el que extraiga mercancías del país por lugares no habilitados o sin presentarlas a la Aduana."

¹² CURY, op. cit. p. 83, Concepto de pena: "Es un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos que la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes jurídicos, evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana del afectado."; también BULLEMORE y MACKINNON, op. cit. Tomo I p.158; ETCHEBERRY, op. cit. Tomo I, p.30; GARRIDO, op. cit. Tomo I, pp. 257-258.

¹³ Ley N° 20.780 de 2014, que dispone sustituir la primera oración del inciso tercero del artículo 178 por la siguiente: "No drá aplicarse pena exclusivamente pecuniaria al reincidente de estos delitos en el caso del número 1) de este artículo, ni tampoco cuando se trate de mercancía afecta a tributación especial o adicional, procediendo en ambos casos la aplicación de la pena establecida en el precitado numeral, aumentada en un grado."

¹⁴ Ley N° 20.997, Moderniza la legislación aduanera, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de marzo de 2017.

aduanera¹⁵, correspondiente al Régimen Suspensivo de Derechos de Depósito, el cuál fue incorporado a la citada norma legal en los mismos términos prescritos, con una excepción sobre la realización de una determinada actividad, cuestión que será tratada al finalizar el presente capítulo.

Además, la ley N° 20.997 del año 2017, incorporó al artículo 178 N° 1 de la Ordenanza de Aduanas, otra base de cálculo respecto de la pena de multa, para el caso de las mercancías sujetas a tributación especial o adicional, cualquiera fuera su cuantía, desplazando el valor aduanero¹⁶ por el monto de los tributos dejados de percibir, agregando que en éstos casos, la pena pecuniaria es sin perjuicio de la pena corporal. Asimismo, la normativa modifica su inciso segundo, al permitir la incorporación de la incautación de los vehículos utilizados en la perpetración del contrabando de mercancías sujetas a tributación especial o adicional, facultando al Ministerio Público para efectuar la solicitud durante el periodo de investigación del delito y en el evento de dictarse sentencia condenatoria, solicitar el comiso de éstos¹⁷.

¹⁵ DFL N° 30 de 2004, en su artículo 71 contempla el concepto de las destinaciones aduaneras como la manifestación de voluntad del dueño, consignante o consignatario que indica el régimen aduanero que deba darse a las mercancías que ingresan o salen del país. Por su parte, el numeral 4 del título IV del Libro II de la norma legal, dispone normas especiales sobre algunas destinaciones Aduaneras, tales como la Importación, Reingreso, Admisión temporal, Exportación, Almacén Particular, al cual se incorporó el Depósito en el artículo 111 bis, en virtud de la Ley N° 20.997 de 2017.

¹⁶SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300 de la Dirección Nacional de Aduanas, que sustituye el Compendio de Normas Aduaneras aprobado por resolución N° 2.400 de 1985, Diario Oficial, Santiago, Chile, 30 de marzo de 2006, en su capítulo primero: normas generales, numeral segundo definiciones, señala por valor aduanero: "Es el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar de las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado cuando corresponda." Cabe señalar que el Capítulo Segundo Valoración de las Mercancías, Subcapítulo Primero: Valoración en Aduana de las mercancías en general, punto 2.7. establece la conformación del Valor Aduanero.

¹⁷ Ley N° 20.997 de 2017, que en su artículo 1 numeral 25 estableció: a) Agrégase, en el numeral 1) de su inciso primero, la siguiente oración final: "Tratándose de mercancía afecta a tributación especial o adicional, cualquiera sea su valor, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento de los impuestos, derechos y gravámenes eludidos, sin perjuicio de la pena corporal señalada."

b) Agréganse, en el inciso segundo, las siguientes oraciones finales: "En caso de mercancía afecta a tributación especial o adicional, el Ministerio Público podrá solicitar, por el período que dure la investigación, la incautación de los vehículos que hubiesen sido utilizados para perpetrar el ilícito. Asimismo, en caso de resultar condenado, se aplicará como pena accesoria el comiso

Respecto de la modificación introducida en el año 2014 al inciso 3 del artículo 178 de la norma legal en comento, la ley N° 20.997 del año 2017 vino a despejar dudas en cuanto a la aplicación del aumento de grado de la pena de presidio, en relación al contrabando de mercancías afecta a tributación especial o adicional, refiriendo que aun cuando no existiera reincidencia, procedía agravar la pena privativa al tramo siguiente¹⁸.

Por otra parte, el delito de contrabando contempla un plazo de prescripción de la responsabilidad penal de corto tiempo de 3 años, estableciendo para el caso de su comisión por parte de funcionarios o empleados de Aduana de 5 años, conforme lo dispone el artículo 170 de la citada norma. Si bien, en la doctrina se han producido discusiones relativas a si esta disposición se refiere tanto a la prescripción de la acción penal como de la pena. Sobre ello, un sector señala su procedencia a si es aplicable esta norma especial únicamente a la acción penal, sin embargo, adherimos a la postura mayoritaria que sostiene la extensión de éste plazo respecto de ambas prescripciones¹⁹.

Otra particularidad que presenta el contrabando, dice relación con que es un delito de acción penal pública previa instancia particular²⁰, ostentando la calidad de víctima el

de los vehículos utilizados para perpetrar el ilícito de conformidad al artículo 31 del Código Penal.

¹⁸ Ley N° 20.997 de 2017, que en su artículo 1 numeral 25 estableció: c) Intercálase, en el inciso tercero, a continuación de la frase "ni tampoco cuando", la siguiente: ", aun no existiendo reincidencia,".

¹⁹ RODRIGUEZ Collao, Luis y OLIVER Calderón, Guillermo. Algunos aspectos penales y procesales penales de la Ordenanza de Aduanas. *Informe en Derecho* (N°3), 2009. pp. 10-11. En contrario, YUSSEF Sotomayor, Gonzalo. *La Prescripción Penal*. 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 179, sostiene que respecto a la acción penal del delito de contrabando el plazo es el establecido en el artículo 170 de la Ordenanza de Aduanas y la prescripción de la pena se aplican las disposiciones generales del Código Penal en cuanto a los simples delitos.

²⁰ HORVITZ Lennon, María Inés y LOPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. Parte I. p. 335, sobre el tratamiento normativo de los delitos de acción penal pública previa instancia particular: "Los delitos de acción penal pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito o a quien la ley confiera la facultad de actuar por él, hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía. Efectuada la denuncia

Servicio Nacional de Aduanas, quien por medio de su Director Nacional, Directores Regionales o Administradores de Aduanas, puede renunciar a la persecución criminal, si las personas que participan en el contrabando, aceptan pagar como máximo una vez el valor aduanero de las mercancías implicadas, haciendo presente que, a partir del 13 de septiembre del año 2017, la facultad de renuncia de la acción penal, se puede hacer efectiva respecto de determinadas mercancías²¹, beneficio que en todo caso deja de existir, al comunicarse la formalización de la investigación por parte del Ministerio Público.

1.2. El Delito Aduanero por Antonomasia.

La Ordenanza de Aduanas, en su Libro III, contiene una serie de delitos que podrían entenderse aduaneros, por estar directamente relacionados con materias propias de la Ordenanza, tales como, las falsedades en declaraciones de salida, o en documentos fundantes de esos despachos, entre otros, conductas contempladas en el artículo 169 de la Ordenanza o el aprovechamiento de las especies objeto del contrabando, el delito de receptación aduanera tipificada en el artículo 182 del cuerpo legal señalado, sin embargo, el delito de contrabando es aquel que ostenta este título, en forma exclusiva. En efecto, el tenor literal del artículo 188 de la citada normativa, al referirse a los delitos

exigida por la ley, el procedimiento se tramitará conforme a las reglas generales relativas a los delitos de acción pública” de conformidad al artículo 54 del Código Procesal Penal.

²¹ El D.F.L. N° 30 de 2004, establece en su artículo 188 la calidad de víctima del delito de contrabando radicado en el Servicio Nacional de Aduanas. Por su parte, el artículo 189 inciso cuarto de la misma norma, refiere a la posibilidad que tiene el Director Nacional de Aduanas de renunciar al ejercicio de la acción penal, en el evento que el sujeto activo acepte pagar una suma de dinero que no sea superior a una vez el valor aduanero de las mercancías involucradas. Al respecto, es preciso indicar que este artículo fue modificado por la Ley ° 20.997, en particular el inciso quinto, al restringir su ámbito de aplicación, relativa sólo a permitir esta posibilidad cuando se trate de mercancías que no estén sujetas a tributos específicos o adicionales. Por su parte, y de acuerdo a las facultades que tiene el Director Nacional, consagradas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 329, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 20 junio de 1979, artículo N° 8, en cuanto a dictar normas de régimen interno y manuales de procedimiento de reglamentación administrativa, dicta la Resolución Exenta N° 347, Apruébase nuevo texto del Manual de Pagos, sus Apéndices y Anexos, Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 17 de enero de 2013, en su Capítulo tercero, numeral 3.11, establece criterios que permiten determinar el monto del valor aduanero a pagar por concepto de renuncia de acción penal.

aduaneros, hace una remisión al inciso primero del artículo 189 del mismo cuerpo legal, que alude al comienzo de las investigaciones penales, en específico, por delito de contrabando, sin referirse a otros tipos penales, agregando que serán iniciadas por denuncia o querrela del Servicio Nacional de Aduanas²².

Como se indicó anteriormente, el delito de contrabando se encuentra descrito en el artículo 168 de la comentada Ordenanza, disponiendo en el inciso primero, que las contravenciones a las disposiciones contenidas en la Ordenanza u otras de orden tributario, sometidas a la potestad de la Aduana²³, pueden ser reglamentarias o constitutivas de delito. Los siguientes apartados, contemplan cuatro distintas hipótesis, todas concebidas bajo alguna o ambas descripciones de comportamientos prohibidos que impliquen al traslado material de mercancías a su ingreso o salida del territorio nacional, o desde un régimen de tributación especial a otro de mayores gravámenes o al resto del país, frase última que encuentra su complemento en la aplicación de la presunción de extraterritorialidad aduanera²⁴.

²²D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 189 inciso segundo también señala que la acción del delito puede ser ejercida por el Consejo de Defensa del Estado, previo requerimiento del Director Nacional de Aduanas.

²³D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 2 numeral 1° conceptualiza a la Potestad Aduanera como: “al conjunto de atribuciones que tiene el Servicio para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional y para dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las actuaciones aduaneras. Quedan sujetas a esa potestad las personas que pasen las fronteras, puertos y aeropuertos, y la importación y exportación de los servicios respecto de los cuales la ley disponga intervención de la Aduana.”

²⁴Decreto N° 1355, del Ministerio de Hacienda que Fija el reglamento de Zonas y Depósitos Franco, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de noviembre de 1975, artículo 7 consagra la presunción de extraterritorialidad aduanera y su objeto es considerar a zonas de tratamiento aduanero especial -Zonas y Depósitos francos-, como aéreas que se encuentran en el exterior del país, de manera que las mercancías extranjeras que ingresan a las mismas, se consideran en territorio extranjero, estando eximidas del pago de derechos, impuestos y demás gravámenes que percibe Aduana. En el mismo sentido, el artículo 24 del D.F.L. N° 2 del año 2001, señala: “Mientras las mercancías permanezcan en las Zonas Francas, se considerarán como si estuvieran en el extranjero y, en consecuencia, no estarán afectas al pago de los derechos, impuestos, tasa y demás gravámenes que se perciban por intermedio de las Aduanas, incluso la Tasa de Despacho establecida por la ley N° 16.464 y sus modificaciones (Decreto Ley N° 1.055, artículo 9°, inciso 4°)”. Por su parte, el concepto de Zona Franca, se encuentra contenido en el artículo 2 letra a) de la norma legal en referencia y la define como: “El área o porción unitaria de territorio perfectamente deslindada y próxima a un puerto o aeropuerto amparada por presunción de extraterritorialidad aduanera. En estos lugares, las mercancías pueden ser depositadas, transformadas, terminadas o comercializadas, sin restricción alguna”. Actualmente existen dos Zonas Francas en Chile,

1.2.1. Tipos penales, régimen de presunciones y pena.

Respecto a la primera hipótesis de conducta del delito de contrabando, establecida en el inciso segundo del articulado en cuestión, ésta se refiere a la introducción al país o extracción de él, de mercancías que su importación o exportación, en cada caso, se encuentren prohibidas. Es menester aclarar, que la doctrina²⁵ observa el uso de las palabras importación o exportación, por cuanto éstas se refieren tanto al ingreso o salida legal²⁶ de mercancías del territorio nacional, en razón de ello no son consideradas por su definición técnica, sino por el sentido que envuelven, el traspaso de la fronteras.

Este inciso, denominado como contrabando propio, contempla dos conductas, por una parte, la introducción de mercancías de importación prohibida y en segundo lugar, la extracción de mercancías de exportación prohibida. Ambas conductas discurren sobre la base del paso físico de las mercancías por alguna línea fronteriza, pero es preciso recordar, que la Aduana también controla los puertos o aeropuertos, en algunos casos lagos y los lugares que se encuentran ubicados al interior de los límites geográficos, por tanto los verbos introducir o extraer, también deben ser considerados de acuerdo a la normativa aduanera, es decir, a un traspaso físico de mercancías por la frontera y que se eluda el control de Aduana²⁷.

Asimismo, el contrabando propio se puede contener en el inciso quinto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, mediante la introducción de mercancías prohibidas

ZOFRI en Iquique y PARENAZON en Punta Arenas. Cabe agregar que, el artículo 21 de la citada normativa, refiere a la posibilidad que tiene el Presidente, por Decreto Ley, de extender las Zonas Francas de Iquique y Punta Arenas, fuera del recinto perfectamente deslindado, a la ciudad o región situada inmediatamente adyacente a la Zona Franca, es lo que se ha denominado Zona Franca de Extensión.

²⁵ OSSANDON Widow, María Magdalena. El Iter Criminis en el delito de contrabando. *Revista de Estudios de la Justicia*, (12): 192-193, año 2010, RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.82.

²⁶ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 2 establece la definición de esos términos al decir que se entiende por: 3. "Importación: la introducción legal de mercancías extranjera para su uso o consumo en el país. 4. "Exportación: la salida legal de mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo en el exterior.

²⁷ RODRÍGUEZ/OSSANDON, op. cit., pp. 83.

desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país. Un ejemplo de estos casos son los vehículos usados, mercancía de importación prohibida, conforme el artículo 21 del Estatuto Automotriz²⁸, que si pueden ser adquiridos en Zona Franca por sus residentes y tienen circulación restringida a ese lugar, sin embargo, al ingresar al territorio nacional, es decir, a régimen general, lo hacen mediante un documento denominado pasavante²⁹, que lo autoriza a circular por el país, hasta por un plazo máximo de 90 días, continuos o discontinuos, en un año calendario, o bien, pueden ingresar de forma definitiva al país con la utilización de alguna franquicia, como en el caso del artículo 35 de la ley N° 13.039 o también la utilización de la Partida 00.33³⁰. De otra forma, el ingreso ilegal al territorio nacional de

²⁸ Ley N° 18.483, establece nuevo régimen legal para la industria automotriz, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de diciembre de 1985. En el artículo 21 dispone: “A contar de la fecha de publicación de esta ley, sólo podrán importarse vehículos sin uso.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a las ambulancias, coches celulares, coches mortuorios, coches bombas, coches escalas, coches barredores, regadores y análogos para el aseo de vías públicas, coches quitanieves, coches de riego, coches grúas, coches proyectores, coches talleres, coches hormigoneros, coches radiológicos, coches blindados para el transporte de valores, coches para el arreglo de averías, vehículos casa-rodante, vehículos para el transporte fuera de carretera y otros vehículos análogos para usos especiales, distintos del transporte propiamente dicho. Tampoco se aplicará a aquellos vehículos que puedan importarse al amparo de los regímenes aduaneros especiales de la Sección 0 del Arancel Aduanero, ni a aquellos que gocen de exención total o parcial de derechos y demás gravámenes de importación.

Lo dispuesto en el inciso primero no se aplicará a los vehículos usados con capacidad superior a 18 asientos, incluido el del conductor, de tracción eléctrica, denominados comúnmente “trolebuses”. Son trolebuses los definidos en el artículo 20 del decreto N° 212, de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Tampoco se aplicará a los vehículos antiguos o históricos, usados, de cincuenta años o más, en los términos y conforme a las exigencias dispuestas en el Título XIX de la ley N° 18.290, de Tránsito, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y del Ministerio de Justicia. Estos vehículos sólo podrán ser importados una vez que hayan cumplido las exigencias indicadas, con excepción de lo señalado en el artículo 220 de la citada ley, lo cual sí será aplicable para efectos de la circulación del vehículo.”

²⁹ www.aduana.cl/pasavante-de-vehiculos-de-zona-franca/aduana/2008-10-10/120327.html>

[consulta:16 abril 2018]

³⁰ Ley N° 13.039, que Crea la “Junta de Adelanto de Arica”, Diario oficial de la República de Chile, Santiago, 15 de octubre de 1958, artículo 35, < <https://www.aduana.cl/articulo-35-ley-n-13-039-d-o-24-09-58/aduana/2011-08-25/154316.html> > [consulta:16 abril 2018], con relación al

cambio de residencia, es una norma que favorece a los residentes de con único domicilio en la 1ª o XVª Regiones que se trasladen en forma definitiva al resto del país, quienes si cumplen con los requisitos establecidos, pueden llevar consigo, acogidas a beneficios tributarios, las especies de su propiedad que hayan adquirido durante su permanencia en la zona, entre ellos, un vehículo motorizado usado adquirido al menos con dos meses de anterioridad a la fecha del traslado, el que debe tener un valor FOB inferior a US\$ 17.545,46 más accesorios opcionales

estos automóviles, configura el contrabando de Zona Franca mediante la modalidad de contrabando propio.

La doctrina³¹ identifica este tipo penal de contrabando con el concepto de ley penal en blanco³², por cuanto su redacción no permite determinar en forma precisa, cuáles son las mercancías de importación o exportación prohibida y en concreto, los supuestos de prohibición se obtienen de otras normas legales y/o reglamentarias³³. El principio de tipicidad, contemplado en el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución de la República, establece la obligatoriedad de describir expresamente los comportamientos contrarios a la ley objeto de sanción, a efecto que las personas

por un máximo de 15% de dicho monto, respecto del cual paga los derechos de aduana rebajados según la antigüedad del vehículo y los años de residencia del peticionario. El Decreto N° 514 Exento, Modifica Arancel Aduanero de la República de Chile, Publicado en el Diario oficial, Santiago, el 28 de diciembre de 2016, Capítulo 0, sobre tratamiento arancelarios especiales, Partida 00.33.

http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20161230/asocfile/20161230090118/secci_n_0_word_c_vigencia_2018.pdf Permite que Chilenos mayores de edad que hayan permanecido en el extranjero sin solución de continuidad, durante dieciocho meses o más, y que regresen definitivamente al país, después del 30 de marzo 1979, adquieran un vehículo usado por persona. Este vehículo puede provenir de otro país o ser comprado en Zona Franca y gozan de exención total o parcial de derechos con respecto a los que les afectarían en el régimen general. Se hace presente que, en ambos casos, las mercancías se encuentran sujetas a restricciones asociadas a su disposición, dentro de un periodo determinado de tiempo.

³¹ RODRÍGUEZ/OSSANDON, op. cit., p. 82.

³² CURY op. cit. p.174. Definición Ley penal en blanco: “Es aquella que determina la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta”; o como igualmente expone ETCHEBERRY, tomo I, op. cit p. 83; GARRIDO, op. cit. p.92; BULLEMORE, tomo I, op. cit. p. 82, POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p 96.

³³ RIOS Álvarez Rodrigo, *Delito de contrabando*, primera edición, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrea, 2016, pp. 264 – 283. En lo pertinente, analiza el fallo por el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Oetiker Luchsinger respecto del artículo 168, inciso segundo, de la Ordenanza General de Aduanas, en los autos RIT N° 1185-2008, RUC N° 0800102576-8, sobre diversos delitos vinculados con la fabricación de alimento para regímenes especiales denominado Nutricom ADN, sustanciados ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo, en causa ROL N° 1973-2001, del Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2011, en relación con los artículos 100 y 102 del Reglamento Sanitario de Alimentos, por configurar, según el recurrente, una ley penal en blanco propia, que no describe la conducta que pretende sancionar, no concibe la remisión expresa a otra norma que la complete y en el caso particular, la norma complementaria es de carácter reglamentario e infralegal.

conozcan con la mayor precisión y certeza permitida, las conductas que de realizar o abstenerse, serán castigadas³⁴.

La norma en comento, no detalla de manera completa la conducta perseguida, pero es suficiente respecto a lo fundamental o esencial que se sanciona³⁵, es decir, la prohibición de ingreso o salida del país de mercancías, dejando que otra disposición complementa el elemento que, en definitiva, la hizo ser imprecisa, en este caso, la mercancía específica. Ello, sumado a que la ley en blanco contemple la sanción, que además la norma complementaria aun cuando sea de rango legislativo inferior, tenga un tratamiento legal acorde al de la norma que aspira completar, en términos sencillos se encuentre publicada en el Diario Oficial y que la autoridad que la dicta cuente con competencia sobre todos los habitantes de la República, podrá defender su constitucionalidad³⁶.

Si bien, diversos autores³⁷ al tratar el delito de contrabando, han determinado el carácter pluriofensivo de éste, lo cierto es que en el contrabando propio esta circunstancia se acentúa más, por cuanto el bien jurídico³⁸ dependerá del ámbito de protección que la norma de complemento, pretende evitar que se dañe. De esta forma, si el delito es el contrabando de productos farmacéuticos falsificados, el bien jurídico a proteger junto a la potestad aduanera es la salud pública. Cabe agregar, que en ningún caso el bien jurídico del contrabando propio será la hacienda pública, por cuanto las mercancías de importación o exportación prohibida no generan tributos, por quedar excluidas del comercio humano³⁹.

³⁴CURY, op. cit. p.177

³⁵ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. pp. 96-97

³⁶ RÍOS Álvarez Rodrigo y GONZÁLEZ Holmes Rodrigo. *Manual de Derecho Aduanero*. 1ª edición. Santiago, Legal Publishing Chile, 2004, pp.269

³⁷ RODRIGUEZ/OSSANDÓN, op. cit. p. 74; RÍOS op. cit. p.104.

³⁸ GARRIDO, op. cit. tomo II, p 15. Concepto de bien jurídico: "Son ciertos intereses socialmente relevantes, valores que la sociedad mira con particular aprecio, y por ello el derecho se preocupa de protegerlos en forma preeminente, como la vida, la propiedad, el honor, la libertad, la fe pública, etc." Por su parte, POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p. 191, lo señalan como el objeto jurídico, de tutela y lo diferencian del objeto material de la conducta, por ser el fundamento de la incriminación; BULLEMORE y MACKINNON, op. cit. tomo I pp. 13-14; CURY, op. cit. p. 52; ETCHEBERRY, op. cit. tomo I p.29.

³⁹ RODRIGUEZ/OSSANDÓN, op. cit. p.163.

En cuanto al alcance de la prohibición de importar o exportar, se ha señalado que un primer elemento a considerar es la aplicación de una ley más específica que contenga la descripción de otras figuras delictivas que impliquen el traslado hacia y desde el territorio nacional de determinadas mercancías⁴⁰. En este sentido, se menciona el artículo 2 de la ley N° 20.000, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que condena entre otras conductas, la importación y exportación de precursores u otras sustancias químicas destinadas a la preparación de drogas para cometer alguno de los delitos descritos en la citada norma. En este caso, el hecho de importar o exportar mercancías prohibidas se encuentra incluido en la descripción del tipo penal de ambos delitos, pudiendo entenderse un concurso aparente de leyes penales⁴¹, sin embargo, regidos por el principio de especialidad⁴², la descripción contenida en la ley de drogas al ser más específica, sancionará el delito bajo ese título⁴³.

A contrario sensu, si la descripción del comportamiento que prohíbe el traspaso desde y hacia el país, de ciertas mercancías, configura el delito de contrabando, corresponde establecer si esa prohibición es completa o bien, la mercancía se encuentra afectada a restricciones para ingreso legal⁴⁴.

⁴⁰ BALMACEDA Hoyos Gustavo. *delito de contrabando*. 1ª edición. Santiago, ediciones librotecnia, 2017, pp.32; en el mismo sentido RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p. 85.

⁴¹ MUÑOZ HORMENT, Humberto. “*Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos*”. Revista chilena de Derecho, 1986, Volumen 13, número 2, p. 368, <<https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14419>>, [Consulta 25 de septiembre 2018], definición de concurso aparente de leyes penales: “El concurso aparente de leyes penales tiene lugar cuando un solo hecho delictivo parece configurar múltiples tipos penales diversos, pero, en definitiva, por razones lógicas y valorativas, sólo configura uno de ellos, quedando todos los restantes desplazados”.; en el mismo sentido CURY, op. cit. p.667; ETCHEBERRY, op. cit. tomo II, p 122; BULLEMORE y MACKINNON, op. cit. tomo I, p. 98.

⁴² MUNOZ, *Ibid.*, p. 375, citando a ETCHEBERRY, concepto de principio de especialidad: “Cuando de la consideración de dos o más normas penales lleguemos a la conclusión de que ellas contemplan hechos similares con diversos grados de precisión, la que contemple los hechos con mayor minuciosidad o comprensión debe ser aplicada con exclusión de otras”.

⁴³ MIR Puig Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 9ª edición. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, pp.662 – 664.

⁴⁴ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p. 85.

Existen determinadas mercancías cuya introducción legal se encuentra sujeta a cumplimiento de ciertas exigencias, como autorizaciones otorgadas por otros organismos del Estado, quienes informan al Servicio de Aduanas, mediante la emisión de un certificado de destinación aduanera o visto bueno, su situación particular, de manera que se ejerza un control sobre ellas. Un claro ejemplo es la introducción al país de armas, las cuales deben estar amparadas por un permiso para importar e internar que otorga la Dirección General de Movilización Nacional, documentos que se exigen al momento de desaduanar la mercancía⁴⁵. Lo mismo ocurre en el ingreso o salida del país, de las mercaderías peligrosas para los vegetales, plaguicidas, u otros productos, los que requieren del correspondiente certificado o resolución del Servicio Agrícola Ganadero⁴⁶. En estos casos, la importación y también la exportación, se encuentra

⁴⁵Decreto N° 400 del Ministerio de Defensa Nacional, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798 sobre control de armas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de abril de 1978, artículo 4 inciso 1° establece: “Para fabricar, armar, transformar, importar o exportar las armas o elementos indicados en el artículo 2° y para hacer instalaciones destinadas a su fabricación, armaduría, almacenamiento o depósito, se requerirá autorización de la Dirección General de Movilización Nacional, la que se otorgará en la forma y condiciones que determine el reglamento (...)”. En el mismo sentido, SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, capítulo primero, normas generales, numeral segundo, definiciones, dispone por desaduanamiento: “Cumplimiento de las formalidades aduaneras necesarias para exportar, importar o para realizar cualquier destinación aduanera”. Por su parte, señala sobre Destinación Aduanera: “Manifestación de voluntad del dueño, consignante o consignatario que indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que ingresan o salen del territorio nacional”.

⁴⁶Decreto Ley N° 3.557 establece disposiciones sobre protección agrícola, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de febrero de 1982, a saber: artículo 18° “Por resolución fundada, publicada en el Diario Oficial, el Servicio podrá dictar normas sobre el ingreso al país de mercaderías peligrosas para los vegetales, pudiendo rechazarlo o prohibirlo.”; artículo 26°: “Los productos vegetales que se exporten deberán ir acompañados de un certificado sanitario expedido por el Servicio.”; artículo 31°: “El Servicio podrá prohibir, mediante resoluciones de carácter general, el tránsito por el territorio nacional de determinadas mercaderías peligrosas para los vegetales, cuando el riesgo de contaminación lo haga necesario.”; artículo 35°: “Mediante resolución exenta, publicada en el Diario Oficial y fundada en razones técnicas o sanitarias, el Servicio podrá regular, restringir o prohibir la fabricación, importación, exportación, distribución, venta, tenencia y aplicación de plaguicidas. Asimismo, por resolución fundada, el Servicio podrá ordenar la retención o comiso de plaguicidas prohibidos, no registrados o registrados que no cumplan con los requisitos que permitieron su autorización. Adicionalmente, en el caso de productos prohibidos o no registrados, podrá ordenar la destrucción de los mismos. Deberá mantenerse un archivo público actualizado a lo menos semestralmente, que detalle los productos, prohibidos y registrados, y, respecto de estos últimos, señale las menciones de su etiqueta o de su folleto adjunto.”; y artículo 37°: “Mediante resolución publicada en el Diario Oficial y fundada en razones técnicas, el Servicio podrá prohibir la fabricación, ingreso, distribución o venta de aquellos fertilizantes que contengan elementos perjudiciales para la agricultura.” Cabe señalar, que esta norma fue objeto de modificación por

condicionada a la obtención de la citada autorización, por lo que el Servicio de Aduanas, actúa reteniendo el envío o equipaje, sin aún tener por configurado el delito de contrabando propio.

Diferente es la situación de las mercancías sometidas también a visación de algunas autoridades, que al momento de tramitar su ingreso o salida del territorio nacional éste es rechazado. Ejemplo de ello son los productos cosméticos, aquellos que para el consumo humano, tales como aceites artesanales, requieren ser visados por el Instituto de Salud Pública y éste organismo resuelve en definitiva, no permitir su importación. O en un escenario aún más gravoso, la mercancía nunca podrá obtener el certificado emitido por la autoridad pertinente para su importación o exportación, como en el caso de medicamentos falsificados, adulterados⁴⁷, fuegos artificiales y artículos pirotécnicos⁴⁸, vehículos usados, el asbesto contenido en el Decreto 656 del año 2001, plaguicidas no permitidos conforme el Decreto 3.557 del año 1982 y resolución respectiva. En estas situaciones, si se intenta ingresar o extraer del país mercancías que, por las circunstancias antes señaladas, se consideran prohibidas, se comete el delito de contrabando propio, la conducta de forma certera busca lesionar los bienes jurídicos protegidos⁴⁹.

la Ley N° 20.161 de 09 de marzo de 2007, sin embargo no afectó los artículos ya individualizados.

⁴⁷ Decreto N° 3, Aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de enero de 2010, artículo 6 prohíbe la importación y transferencia, a cualquier título, de Productos Farmacéuticos que se encuentren contaminado; alterado; adulterado; falsificado.

⁴⁸ Decreto 400 de 1977, que contiene la ley N° 17.798, artículo 3A inciso 2° dispone: "Prohíbese la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y uso de fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza, sus piezas o partes, comprendidos en los grupos números 1 y 2 del Reglamento Complementario de esta ley". Por su parte, el Decreto 77 del 29 de abril de 1982, en su artículo 124 agrupa los fuegos artificiales en 3 conjuntos: "Grupo N° 1: Son aquellos productos que emiten luces de colores, sin efectos sonoros. Funcionamiento de uso manual. Grupo N°2: Son aquellos productos que, además de emitir luces de colores, producen efectos sonoros en el aire, y a una altura superior a la de una persona (...)". En relación con el SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/DIRECCIÓN NACIONAL, el Oficio Ordinario N° 16.252 de 29 de noviembre de 2018, que ratifica el informe Jurídico N° 3 de 23 de noviembre de la Subdirección Jurídica del Servicio Nacional de Aduanas, Valparaíso, 2018.

⁴⁹ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp.85 -87

En el caso de las especies que infringen la Ley de Propiedad Intelectual o Industrial, la doctrina ha sostenido que al tratarse de mercancías de ilícito comercio su traslado por las fronteras del país será siempre prohibido y la ocurrencia de este hecho configura la comisión de ambos delitos, contrabando propio y vulneración de los derechos intelectuales o industriales, debiendo ser sancionados mediante un concurso ideal⁵⁰. El fundamento de ello radica en el ámbito de protección de cada tipo penal, el que resulta ser diverso y ninguno de ellos contiene el desvalor de agredir al bien jurídico que el otro tutela. A mayor abundamiento, se reconoce esta situación por el quantum de las penas que tiene cada delito, que no dice relación con la descripción de una conducta que violenta a más de un bien jurídico⁵¹.

Una postura diversa es la que tienen los autores GONZALEZ y RIOS, al señalar que no sería correcto asimilar las especies de origen ilícito con mercancías de importación o exportación prohibida, tratándose estas últimas, de mercancías que no estarían fuera del comercio humano sino que atendido ciertos aspectos comerciales, económicos u otros, son impedidas de ingresar o salir del país, de manera legal. Por lo anterior, la prohibición no es con respecto a la mercancía en sí, puesto que de haber sido ese el sentido, sostienen que el legislador habría utilizado la palabra ilícita como si lo hizo en el contrabando impropio, al establecer en forma expresa el ingreso o salida de mercancía de lícito comercio⁵². Para RIOS, es claro que el objeto del contrabando propio recae en otras mercancías distintas de aquellas no idóneas de comercialización, porque de lo contrario sería imposible su valoración, y en consecuencia, la pena pecuniaria asociada al delito no podría determinarse⁵³.

⁵⁰ MUÑOZ, op. cit. p.351, definición de concurso ideal: “El concurso ideal de delitos tiene lugar cuando una persona, ejecutando un solo hecho, comete dos o mas delitos diferentes o un mismo delito varias veces”, en el mismo sentido CURY, op. cit. p. 663; ETCHEBERRY, op. cit. tomo II, p. 119; POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p. 447. Por su parte, haciendo presente que depende de la concepción que se tenga de la naturaleza del delito, que en su obra es acción u omisión, estima que el concurso de delitos es de unidad y pluralidad de acciones no de hecho, GARRIDO, op. cit. tomo II, pp. 436 y 452.

⁵¹ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp. 174 – 175.

⁵² GONZALEZ/RIOS, op. cit. pp. 260.

⁵³ GONZALEZ, op. cit. p. 70.

A mayor abundamiento, el Servicio Nacional de Aduanas, en razón de sus facultades de control y vigilancia de las mercancías que traspasan las fronteras y la observancia de las obligaciones contraídas por Chile en el acuerdo que estableció la Organización Mundial del Comercio, al revisar un despacho puede suspender su continuidad si del simple examen resulta que las mercancías son falsificadas o vulneran el derecho del titular de una creación intelectual y procederá a comunicar su gestión a los representantes de éstos, para que ejerzan sus derechos e informen sobre la autenticidad de las especies a la Aduana, sin perjuicio del ejercicio de la acción penal por esta última⁵⁴.

Para terminar el análisis de las características que circunscriben este delito, es posible señalar que los autores han coincidido en indicar que el hecho ilícito se comete con dolo⁵⁵, directo o eventual⁵⁶, sin que pueda plantearse la comisión con culpa,

⁵⁴ Ley N° 19.912, que adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio OMC suscrito por Chile, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 4 de noviembre de 2003, que su artículo 16 dispone: “La autoridad aduanera podrá disponer de oficio la suspensión del despacho de mercancías, cuando del simple examen de la misma resultare evidente que se trata de mercancía de marca registrada falsificada o de mercancía que infringe el derecho de autor. En estos casos, la aduana deberá informar al titular del derecho, si estuviera identificado, la posible infracción, a objeto de que éste ejerza el derecho a solicitar la suspensión y los derechos que le correspondan de conformidad a las normas precedentes y en especial, a objeto de que proporcione información acerca de la autenticidad de las mercancías. La aduana deberá, además, efectuar la denuncia, en conformidad a la ley.

La suspensión del despacho que disponga la aduana de conformidad a este artículo tendrá un plazo máximo de diez días hábiles, transcurrido el cual, si no se recibiere notificación ordenando la antelación de la sucesión, se procederá al despacho de la mercancía de conformidad con el artículo 11. La aduana respectiva designará como depositario de la mercancía al duero, importador, consignatario, almacenista o a un tercero, bajo las responsabilidades referidas en el artículo 12, la pondrá a disposición del tribunal competente, según corresponda.

En todo caso, la aduana respectiva siempre podrá tomar una muestra representativa de la mercancía, para su examen o para ponerla a la disposición del tribunal competente.”

⁵⁵ CURY, op. cit. p.303, definición de Dolo: “Es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria”; también GARRIDO, op. cit. tomo II p. 69; POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p.255; BULLEMORE y MACKINNOR, op. cit. tomo I, p.231; ETCHEBERRY, op. cit. tomo I, p.292, que a diferencia de los dos primeros autores incluye en la definición la conciencia de la antijuridicidad.

⁵⁶ CURY op. cit. p 316, concepto de Dolo Directo: “Es directo cuando el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico”; BULLEMORE y MACKINNOR, op. cit. tomo II, pp. 45 – 46; ETCHEBERRY, op. cit. tomo I, p.297; GARRIDO, op. cit. tomo II, p 101; POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p 275.; Concepto de Dolo Eventual: CURY, op. cit. p 317: “Obra con dolo eventual quien, habiéndose representado la producción del hecho típico como una

atendido que el autor conociendo las prohibiciones o limitaciones sobre determinadas mercancías para su ingreso o salida del territorio nacional, de igual forma insta a introducirlas o extraerlas⁵⁷.

En opinión de la suscrita, la actuación del autor puede ser realizada con dolo directo o dolo de las consecuencias seguras⁵⁸, en los casos de ingresos o salidas del país de mercancías de importación o exportación prohibida mediando engaño u ocultamiento frente a la fiscalización de Aduana y cuando se realiza por pasos no habilitados, por cuanto el actor va tras el resultado típico o bien, se lo representa como una consecuencia segura de su actuar. Por su parte, la comisión del delito con dolo eventual ocurre en el caso de quien trae consigo mercancías de importación o exportación prohibida y al ingreso o salida del país omite declararlas esperando que no sean descubiertas por Aduana, representándose el traspaso ilegal como una posibilidad que acepta en su voluntad⁵⁹.

La doctrina⁶⁰ reconoce una segunda clase de contrabando, el impropio, el cual hace alusión a conductas que defrauden a la hacienda pública, al ingreso al territorio nacional o a la salida de mercancías que son de lícito comercio, mediante dos modalidades de ejecución: por una parte el engaño, contrabando impropio fraudulento, tratado también como subvaloración, y en segundo término, por su ocultamiento, contrabando impropio clandestino, dicho de otra manera, la no presentación de las mercancías a la Aduana⁶¹.

consecuencia posible de su acción, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso que se realice”; BULLEMORE y MACKINNOR, op. cit. tomo II, p. 46; ETCHEBERRY, op. cit. tomo I, p.297; GARRIDO, op. cit. tomo I, p.102; POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p. 276.

⁵⁷ RIOS, op. cit p.95, citando a RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.90.

⁵⁸ CURY, op. cit. p. 316, definición de dolo de las consecuencias seguras: “Hay un dolo de las consecuencias seguras cuando el agente se representa el hecho típico como una consecuencia segura de su actuación y, no obstante ello, obra”; POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. pp.275–276.

⁵⁹ Ibid, p. 317.

⁶⁰ RODRIGUEZ/OSSANDÓN, op. cit. p.96; RIOS op. cit. p.76; BALMACEDA op. cit. p.46

⁶¹ D.F.L. N° 30 del año 2004, artículo 168 inciso 3 establece el tipo penal del delito de contrabando impropio, que refiere: “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 pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana.”

Al igual que en el delito de contrabando propio, la figura contemplada en el inciso 3 del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, describe dos conductas, la de introducir al país mercancías de lícito comercio y la de extraer éstas mercancías desde el territorio nacional, en ambos defraudando la hacienda pública. Es menester señalar que, a diferencia del inciso segundo de la citada norma legal, que no lo establece, el tipo penal en referencia admite que estos comportamientos pueden ser realizados mediante dos modalidades de ejecución, fraudulenta y clandestina⁶².

Una segunda diferencia con el contrabando propio, es que las mercancías objeto del delito, son de lícito comercio, pudiendo traspasar las fronteras del país sin prohibiciones que impidan su circulación, o dicho de otra forma, participan dentro del comercio legal⁶³, las que en todo caso, de igual modo pueden ser objeto de certificaciones por parte de otras autoridades, asociado a un control cuantitativo y/o cualitativo⁶⁴.

⁶² RODRIGUEZ/OSSANDON op. cit pp. 96 y 99.

⁶³ RIOS op. cit. p.77.

⁶⁴ Ley N° 18.164, Introduce modificaciones a la legislación Aduanera, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de septiembre de 1982, artículo 2 establece: "Para cursar cualquiera destinación aduanera respecto de productos alimenticios de cualquier tipo; de sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; de productos farmacéuticos, alimentos de uso médico y cosméticos y de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que causen dependencia, el Servicio de Aduanas exigirá un certificado emitido por el Servicio de Salud respectivo, en que se señale el lugar autorizado donde deberán depositarse las referidas mercancías, la ruta y las condiciones de transporte que deberá utilizarse para efectuar su traslado desde los recintos aduaneros hasta el lugar de depósito indicado. Los Servicios de Salud deberán pronunciarse respecto del certificado a que se alude en el inciso anterior, a más tardar en el plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de la petición. En caso de rechazo, deberán hacerlo por resolución fundada. Tratándose de productos o subproductos alimenticios de origen animal o vegetal, el Servicio de Aduanas deberá requerir también el certificado a que se refiere el artículo anterior."

Esta disposición se complementa con la Resolución Exenta N° 322 de 19 de junio de 2015, del Ministerio de Salud, que aprueba el Manual para la importación de alimentos destinados al consumo humano. Por su parte, mediante Ordinario N° 1127 del Instituto de Salud Pública – ISP-, Ministerio de Salud, de 10 de octubre de 2018, se imparten instrucciones para la importación para uso personal de medicamentos, cosméticos, dispositivos médicos y pesticidas de uso sanitario y doméstico, que ingresan al país al amparo de pasajeros, courier o carga, estableciendo limitaciones en cuanto a las cantidades por producto que son ingresadas, sin requerir el Visto Bueno de Uso Personal de ISP.

Por otra parte, el tenor literal del contrabando impropio es claro en cuanto al bien jurídico que protege, utilizando el verbo defraudar en su redacción, y a continuación, las palabras hacienda pública, es la afectación al patrimonio público, lo que esta hipótesis penal pretende disuadir⁶⁵.

Sobre las modalidades indicadas, es posible sostener que la comisión fraudulenta refiere al engaño que se pretende realizar frente a la fiscalización que efectúa la Aduana a las mercancías que se presentan, en la mayoría de los casos, amparadas por una Declaración de Ingreso, DIN, y por ende, la conducta estará orientada a subvalorar o alterar el valor aduanero de la mercancía, sobre la que se realiza el cálculo de los tributos y demás gravámenes, con el objeto de pagar menores derechos o evadirlos de forma completa⁶⁶.

El autor RIOS, al tratar el contrabando impropio fraudulento, también hace referencia a la situación en que la autoridad aduanera en un procedimiento de fiscalización encuentra mercancía en exceso, esto es, las declaraciones de importación presentadas no amparan la totalidad de las mercancías que ingresan al país, alterando el valor aduanero declarado y por consiguiente, la base de cálculo de los tributos a cancelar⁶⁷. Esta conducta, podría entenderse como una no presentación de la mercancía y tratarse dentro de la modalidad de comisión clandestina de éste contrabando, sin embargo, a nuestro parecer coincidimos con el autor en que declarar menor cantidad de mercancía o no declarar su totalidad, corresponde a una forma engañosa de actuar.

A modo de ejemplo, la subvaloración puede darse mediante la doble facturación, al presentar una factura al momento de tramitar la Declaración de Importación ante la Dirección o Administración de Aduanas respectiva, en la cual consta un valor inferior al real y por la sospecha que irroga la suma declarada en relación con el tipo de mercancías, los funcionarios de Aduanas retienen el bulto y lo inspeccionan

⁶⁵ RODRIGUEZ/OSSANDON op. cit p.96.

⁶⁶ OSSANDON, op. cit. p 197.

⁶⁷ RIOS, op. cit. p. 82.

físicamente, detectando en su interior una segunda factura correspondiente al valor de transacción. En otras ocasiones, la factura real es presentada en forma posterior por el dueño o destinatario de la mercancía o por la agencia de Aduanas⁶⁸ que lo representa, al cuestionar o simplemente rechazar por parte de la Aduana, el valor declarado⁶⁹.

A mayor abundamiento, están los casos en los cuales las mercancías, sin carácter comercial, se declaran por montos inferiores a los US\$ 30 dólares, lo que implica que no pagan derechos e impuestos al momento de ingresar en forma legal al país, por tanto pueden ser retiradas de la Aduana sin la tramitación de una declaración de ingreso. El conocimiento de esta franquicia⁷⁰, ha generado que las personas subvaloren la mercancía, a efecto de evadir el pago total de derechos.

⁶⁸ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 195 dispone: “El Agente de Aduana es un profesional auxiliar de la función pública aduanera, cuya licencia lo habilita ante la Aduana para prestar servicios a terceros como gestor en el despacho de mercancías.

Estos despachadores tendrán el carácter de ministros de fe en cuanto a que la Aduana podrá tener por cierto que los datos que registren en las declaraciones que formulen en los documentos de despacho pertinentes, incluso si se trata de una liquidación de gravámenes aduaneros, guardan conformidad con los antecedentes que legalmente les deben servir de base. Todo ello, sin perjuicio de la verificación que pueden practicar los funcionarios de Aduana, en cualquier momento, para cerciorarse de la corrección del atestado del despachador.

Si los documentos de despacho no permitieren efectuar una declaración segura y clara, el despachador deberá subsanarlo y registrar el dato correcto mediante el reconocimiento físico de las mercancías o, si es procedente por declaración jurada de su comitente en cuyo caso el testimonio expreso del despachador en tal sentido podrá tener el mismo valor probatorio que se ha indicado en el inciso anterior.

La posición arancelaria que se indique en las citadas declaraciones no formará parte del testimonio de fe, pero la Aduana podrá suponer correcta su formulación sin necesidad de reconocimiento de las mercancías por sus funcionarios. (...).”

⁶⁹ Esta modalidad de comisión podría confundirse con un procedimiento que contempla nuestra legislación para determinar la exactitud del valor declarado denominado Duda Razonable, que permite al Servicio Nacional de Aduanas solicitar al importador documentación probatoria con el fin de verificar el precio pagado en forma efectiva, conforme lo expresado por los autores RIOS/GONZALEZ en su Manual de Derecho Aduanero. Sin embargo, la circunstancia que existan dos facturas respecto de la misma mercancía, en la que su diferencia radica sólo en el costo del producto, y que el documento que representa el menor valor se haya utilizado ante el Servicio al momento de su importación, permite acreditar la intención de defraudar al Fisco.

⁷⁰ Decreto N° 514 Exento de 2016, contempla en la Partida arancelaria 00.23 de la Sección 0 del Arancel Aduanero Vigente, las encomiendas, envíos postales, envíos de entrega rápida y carga general, ocasional, sin carácter comercial, hasta por un valor FOB de US\$30, aunque estén comprendidos en otras partidas del Arancel Aduanero. La expresión «obsequios sin carácter comercial» deberá entenderse referida a las mercancías que cumplen, además de las condiciones señaladas en la glosa misma de esta Partida, con los siguientes requisitos: a) Que vengán consignados a una persona natural por otra residente en el extranjero o en su nombre. b) Que se trate de un envío ocasional.

En cuanto a la forma de comisión clandestina, el ocultamiento de las mercancías ante la Aduana o su no presentación al momento de ingresar o salir del territorio nacional y el ingreso desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes o al resto del país, tiene por objeto el no pago de ninguna clase de tributos. Para el Servicio Nacional de Aduanas, esta hipótesis ocurre en forma recurrente en el hallazgo de mercancías que vienen ocultas al interior de otras mercancías que se envían, en compartimientos ocultos diseñados en vehículos o equipajes, como también en el cuerpo de los pasajeros o tripulantes que ingresan al territorio nacional y que tiene por objeto no declarar su existencia⁷¹ o también cuando la mercancía ingresa al país por lugares en los que no existe presencia de la Institución, como ocurre en los pasos fronterizos no habilitados con el tráfico de camiones que transportan mercancías desde el extranjero o también desde zonas de tratamiento aduanero especial, sustrayéndolos del control del Servicio para evadir el pago de tributos⁷².

Adherimos a la posición del Profesor BALMACEDA y los autores RODRIGUEZ/OSSANDON, quienes señalan que este delito se realiza con dolo directo, fundado en las específicas formas de comisión, por cuanto se engaña a los funcionarios de Aduanas para obtener un pago disminuido o liberación de tributos, o se oculta la mercancía en forma deliberada o con dolo de consecuencias seguras cuando

⁷¹ A partir del mes de septiembre del año 2018, el Servicio Nacional de Aduanas implementó la utilización del “circuito Rojo declara – Verde no declara”, para los pasajeros y tripulantes que ingresen al país, mediante el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez y traen consigo mercancías afectas al pago de tributos. La circunstancia de declarar o no hacerlo, es decir, instar por circuito rojo o por el verde y Aduana constatar la existencia de ese tipo de mercancía oculta en el equipaje o cuerpo del pasajero o tripulante, es constitutiva del delito de contrabando del artículo 168 inciso 3º de la Ordenanza de Aduanas. Si por en cambio, el viajero o tripulante circulan por el circuito verde, esto es, no declarar y tienen en su poder mercancías que se encuentran sujetas al pago de tributos, la persona incurre en una infracción reglamentaria contemplada en el artículo 176 letra m) de la Ordenanza de Aduanas, siendo su sanción una multa, sin perjuicio del pago de los tributos correspondientes hacienda pública. Antes de la utilización de este mecanismo, los pasajeros y tripulantes llenaban un documento denominado Declaración Aduana-Sag, en el cual los individuos debían manifestar su voluntad de declarar que ingresaban al país con mercancía que estuviera afecta al pago de tributos. El evento de declarar lo contrario e ingresar éstas mercancías no comprendidas dentro del concepto de equipaje, se sancionaba el delito de contrabando señalado.

⁷² OSSANDON, op. cit. pp.197-198.

se ingresa por pasos no habilitados, para obtener el no pago completo de derechos e impuestos, tratándose de conductas en que existe una voluntad de perjudicar al fisco y ese resultado no le es indiferente al autor⁷³, con la diferencia que respecto a la modalidad de no presentación de mercancías en que el actor no dice traer mercancía sujeta al pago de tributos y es encontrada por Aduana, a nuestro entender la comisión del delito se realiza con dolo eventual como lo sostiene el autor RIOS⁷⁴.

En este punto, corresponde referirse al tipo penal incorporado por la ley N° 20.780 que implicó desplazar las figuras de contrabando propio o impropio de regímenes de tributación especial, al actual inciso 5° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas. El nuevo inciso 4° de la norma legal en comento, establece que comete contrabando el que extraiga mercancías del país, por lugares no habilitados, zonas en las que no exista presencia de Aduanas, o en la segunda forma de comisión, el que extraiga mercancías sin presentarlas a la autoridad, cuando la salida de mercancías se realiza por recintos aduaneros y no se sometan al control de la autoridad⁷⁵.

Previo a la incorporación del tipo penal, las mercancías que eran sacadas del país por pasos no habilitados o a su salida no eran presentadas a la Aduana y no correspondían a mercancías de exportación prohibida, por tanto su extracción no configuraba el tipo penal del artículo 168 inciso 2 de la Ordenanza o tratándose de mercancías de lícito comercio, su salida del territorio nacional no defraudaba la hacienda pública, no pudiendo sancionar la conducta descrita en el inciso 3° del artículo 168⁷⁶, el Servicio Nacional de Aduanas procedía a dictar una Resolución en la que si bien constataba la extracción de mercancía sin documento que ampare su salida legal, ello no configuraba delito contrabando alguno y en ese sentido, se declaraba que no existía mérito para ejercer la acción penal y se formulaba una denuncia infraccional contenida en el artículo 174 letra a) de la Ordenanza de Aduanas⁷⁷.

⁷³ BALMACEDA op. cit. p.52 citando a RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p. 99.

⁷⁴ RIOS, op. cit. pp. 97-99.

⁷⁵ BALMACEDA, op. cit. pp. 61 – 62.

⁷⁶ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p. 106.

⁷⁷ GATICA Collinet, Fernando, “*Contrabando salida de comisión de los delitos aduaneros en nuestra región*”, En: Capacitación Putre Servicio Nacional de Aduanas (1°, 2018, Putre, Chile), PowerPoint Asesoría Jurídica, Arica, Chile, Dirección Regional Aduana de Arica, 2018, pp. 2 -3.

La disposición en comento, sanciona en forma exclusiva la salida de mercancías del territorio nacional, atendido que la conducta sólo contiene el verbo rector extraer.

De acuerdo a lo expuesto por el autor RIOS, este tipo penal que lo denomina contrabando de exportación, debiese configurarse al extraer del país mercancías de lícito comercio, sin que esa salida produzca perjuicio a la hacienda pública, por cuanto la extracción de estas mercancías defraudando al fisco, realiza el tipo de contrabando impropio⁷⁸. Cabe señalar, que el artículo no distingue si se trata de mercancía nacional o extranjera, como de mercancías de lícito comercio o de exportación prohibida⁷⁹.

A nuestro parecer, la descripción del hecho delictivo no es excluyente y da lugar a un concurso aparente de leyes penales con respecto a las otras conductas de salida contenidas en el inciso 2 o en el inciso 3° del artículo 168 de la Ordenanza, por cuanto en todas ellas existe un verbo rector común –extraer-, un resultado común –la salida ilegal del país de mercancías-, podrá existir un bien jurídico protegido común –la potestad aduanera o la defraudación a la hacienda pública, éste último en menor medida atendido que la salida de mercancías del país no se encuentra gravada salvo que así lo disponga una ley⁸⁰-, un sujeto activo común y circunstancias comunes relevantes –lugares no habilitados-, sin embargo, por aplicación del principio de especialidad, el delito de contrabando propio o el impropio se desplazarán para concurrir el contrabando de salida, porque en efecto existen conductas típicas que se adecuan más especialmente al contrabando en estudio⁸¹.

Por lo demás, el inciso 4 en referencia, no contempla la frase “en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes” que si se encuentra redactada en el inciso 5 del artículo 168 de la Ordenanza, al tratar el contrabando en zonas con

⁷⁸ RIOS op. cit. pp. 86 y 89.

⁷⁹ BALMACEDA op. cit. p.62

⁸⁰ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 12 consigna: “La exportación de mercancías no estará afecta al pago de derechos, a menos que una ley las grave expresamente.”

⁸¹ MUÑOZ, op. cit. p. 367 - 371, “Sobre los requisitos de existencia de un concurso aparente de leyes penales”, en particular, los caracteres comunes de los tipos aparentemente aplicables al hecho único.

extraterritorialidad⁸², por lo que es posible considerarlo como otro delito de contrabando distinto del propio o impropio.

Como se indica, el articulado refiere a dos conductas específicas de salida del país de mercancías, la primera de ellas, la extracción de mercancía por lugares no habilitados⁸³, caso en el cual el sujeto activo se aprovecha de pasos donde no existe un control del Servicio de Aduanas al que deba someter las especies y realizar los trámites aduaneros que amparen el traspaso legal de las mercancías por las fronteras⁸⁴, tratándose de una modalidad en absoluto clandestina.

La segunda conducta corresponde a la salida del país de mercancía sin presentarla a la Aduana, es decir, el traslado de las especies se efectúa por una zona en la que existe control, pero él o los sujetos las ocultan o esperando que las mercancías no sean encontradas no las informan, lo que en definitiva implica no realizar una declaración de ellas⁸⁵.

En el año 2016, el Servicio Nacional de Aduanas efectuó denuncias de hechos que se encuadrarían en la citada conducta de contrabando de exportación, los que se refirieron a personas que, en avanzadas o complejos fronterizos, presentaron documentación que amparaba la exportación de determinadas mercancías, las que eran objeto de aforo⁸⁶ por la autoridad y el resultado de la fiscalización daba cuenta

⁸² RODRIGUEZ/OSSANDON op. cit. p.82.

⁸³ D.F.L. N° 30 del año 2004, con relación a la circulación legal de mercancías y personas, en su artículo 9 señala: "El paso de las mercancías y personas por las fronteras, puertos y aeropuertos sólo podrá efectuarse legalmente por los puntos habilitados, a título permanente, temporal u ocasional, que al efecto determine el Presidente de la República, mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Hacienda. El Director Nacional de Aduanas fijará las épocas o períodos de funcionamiento de los puntos habilitados en forma temporal u ocasional.

Sin perjuicio de lo anterior, el Director Nacional de Aduanas, en casos de fuerza mayor, podrá autorizar el paso de mercancías y personas por puntos no habilitados.

Los puntos habilitados a que se refiere el inciso primero quedarán sujetos a la jurisdicción de las Aduanas que se establezcan conforme el artículo 10."

⁸⁴ RIOS op. cit. pp.89-90.

⁸⁵ *Ibíd.* p.91; BALMACEDA op. cit. p.62.

⁸⁶ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, capítulo primero: normas generales, numeral segundo definiciones, refiere Aforo: "Operación única que consiste en practicar en una misma actuación el examen físico y la revisión

que se trataba de otra mercancía, de mayor cantidad y valor a la declarada en forma documental⁸⁷.

Al respecto, la normativa aduanera establece la obligatoriedad de tramitar un documento para la salida legal del país de las mercancías, denominado DUS (Documento Único de Salida), en el cual se declara la destinación aduanera de la que serán objeto, pudiendo ser exportación, reexportación o salida temporal⁸⁸. En la segunda hipótesis conductual y en el parecer de la suscrita, la existencia del DUS, es un elemento a considerar, si ante un hecho que se refiera a la salida de mercancía del

documental, de tal manera que se compruebe la clasificación de las mercancías, su valuación, la determinación de su origen cuando proceda, y los demás datos necesarios para fines de tributación y fiscalización aduanera.”; D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 84 inciso 4°.

⁸⁷ *MP/JOAQUIN ILDEFONSO BERGER*, (2017), Juzgado de Garantía de Osorno, 2 de mayo de 2017, RUC: 1600831919-0, RIT: 4066-2016, El día 21 de agosto de 2016, el imputado condujo un camión por el paso primera avanzada Cardenal Samoré, provincia de Osorno, saliendo del país, declarando al amparo de MIT/DTA 16CLO46219E, la cantidad de 452 bultos de ferretería y otras mercancías, ocultando al momento de salir mercancía valorada en la suma de \$ 146.915.697.-. Atendido que el imputado no fue autorizado a ingresar a Argentina por sobrepeso retorno al país el mismo día, posteriormente el 23 de agosto nuevamente ante el citado paso fronterizo y mediante el mismo MIC DTA N° 16CL046219E, declaró sacar la misma cantidad de mercancía 452 bultos, como soporte de carga en tránsito a Futaleufú, ocultando por segunda vez la restante mercancía. El día 3 de septiembre de 2016, al retornar al país fue fiscalizado por Aduana encontrando la mercancía no declarada a su salida, siendo condenado a la pena de 60 día de prisión en su grado máximo, multa de 5 millones de pesos y comiso de las especies incautadas y del camión.

⁸⁸ D.F.L. N° 30 del año 2004, el artículo 2 numeral 4 define por “Exportación: la salida legal de mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo en el exterior”. Asimismo, el numeral 10 del citado artículo refiere que la “Reexportación es el retorno al exterior de mercancías traídas al país y no nacionalizadas”. A su turno, el artículo 114 de la norma legal establece: “Las mercancías nacionales o nacionalizadas podrán salir temporalmente del país, sin perder su calidad de tales y sin pagar a su retorno los derechos e impuestos que cause la importación, bajo las condiciones siguientes: 1. Que sean identificables en especie; 2. Que sean retornadas al país dentro del plazo concedido, y 3. Que su especificación, naturaleza o destino corresponda a alguna de las que a continuación se denominan. (letras a) a la i))

La concesión de esta destinación aduanera, cuando se refiera a la lista de mercancías enumeradas anteriormente, como asimismo las prórrogas cuando no excedan de dos años, corresponderá otorgarlas a los Administradores de Aduana. Lo anterior es sin perjuicio de las facultades del Director Nacional de Aduanas en cuanto a la concesión de la franquicia de salida temporal y a las prórrogas denegadas por el Administrador o que excedan al plazo de dos años.

En casos calificados, el Director Nacional de Aduanas, por resolución fundada en la cual fijará las condiciones y medidas especiales de resguardo que estime necesarias, podrá conceder esta destinación a una determinada mercancía, aun cuando no sea susceptible de identificarse en especie”. Corresponde hacer presente que estos conceptos también encuentran contenidos en el SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/DIRECCIÓN NACIONAL Resolución N° 1300 de 2006, capítulo primero, normas generales, definiciones.

territorio de la República, por lugares con fiscalización de Aduana, en que se ha suscrito un documento mediando el engaño, concurre la comisión del contrabando del inciso 4° del artículo 168 o falsedades declarativas⁸⁹ contempladas en el artículo 169⁹⁰, ambos de la Ordenanza de Aduanas.

Por su parte, en lo que dice relación con el o los bienes jurídicos, la protección que reviste la norma puede estar inclinada al efectivo ejercicio de la función de control⁹¹ o también, siguiendo la postura del profesor BALMACEDA, tenga un carácter pluriofensivo, en razón que podría resguardar el erario fiscal⁹², aunque se vuelve a mencionar que la exportación de mercancías de lícito comercio no se encuentra gravada con tributos, a menos que exista una ley que de manera explícita lo disponga.

En cuanto al tipo subjetivo de este delito, la conducta de no presentación de las mercancías a la Aduana puede ser realizada con dolo eventual, efectuando una distinción para esa conducta cuando se cometa ocultándolas para eludir la fiscalización aduanera, o su circulación se realice por locaciones no habilitadas casos en que el actuar es con dolo directo o de consecuencias necesarias, en cada caso.

Se hace el alcance que, el contrabando de Zona Franca, que establece el inciso quinto del citado artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas⁹³, fue tratado tanto en las

⁸⁹ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp.213 -221; Se hace la prevención que el análisis del delito que realizan estos autores, no contempla el inciso tercero incorporado al artículo 168 de la Ordenanza, mediante la ley N° 20.780 del año 2014.

⁹⁰ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 169 del establece: "La declaración maliciosamente falsa del origen, 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 origen, peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación.

Se castigará, asimismo, con la misma pena indicada en los incisos anteriores, a aquellos consignantes de mercancías que salen del país, que presenten documentos falsos, adulterados o parcializados, para servir de base a la confección de las declaraciones, determinándose a través de ellos la clasificación o valor de las mercancías."

⁹¹ RODRÍGUEZ/OSSANDÓN op. cit. pp.73 – 74

⁹² BALMACEDA, op. cit. pp. 62

⁹³ D.F.L. N° 30 de 2004, el artículo 168 dispone: "Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a

hipótesis de contrabando propio, como en el contrabando impropio, conforme la remisión que hace este delito, al señalar que se comete por alguna de las conductas contenidas en esos tipos penales, ingreso de mercancías extranjeras de importación prohibida o de lícito comercio, con sus modalidades de ejecución específicas – fraudulenta o clandestina-, desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes o al resto del país⁹⁴.

De igual forma corresponde señalar sus características, el cual contempla en su descripción el verbo rector introducir, por tanto la conducta se circunscribe al ingreso irregular e incluso pudo haber ocurrido en forma legal, como es el caso de los vehículos con circulación restringida a Zona Franca que utilizan el pasavante para ingresar al territorio nacional y vencido el plazo, no lo retornan a la Zona de régimen de tratamiento aduanero especial, ni lo entregan a la Aduana más cercana, configurando el delito de contrabando⁹⁵.

Además, la norma utiliza la palabra extranjera para referirse al objeto material del ilícito, entendiendo por tales las mercancías que provienen del exterior no

otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes”.

⁹⁴ *Ibíd.*, artículo 33 consigna: “Todas las mercancías que ingresen al país desde el extranjero o de zona de tratamiento aduanero especial, quedarán sometidas a la potestad de la Aduana.”

⁹⁵ *ZUÑIGA/MARAMBIO*, (2016): Juzgado de Letras y Garantía de Puerto Aysén, 21 junio 2016, RUC 1300620303-K, RIT 670-2013, rechazó el sobreseimiento alegado por la defensa con motivo de la prescripción de la acción penal por el contrabando de un vehículo con circulación restringida a Punta Arenas, que había ingresado al país por Puerto Chacabuco utilizando pasavante y no había regresado a la Zona de tratamiento Aduanero especial. Lo interesante de esta resolución es que el Tribunal acoge la tesis de imprescriptibilidad de la acción alegada por el Servicio Nacional de Aduanas, fundado en que este delito de contrabando en particular, es de carácter permanente, atendido que el imputado al extraer el vehículo, con o sin pasavante, de su respectiva zona franca o zona franca de extensión y no retornarlo a ésta, controla la duración del estado antijurídico. La resolución indica: “Respecto de la petición de sobreseimiento solicitada por la Defensa, la que funda en el hecho de haber prescrito el delito, por haber transcurrido un plazo superior a cinco años, desde la fecha de la denuncia, deducida por el Servicio Nacional de Aduanas, petición a la que se ha opuesto dicho Servicio, aduciendo que el delito de contrabando por el cual ha deducido la acción penal es de carácter permanente, mientras no se retorne el vehículo a la zona de privilegio desde la cual fue sacado, habiendo sido llevado al resto del país, petición que ha sido secundada por el Ministerio Público en similares términos, NO SE HACE LUGAR a la petición de la Defensa.”

nacionalizadas⁹⁶, las que pueden consistir en mercancías de importación prohibida o de lícito comercio, atendido que será el ingreso de estas especies las que determinen el bien jurídico lesionado en cada caso. Es menester hacer presente que a Zona Franca pueden ingresar mercancías de importación prohibida y se pueden adquirir mercancías extranjeras como nacionales⁹⁷.

La Ordenanza de Aduanas que contiene el delito en estudio, aborda otras figuras individualizadas como contrabando, entendiendo también dentro de esa descripción al fraude aduanero, en las disposiciones contempladas en los artículos 179, 180 y 181 del citado cuerpo normativo. Cabe destacar que en todos estos delitos, el Legislador ha descrito un tratamiento, que en Derecho Penal levanta críticas, denominado presunciones⁹⁸.

⁹⁶ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 2 numeral 2 dispone: “Mercancía: todos los bienes corporales muebles, sin excepción alguna.

Es extranjera la que proviene del exterior y cuya importación no se ha consumado legalmente, aunque sea de producción o manufactura nacional, o que, habiéndose importado bajo condición, ésta deje de cumplirse.

Es nacional la producida o manufacturada en el país con materias primas nacionales o nacionalizadas; y es nacionalizada la mercancía extranjera cuya importación se ha consumado legalmente, esto es, cuando terminada la tramitación fiscal queda la mercancía a disposición de los interesados.”

⁹⁷ D.F.L. N° 2, Aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 341 de 1977, del Ministerio de Hacienda, sobre Zonas Francas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de agosto de 2001, que establece en su artículo 7°: “Podrán introducirse a las Zonas Francas toda clase de mercancías, estén o no comprendidas en la lista de importación prohibida, con excepción de armas o sus partes y municiones y otras especies que atenten contra la moral, las buenas costumbres, la salud, la sanidad vegetal o animal, o la seguridad nacional. (...)”

artículo 10 bis inciso 1° y final, establecen: “Podrán ingresar a las Zonas Francas mercancías nacionales o nacionalizadas de todas clases.”

“Las mercancías nacionales o nacionalizadas podrán ser reingresadas al resto del país por los mismos adquirentes, sujetándose a las mismas normas que rigen para las mercancías importadas, exceptuando aquellas que obligan al pago de derechos o impuestos aduaneros.”

⁹⁸ Al respecto POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p.248, profesan que en esta materia la prohibición constitucional recae sobre las presunciones de pleno derecho de responsabilidad penal y que no serían inconstitucionales las presunciones simplemente legales, las que admitirían prueba para ser desvirtuadas en juicio y aun sin ellas, el tribunal no condenaría si no alcanza la convicción mas allá de toda duda razonable de la existencia del delito y de la participación culpable y penada por la ley. En una posición un tanto opuesta, RODRIGUEZ/OSSANDON op. cit. p 108, plantea que las presunciones no pueden ser consideradas en el ámbito de la responsabilidad penal por cuanto aquellas denominadas de derecho, en forma expresa se encuentran prohibidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 6 de la Constitución Política de la República de Chile y las presunciones

Al referirse al artículo 179 de la Ordenanza de Aduanas⁹⁹, como su tenor literal señala, parte de la base de suponer la responsabilidad penal en la comisión del delito de contrabando, de las personas que ejecuten o intervengan en las conductas descritas en las letras numeradas de la a) hasta la e), las que se refieren a actos que no coinciden con el ingreso o extracción del territorio nacional de mercancías e incluso se señala que pudieran ser posteriores a ellos¹⁰⁰.

Estas figuras han sido tratadas como actos preparatorios¹⁰¹ no relevantes para el esquema que rige el contrabando – en el caso de la letra a)- o que son incompatibles al ser analizados desde las etapas de desarrollo del delito –letra b)-, o también se les trata como delitos autónomos cuando se ha manifestado que son actos preparatorios –

simplemente legales, al llevar consigo un trato de responsable per se, serían contrarias a la presunción de inocencia arraigada en nuestro sistema Procesal Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 párrafo segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 párrafo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 5 inciso 2 de la Carta Magna. En el mismo sentido RIOS op. cit. p.144-145.

⁹⁹D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 179 establece:

“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;
- 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 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;
- c) Traer a bordo de un vehículo mercancías que no hayan sido manifestadas o declaradas o tenerlas sin haber pedido la autorización para embarcarlas;
- 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, y
- 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.”

¹⁰⁰RODRÍGUEZ/OSSANDÓN op. cit. p.109.

¹⁰¹ETCHEBERRY, op. cit. tomo II, p.53, definición de actos preparatorios: “Se comprenden todas aquellas conductas en que si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un comienzo de ejecución del delito mismo”; “son actos encaminados también a producir o al menos facilitar el resultado”.

letras c) y d)- y en forma particular, se indica que sanciona conductas de encubrimiento o de receptación, como si fueran de autoría del contrabando –letra e)¹⁰². Respecto de este último numeral, se ha criticado que el supuesto de hecho vulnera el principio de inocencia¹⁰³ y además el principio de proporcionalidad, no obstante para la jurisprudencia, la conducta descrita en el artículo 179 letra e), ha sido considerada y relacionada con el tipo del contrabando impropio, para establecer la existencia del delito de contrabando de cigarrillos e imputar responsabilidad penal, respecto de estas mercancías que son encontradas en poder de los individuos, con posterioridad a su ingreso al país¹⁰⁴.

¹⁰² GUZMAN DALBORA, José Luis. *Contrabando y Fraude Aduanero*. 1° edición. Valparaíso, Ediciones Edeval, 1998, pp. 46-47; BALMACEDA op. cit. pp.71-72; RIOS/GONZALEZ op. cit. pp.290-291.

¹⁰³ MATURANA Miquel, Cristian y MONTERO López, Raúl. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1° edición, Santiago, AbeledoPerrot. legalpublishing, 2010, tomo I, p.141, definición de principio de inocencia: “El principio de inocencia o también denominado como de no culpabilidad consiste en que toda persona es inocente y así deber ser tratada mientras no se declare por sentencia judicial firme su culpabilidad”

¹⁰⁴ MATURANA/CANCINO, (2018): 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 29 junio 2018, RUC N° 1501151878-5, RIT: N° 198-2018, dictó sentencia condenatoria en contra de Fernando Cancino García, por su participación en calidad de autor en el contrabando de cigarrillos, contemplado en el artículo 168 incisos 2 y 3 de la Ordenanza de Aduanas, en concurso ideal, con la infracción al artículo 97 N°9 del Código Tributario. Cabe destacar que el Ministerio Público y el Servicio Nacional de Aduanas, en su calidad de querellante, acuso por el delito de contrabando contemplado en el artículo 168 incisos 2° y 3° en relación con el artículo 179 letra e) y sancionado en el artículo 178 N° 1, todos de la Ordenanza de Aduanas y en el Considerando Décimo tercero, párrafos cuarto y quinto, analiza los hechos al tenor de la presunción de contrabando indicada, a saber: “A lo anterior debe agregarse la presunción establecida en el artículo 179 letra e de la Ordenanza de Aduana, el cual refiere que se presume responsable del delito de contrabando a las personas que tengan en su poder mercancía 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. Pues bien, en el presente caso el acusado tenía en su poder las pacas con cigarros, pues no sólo las estaba descargando y guardando en un inmueble, ya que según indicó el arrendador le entregó a él las llaves y él facilitó el domicilio a Oscar Prieto para que guardara las especies. Por la cantidad de cigarrillos de que se trataba 20.000 cartones, no es posible sostener que son para el consumo personal o familiar, y no se acreditó la legal internación, ni la adquisición en el comercio interno de éstas, pues no se acompañó algún documento que pudiera dar cuenta de alguna de estas circunstancias. Finalmente, cabe recordar que el acusado al prestar declaración, si bien es cierto entregó una versión alternativa de las razones por las cuales estaba descargando las pacas con cigarros, sí reconoció que sabía que se trataba de cigarrillos y que estaban destinados a la venta.

De este modo, con la inculpación efectuada por los testigos, la circunstancia de haberse encontrado descargando las pacas e ingresándolas a un inmueble que estaba a su cargo, y la relación con el arrendador del inmueble y dueño de uno de los vehículos cargado con especies,

En relación al tipo penal que a continuación se establece en la normativa aduanera, el artículo 180 de la Ordenanza¹⁰⁵ también ha sido objeto de cuestionamientos por parte de la doctrina. A saber, se ha indicado que se trata de una adecuación típica que ya ha sido abordada por el artículo 168 inciso 3°, en la modalidad de comisión clandestina, por tanto carecería de utilidad e inclusive se indica que podría ser contradictoria y permisiva en cuanto a dejar abierta la posibilidad de que el sujeto activo acompañe antecedentes para acreditar que su intención era la de presentar la mercancía a la autoridad¹⁰⁶.

En el parecer de la suscrita, la crítica antes expuesta se ajusta a la primera parte del citado artículo, no así a la conducta desplegada por un sujeto activo particular, individuos que tienen autorización para acceder a las zonas primarias¹⁰⁷, por si o mediante otros, tales como trabajadores de puertos, aeropuertos, aerolíneas, courier, almacenes, transportistas, funcionarios de instituciones que se desempeñan en esos lugares y esa circunstancia específica, le permite acceder de forma directa a mercancía extranjera que transita por ese espacio físico y movilizarla o trasladarla, sin

quien actualmente es su copartícipe en otro delito de contrabando, unido todo ello a la presunción legal de responsabilidad, permitieron formar convicción en el Tribunal de que Frenando Cancino García tuvo participación en los delitos de contrabando y comercio clandestino que se le imputaron por parte del Ministerio Público y los querellantes, de conformidad con lo dispuesto en el número uno del artículo 15 del Código Penal.”

¹⁰⁵ D.F.L. N° 30 de 2004, el artículo 180 señala: “Se presumirán responsables del delito de contrabando a las personas que por si mismas o mediante otras y fuera de las zonas primaria de jurisdicción de las Aduanas, introduzcan o saquen mercancías del país, o que, dentro de dichas zonas, traten de introducirlas o hacerlas salir o movilizarlas o transportarlas, si la movilización no esta 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.”

¹⁰⁶ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.109-110; RIOS, op. cit. p.147.

¹⁰⁷ D.F.L. N° 30 de 2004, el artículo 2° establece: “Para la aplicación de esta Ordenanza y de la normativa aduanera en general se entenderá por: 5. “Zona primaria: el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías, el que, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional. Corresponderá al Director Nacional de Aduanas fijar y modificar los límites de la zona primaria. 6. Zona secundaria: la parte del territorio y aguas territoriales que le corresponda a cada Aduana en la distribución que de ellos haga el Director Nacional de Aduanas, para los efectos de la competencia y obligaciones de cada una”.

que esas acciones pudieran levantar sospechas de la comisión de un delito, facilitando su introducción o salida ilegal del país.

Cabe señalar que, este tipo penal destaca por contener en su descripción una realización de la conducta poco frecuente en nuestra legislación, la autoría mediata, por cuanto se puede cometer por si o mediante otros y puede atribuirse al escenario en que se origina el contrabando, dentro de organizaciones delictuales, donde la doctrina a señalado que la sanción del “hombre de atrás”¹⁰⁸, es mas importante de aquel que ejecuta materialmente la actividad prohibida¹⁰⁹, sin embargo, ante la ley ambos son autores¹¹⁰.

Sobre el artículo 181 de la Ordenanza de Aduanas¹¹¹, y que contempla el tipo penal que se analizará en el capítulo segundo, agrupa otras seis figuras más, las que se

¹⁰⁸ NAQUIRA, Riveros Jaime. Autoría Mediata y tentativa. *Revista de Derecho de a Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXVI): 125-126, 2005.

¹⁰⁹ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p. 130.

¹¹⁰ POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. pp.402–403.

¹¹¹ D.F.L. N° 30 de 2004, el artículo 181 consagra: 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;
- 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;
- 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;
- d) Obtener engañosamente la liberación o la reducción de derechos para mercancías que no cumplen con las condiciones prescritas en la ley para concederlas;
- 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;
- f) Vender, disponer o ceder a cualquier título y consumir o utilizar en forma industrial o comercial mercancías sujetas a regímenes suspensivos de derechos de admisión temporal o de depósito, salvo cuando se trate de actividades autorizadas para dicho tipo de destinación, 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, y

encontraban comprendidas dentro del delito de fraude aduanero y que con posterioridad a la ley N° 19.738 se las vincula con el contrabando impropio, al tratarse de tipos penales relacionados con defraudaciones que se cometen en el contexto de la tramitación de determinadas destinaciones aduaneras¹¹².

A diferencia de lo expuesto en relación con los artículos 179 y 180 de la Ordenanza, la doctrina ha señalado que respecto de las cuatro primeras letras del articulado en referencia, no configurarían presunciones sino que en concreto se tratarían de conductas de contrabando impropio, por cuanto la redacción de éstas establece supuestos fácticos que perjudican al fisco, mediante la evasión del pago de tributos en los casos de las letras a), b) y d) o el ocultamiento de las mercancías, para la hipótesis de la letra c)¹¹³. Cabe señalar que, algunos autores han sugerido que si éstas conductas configuran la adecuación típica del contrabando del artículo 168 inciso 3° de la norma legal, de igual forma su reglamentación en otro apartado, sería redundante¹¹⁴.

Por su parte, respecto de los tres actos restantes, se ha indicado que ellos no corresponderían al género de presunciones y tanto la doctrina como la jurisprudencia¹¹⁵ han sostenido que se trata de tipos penales autónomos, que se equiparan al contrabando en cuanto a su penalidad. Las conductas en cuestión se refieren a ingresos de mercancías amparadas por una destinación aduanera, es decir, su traspaso por las fronteras conlleva la declaración de las mercancías ante la Aduana,

-
- 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.

¹¹² RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.110.

¹¹³ Ibid, pp. 110-111;

¹¹⁴ BALMACEDA, op. cit. p.74; RIOS/GONZALEZ, op. cit. pp.294-295.

¹¹⁵ BALMACEDA, Ibíd. p.75 en alusión a la causa ROL CRIMEN ANTIGUO: 1302-2006 de la Corte de Apelaciones de San Miguel. Se hace presente que el citado fallo, al ser consultado en la página del poder judicial, no fue posible acceder a su contenido por cuanto reportaba error en la apertura del documento, no obstante se efectuó la consulta en la causa C/ OSVALDO CAZANGA, PATRICIO DUCRET, NATALIO PELLERANO. ES PARTE: EL FISCO, (2010), Corte Suprema, 16 de junio de 2010, ROL CORTE 7996-2008, que resolvió acoger el recurso de casación en la forma deducido por la defensa del inculcado Patricio Ducret Secchi, en contra de lo resuelto por la Corte de Apelaciones y en la Sentencia de reemplazo en su Considerando Quinto, párrafo Tercero, establece que se trata de tres figuras autónomas.

implica la tramitación de un documento aduanero, que no produce una defraudación a la hacienda pública, o transgresión a otros bienes jurídicos asociados a mercancías de importación o exportación prohibida, descripciones que en definitiva, no se adecuan a los otros tipos de contrabando señalados, por tratarse de ingresos legales¹¹⁶.

Con respecto a la disposición del artículo 181 letra e) de la Ordenanza, el contrabando se comete por quien utiliza o interviene en actos en los que se utilice con fin distinto al declarado ante el Servicio de Aduanas y sin autorización de la Institución o pago de los tributos correspondientes, mercancías que ingresaron al país bajo una determinada condición, que le permitió efectuar un pago menor de derechos. Sobre la condición que refiere el tenor literal, la doctrina ha señalado que se trata de un uso de la mercancía por parte del individuo que accede a una franquicia u otro beneficio de orden tributario. Por ejemplo que la importación de un vehículo esté afecta al pago del 50% del Arancel Aduanero que corresponda aplicar y pueda tener la posibilidad que el Impuesto al Valor Agregado, sea pagado en cuotas, beneficio para las personas con discapacidad o personas jurídicas sin fines de lucro que tengan por objeto la asistencia, cuidado o apoyo de ellas, que se acojan a la Franquicia concedida por el artículo 6 de la ley 17.236, en relación con la ley N° 20.422, no pudiendo destinar el vehículo para un fin distinto que el uso y transporte de la persona con discapacidad que importa el vehículo y tampoco celebrar actos jurídicos que impliquen la transferencia del dominio, posesión, tenencia o uso a terceros, antes de transcurridos 3 años desde la importación o que conste que no prestan utilidad a dicho destinatario¹¹⁷.

¹¹⁶ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp.110-111; RIOS/GONZALEZ, op. cit. pp.294-295. En contrario GUZMAN DALBORA, op. cit. pp.52-53, al señalar que son repeticiones del contenido descrito en la letra d) del actual artículo 181 de la Ordenanza, no obstante, OSSANDON, op. cit. 203, refiere que en el caso que los tipos penales del artículo 181 letra e), f) y g) la conducta fuese fraudulenta desde sus inicios realizada ante la Aduanera, ocurre un concurso aparente de leyes penales con respecto al artículo 168 y el artículo 181 letra d) ambos de la Ordenanza, resolviéndose a favor de este último por la aplicación del principio de absorción.

¹¹⁷ RIOS, op. cit. p.150 al citar a RODRIGUEZ/OSSANDON op. cit. p.112. Al respecto, la ley N° 17.238, concede a los profesionales y técnicos Chilenos que regresen definitivamente al país, en las condiciones que señala, las franquicias aduaneras que indica para la importación de los bienes que estipula, y asimismo, autoriza la importación sin depósito y liberada del pago de todo derecho, impuestos, tasas y demás gravámenes a los que los vehículos con características técnicas especiales para ser usados por personas lisiadas, en las condiciones que indica; modifica el Arancel Aduanero y la ley 16.768, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de noviembre de 1969, en su artículo 6 inciso 1°, 2°, 3°, 4°, 7° y 8° disponen:

“Autorizase la importación sin depósito y con una tributación aduanera única equivalente al 50% del derecho ad valorem del Arancel Aduanero que les afectaría de acuerdo al régimen general, a los vehículos con características técnicas especiales, cuyo manejo y uso sea acondicionado especialmente para las personas lisiadas y que se importen para ejercer su trabajo habitual o completar sus estudios o enseñanzas que propendan a su integral rehabilitación. No obstante, no estarán afectos a este gravamen los vehículos que normalmente se fabrican con o sin motor, tales como triciclos y sillas de rueda, especialmente diseñados para personas lisiadas o con modificaciones en su estructura habitual que los habiliten para tal fin.

Las personas lisiadas a que se refiere el inciso anterior son aquellas que presentan incapacidad permanente para la marcha normal en virtud de lesiones orgánicas o funcionales que afectan uno o los dos miembros inferiores y, además, aquellas que conjuntamente a su incapacidad permanente para la marcha normal, sufran de la incapacidad absoluta de uno de los miembros superiores.

Las personas lisiadas interesadas en adquirir un vehículo, acogiéndose a las franquicias arancelarias establecidas en este artículo, deberán presentar una solicitud al Servicio Nacional de Aduanas, acompañada de la resolución que para tales efectos les otorgue la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, en la cual se deberán consignar los elementos especiales que deberá tener el vehículo que requieran.

Corresponderá al Director Nacional de Aduanas dictar las resoluciones que señalen los documentos que los interesados deben acompañar a las solicitudes respectivas y el procedimiento para su tramitación. (...)

Estos vehículos no podrán ser objeto de negociación de ninguna especie, tal como compraventa, permuta, arrendamiento, comodato o cualquier otro acto jurídico que signifique la tenencia, posesión o dominio por persona extraña al beneficiario de la franquicia, dentro de los 5 años siguientes a la fecha de la importación, salvo que su transferencia sea efectuada a una de las personas que reúna los requisitos señalados en el inciso 2° del presente artículo y acordada por la Honorable Junta General de Aduanas, de acuerdo con el artículo 39°, letra d), de la Ordenanza del ramo.

En caso de transgresión a cualquier disposición del presente artículo, la Aduana declarará el comiso del vehículo y procederá a subastarlo, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra e) del artículo 197° de la Ordenanza de Aduanas. (...).” Por su parte, la ley 20.422 de 2010 en su Artículo 48, incisos 1°, 3° y 6° establecen: “Los vehículos importados por personas con discapacidad, sea que actúen por sí o por medio de sus guardadores, cuidadores o representantes legales o contractuales, accederán al beneficio para la importación de vehículos establecido en el artículo 6° de la ley N°17.238. (...)

Los vehículos que se importen mediante la franquicia establecida en este artículo deberán permanecer por un lapso no inferior a 3 años afectos al uso y transporte de personas con discapacidad. (...)

Las personas jurídicas sin fines de lucro, que tengan por objeto la asistencia, cuidado o apoyo de personas con discapacidad podrán impetrar los beneficios establecidos en este artículo, para importar vehículos destinados exclusivamente al transporte de personas con discapacidad que ellas atiendan en el cumplimiento de sus fines.” Asimismo, el Artículo 51 señala: “Los bienes importados bajo alguna de las franquicias reguladas por este Párrafo no podrán ser objeto de enajenación ni de cualquier acto jurídico entre vivos que signifique la transferencia de su dominio, posesión, tenencia o uso a terceras personas distintas del destinatario, salvo que hayan transcurrido 3 ó más años desde su importación o que conste que ya no prestan utilidad a dicho destinatario. La enajenación prevista en el inciso anterior, relativo a los bienes que no presten utilidad al destinatario, sólo podrá efectuarse respecto de otra persona con discapacidad o bien a personas jurídicas sin fines de lucro que tengan por objeto la asistencia, cuidado o apoyo de personas con discapacidad.” Normas que se aplican en concordancia con SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/DIRECCIÓN NACIONAL, Resolución Afecta N° 56,

En cuanto a la letra g) del artículo en comento, el individuo no debe realizar o intervenir en actos que impliquen una disposición o destino diverso a un fin productivo, respecto de mercancías que se importaron habiendo obtenido el beneficio de pago diferido de tributos, conforme lo establece la Ley N° 18.634¹¹⁸.

Para finalizar este apartado, se procede a revisar la pena que contempla el legislador para el delito de contrabando, la cual se encuentra establecida en el artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas¹¹⁹, teniendo como texto vigente, el promulgado por la

Establece procedimientos e instrucciones para concesión de franquicia aduanera que indica, Valparaíso, 13 de abril de 2017, p 1-11, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la citada norma legal.

¹¹⁸ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.115. Es menester señalar, que los autores se refieren a la ley 18.634, que establece un sistema de pago diferido de derechos de Aduana, crédito fiscal y otros beneficios de carácter tributario que indica, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de agosto de 1987, que otorga el beneficio de pago diferido de gravámenes aduaneros a mercancías consideradas bienes de capital, sin embargo mediante la ley N° 20.269, otorga bono para los pensionados que indica, efectúa un aporte extraordinario al fondo común Municipal y rebaja los aranceles para la importación de bienes de capital, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 junio de 2018, artículo 3 fija en 0% los derechos de aduana, esto es, ad valorem, que se cancelan con la importación. De igual forma la citada ley aun mantiene los beneficios sobre pago diferido y crédito fiscal, por cuanto otras mercancías pueden acogerse a ellos, correspondientes a las partes, piezas, repuestos y accesorios conexos, cuando se adquieran conjuntamente con los bienes de capital en el caso que estos hayan sido fabricados en el país, o se importen en un mismo documento de destinación aduanera tratándose de bienes fabricados en el exterior. También podrán acogerse a los beneficios de la ley 18.634 los componentes, partes, repuestos y accesorios, siempre que cada una de las mercancías individualmente cumpla con el valor mínimo en US\$ 5.857,91; que estén destinados a ser incorporados a uno de los bienes de capital a que se refiere el Art. 2do: inciso 1° del mismo cuerpo legal y que hayan sido importados o acogidos a crédito fiscal. Vehículos para el transporte por carretera con capacidad de carga superior a 2.000 kilos o dotados de 15 asientos como mínimo, incluido el del conductor cuyo valor CIF debe ser superior a US\$ 7.420,02 y vehículos destinados al transporte público de pasajeros que se destinen a taxis, cuyo valor CIF no exceda de US\$ 11.715,91. Para finalizar, se entiende por bienes de capital aquellas máquinas, vehículos, equipos y herramientas que estén destinados directa o indirectamente a la producción de bienes o servicios o a la comercialización de los mismos, debiendo cumplir con los siguientes requisitos: deben estar destinados directa o indirectamente a la producción de bienes o servicios; la capacidad de producción del bien no debe desaparecer con su primer uso, sino que debe extenderse por un lapso no inferior a tres años; su partida arancelaria debe encontrarse incluida en la lista establecida por el D.H. N°2 D.O. 17.04.2002. <https://www.aduana.cl/pago-diferido-de-derechos-de-aduana/aduana/2007-02-28/161329.html>, [consulta: 7 noviembre 2018]

¹¹⁹ D.F.L. N° 30 de 2004, el artículo 178 consigna: "Las personas que resulten responsables de los delitos de contrabando o fraude serán castigadas:

ley N° 20.997 de 2017, con aplicación a partir del 13 de septiembre del año transcrito y que resulta fundamental de tratar, por cuanto el legislador establece para el delito de contrabando de mercancías sujetas al Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén

1) Con multa de una a cinco veces el valor de la mercancía objeto del delito o con presidio menor en sus grados mínimo a medio o con ambas penas a la vez, si ese valor excede de 25 Unidades

Tributarias Mensuales. Tratándose de mercancía afecta a tributación especial o adicional, cualquiera

sea su valor, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento de los impuestos, derechos y gravámenes eludidos, sin perjuicio de la pena corporal señalada.

2) Con multa de una a cinco veces el valor de la mercancía objeto del delito si ese valor no excede de 25 Unidades Tributarias Mensuales.

En ambos casos se condenará al comiso de la mercancía, sin perjuicio de su inmediata incautación. En caso de mercancía afecta a tributación especial o adicional, el Ministerio Público podrá solicitar, por el período que dure la investigación, la incautación de los vehículos que hubiesen sido utilizados para perpetrar el ilícito. Asimismo, en caso de resultar condenado, se aplicará como pena accesoria el comiso de los vehículos utilizados para perpetrar el ilícito de conformidad al artículo 31 del Código Penal.

No podrá aplicarse pena exclusivamente pecuniaria al reincidente de estos delitos en el caso del número 1) de este artículo, ni tampoco cuando, aun no existiendo reincidencia, se trate de mercancía afecta a tributación especial o adicional, procediendo en ambos casos la aplicación de la pena establecida en el precitado numeral, aumentada en un grado. Para estos efectos se considerará también reincidente al que haya sido condenado anteriormente por contrabando o fraude de mercancías cuyo valor no exceda de 25 Unidades Tributarias Mensuales. El mínimo de la pena de multa en el caso del N° 2 de este artículo será de dos veces el valor de la mercancía para el que hubiese reincidido una vez; de tres para el que hubiere reincidido dos y así sucesivamente, hasta llegar a cinco veces el valor de la mercancía como monto de la multa para el que hubiere reincidido cuatro veces o más.

Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad que pueda haber a los funcionarios aduaneros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Penal y de la que corresponda a otros que hayan tenido participación con ellos.

Los delitos de contrabando y fraude a que se refiere este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, y en la imposición de penas pecuniarias los cómplices o encubridores sufrirán la mitad de las multas aplicadas a los autores.

Si el condenado a pena de multa no la pagare, sufrirá por vía de sustitución y de apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada 0,10 Unidades Tributarias Mensuales, sin que ella pueda nunca exceder de un año.

Las multas impuestas por delito de contrabando o fraude ingresarán a Rentas Generales de la Nación.

En estos delitos, deberán considerarse las siguientes circunstancias atenuantes calificadas, siempre que ocurran antes del acto de fiscalización:

- a) La entrega voluntaria a la Aduana de las mercancías ilegalmente internadas al país.
- b) El pago voluntario de los derechos e impuestos de las mercancías cuestionadas.

Concurriendo alguna de estas atenuantes, no se aplicará la pena de presidio en el caso contemplado en el N° 1) de este artículo y no se aplicará una multa superior a una vez el valor de la mercancía en el caso previsto en el N° 2).

El pago posterior a la fiscalización configurará la atenuante general del artículo 11 N° 7 del Código Penal.”

Particular de Importación esta pena, pero con un aumento contemplado en otra norma, que se tratará en el capítulo segundo¹²⁰.

Las personas responsables del delito de contrabando pueden verse enfrentadas a diversas sanciones, corporales, pecuniarias -incluido el comiso-, que dependen en gran medida del valor aduanero de la mercancía¹²¹ y también al tipo de mercancía que se trate, de la conducta anterior del individuo, de la concurrencia de otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal especiales¹²², de la intervención o participación en el hecho, todos elementos reglados en forma específica por la disposición en análisis. Además, el legislador establece un cálculo para la sustitución de la pena de multa distinta y una excepción al *iter criminis*, según lo establecido en los artículos 49, 50, 51 y 52 del Código Penal, respectivamente¹²³.

El inciso primero del artículo contempla dos numerales, el primero de ellos y con la sanción más grave a primera vista, establece que serán condenadas a la pena de multa de 1 a 5 veces el valor aduanero de la mercancía, presidio menor en su grado mínimo a medio o con ambas penas a la vez, si las mercancías objeto del contrabando tienen un valor superior a 25 Unidades Tributarias Mensuales. A continuación señala que, si las mercancías de contrabando se encuentran sujetas a la aplicación de

¹²⁰ RIOS, op. cit. pp.152–152.

¹²¹ La determinación de la penalidad del delito en relación al valor de la mercancía ha sido objeto de diversas críticas. Algunos autores han señalado que debiese existir una diferenciación al sancionar el contrabando propio y el impropio, siendo la primera de las figuras más lesivas por su afectación a bienes jurídicos que exceden del campo estrictamente patrimonial. Otra parte de la doctrina ha sostenido la problemática de calcular la multa a imponer, al valorar mercancías objeto del contrabando propio que no revisten carácter pecuniario por estar fuera del comercio humano. Al respecto, se puede revisar RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.143; GONZALEZ/RIOS op. cit. pp.274, 302-303; en el mismo sentido RIOS, op. cit. pp.155- 157.

¹²² CURY, op. cit. p.471, concepto de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal: “Se entiende un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”.

¹²³ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp.142–143; BALMACEDA, op. cit. pp.87–90; RIOS, op. cit. p. 155. Se hace presente, que ninguno de los autores citados contemplan la modificación de la pena establecida por la ley N° 20.997 del año 2017.

impuestos específicos o adicionales¹²⁴, cualquiera sea el valor de estas, la multa será el cincuenta por ciento al trescientos por ciento de los derechos, impuestos y demás gravámenes evadidos, sin perjuicio de la pena corporal indicada.

Por su parte, el numeral segundo refiere a la aplicación exclusiva de la pena de multa de 1 a 5 veces el valor aduanero de la mercancía de contrabando, cuando su valor no exceda de 25 Unidades Tributarias Mensuales.

En un primer acercamiento a la pena, se advierten 3 escenarios para su determinación, si el valor de la mercancía supera las 25 Unidades Tributarias Mensuales, si el valor de las mercancías objeto de contrabando es menor a esa cantidad y si siendo indiferente el valor de las especies, las mercancías se encuentran afectas a impuestos específicos o adicionales. En el primero de ellos, la sanción que aplique el tribunal podrá ser pena pecuniaria o corporal o ambas a la vez, en el segundo la pena será sólo pecuniaria y en el tercer escenario, la pena debe ser pecuniaria y de presidio.

¹²⁴ La regla general es que las mercancías que se importan al país pagan dos tipos de impuestos también llamados impuestos al comercio exterior, ad valorem o derecho de aduana que corresponde al 6% del valor CIF (costo más flete más seguro) y el Impuesto al Valor Agregado –IVA–, cuya base de cálculo impositivo es el 19% sobre el valor CIF más el 6% de ad valorem y además, existen otras mercancías sujetas a más tributos de los señalados. A modo de ejemplo, se indican mercancías sujetas a impuesto adicional del 15% que se calcula sobre el valor CIF más el derecho de ad valorem, tales como artículos de oro, platino y marfil; Joyas, piedras preciosas naturales o sintéticas; Alfombras finas y tapices finos Alfombras finas, tapices finos y cualquier otro artículo de similar naturaleza; calificados como tales por el Servicio de Impuestos Internos; Pieles finas, calificadas como tales por el Servicio de Impuestos Internos, manufacturadas o no; Conservas de caviar y sus sucedáneos; Armas de aire o gas comprimido, sus accesorios y proyectiles, con excepción de las de caza submarina. Impuesto adicional del 50 % sobre el valor CIF más el ad valorem artículos de pirotecnia, como fuegos artificiales, petardos y similares, excepto los de uso industrial, minero o agrícola o de señalización luminosa. Impuesto adicional que se aplica sobre la base de cálculo referida del 10% a bebidas no alcohólicas, 18%, 20,5% o 31,5% a bebidas alcohólicas dependiendo del producto. Asimismo, algunas de las mercancías sujetas a impuesto específico son el tabaco, que puede tratarse de cigarrillos puros 52,6%; cigarrillos Impuesto Específico de 0,0010304240 UTM por cigarrillo, y un impuesto de 30% sobre el precio de venta consumidor, incluido impuestos, por paquete, cajas o envoltorios y tabaco elaborado 59,7%.

< https://www.aduana.cl/importaciones-de-productos/aduana/2007-02-28/161116.html#vtxt_cuerpo_T5> y
<http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/impuestos/impuestos_indirectos.htm> [consulta: 7 de noviembre 2018]

Adicional a la consideración del valor y del tipo de mercancía, la norma en comento señala que la determinación de la pena también se encontrará reglada por la circunstancia agravante que el individuo sea reincidente. Por lo anterior, se suman más escenarios a los ya referidos. En efecto, si el valor de la mercancía supera las 25 Unidades Tributarias Mensuales y quien comete el delito tiene la calidad de reincidente, no puede aplicarse exclusivamente la pena de multa y el tribunal podrá condenar a la pena de presidio corporal o ambas penas a la vez. Para el caso del numeral segundo, si quien comete el contrabando hubiese reincidentado una vez, se aplicara como pena de multa dos veces el valor aduanero de la mercancía, si es reincidente por segunda vez se aplicara tres veces el valor aduanero y así sucesivamente hasta no exceder de cinco veces el valor¹²⁵.

Respecto a la exacerbación de la pena corporal establecida por el legislador, tanto las mercancías sujetas a impuestos específicos o adicionales, como aquellos delitos de mercancías con un valor establecido en el numeral primero del artículo 178 de la Ordenanza cometidos por personas reincidentes, es obligatorio que la sanción de presidio se aumente en un grado¹²⁶. Para el autor RIOS¹²⁷, la aplicación de esta regla de determinación de pena en abstracto, se traduce en transitar de 61 días a 3 años de presidio menor en su grado mínimo a medio a 541 días a 3 años de presidio menor en su grado medio, postura a la que no adherimos considerando que la doctrina refiere que el aumento en grado, deben efectuarse aumentado cada uno de los grados que componen el marco penal aplicable, por tanto en estos casos la pena corporal del

¹²⁵ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp.140-142.

¹²⁶ Como se indicó en el título de generalidades, la agravación de la pena corporal se incorporó a la Ordenanza de Aduanas mediante la ley N° 20.780 del año 2014, que disponía en el inciso 3° del artículo 178: "No podrá aplicarse pena exclusivamente pecuniaria al reincidente de estos delitos en el caso del número 1) de este artículo ni tampoco cuando se trate de mercancía afecta a tributación especial o adicional, procediendo en ambos casos la aplicación de la pena establecida en el precipitado numeral, aumentada en un grado." Lo que para el autor RIOS, op. cit. p. 157 era claro, que el aumento en un grado ocurre en ambos supuestos, reincidencia del contrabando de mercancías con valor sobre 25 Unidades Tributarias Mensuales o mercancías sujetas a impuestos específico o adicional, no lo fue para todos y en ese sentido, se entiende que la ley N° 20.997 del año 2017, viniera a despejar dudas sobre la aplicación del aumento de la pena para ambos casos, al incorporar la frase que aun no existiendo reincidencia.

¹²⁷ RIOS, op. cit. p.158,

delito de contrabando sería de 541 días a 5 años de presidio menor en su grado medio a máximo¹²⁸.

Cabe agregar, que la calidad de reincidente la ostenta de igual manera quien fuera condenado anteriormente por contrabando de mercancías que no excedan las 25 Unidades Tributarias Mensuales, conforme lo señala en forma expresa el inciso 3° de la disposición en examen¹²⁹.

Para los funcionarios aduaneros que cometan el delito de contrabando, el legislador ha dispuesto que su responsabilidad es sin perjuicio de la podría conllevar la comisión del delito de fraude al Fisco y la de otros que participaron con ellos¹³⁰.

Respecto a las otras circunstancias de responsabilidad penal que también inciden en la determinación de la sanción, contenidas en la parte final de la disposición, se establecen dos atenuantes, la primera es la entrega voluntaria a la Aduana de las mercancías ilegalmente internadas al país y la segunda el pago voluntario de los derechos e impuestos de las mercancías cuestionadas. Se dispone que ambas sean consideradas como muy calificadas, si se producen previo al acto de fiscalización, y más importante aun, si alguna de ellas concurre, no se aplicará la pena de presidio en el caso establecido en el numeral primero y una multa que sea superior a una vez el valor aduanero de la mercancía, en el caso del numeral segundo. Para concluir, el pago posterior a la fiscalización se asimila a la circunstancia modificatoria del artículo 11 número 7 del Código Penal¹³¹.

¹²⁸ POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p.499.

¹²⁹ BALMACEDA, op. cit. p.63.

¹³⁰ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.139; RIOS, op. cit p.160.

¹³¹ RIOS, op. cit. pp.169-179. Resulta destacable el análisis que realiza el autor con respecto a la atenuante de entrega voluntaria a la Aduana de las mercancías ilegalmente ingresadas al país, en dos sentidos. Si esta circunstancia ocurre previo a la fiscalización se configura como atenuante calificada, no así, si la entrega de la mercancía se produce con posterioridad al acto de fiscalización, caso en el cual queda al arbitrio del Tribunal su consideración. En segundo término, la citada atenuante aplica sólo para las mercancías que se introducen al país irregularmente, por ende, para los tipos penales de contrabando que se configuran con el verbo rector extraer no podría tener cabida.

En acápites previos, hemos indicado que la pena que sufrirán las personas responsables del contrabando, también es determinada por la intervención o el grado de participación que hayan tenido en el hecho, como ocurre en la generalidad de los delitos, sin embargo, el inciso quinto de la disposición contiene una regla que altera el tratamiento penal de los partícipes, al disponer que la pena pecuniaria de multa para los cómplices y encubridores, será la mitad de las multas aplicadas a los autores¹³².

El inciso quinto del artículo en comento también establece otra regla especial de determinación de pena, al disponer que el delito de contrabando y fraude, se sancionen como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa a diferencia de lo que establece el Código Penal. Este aumento de pena no es inusual en nuestra legislación y respecto de otros delitos, Tribunales Superiores han resuelto que no se trata de entender que hay consumación desde el momento en que comienza la ejecución del acto por hechos directos. Las razones de aplicar esta regla en la normativa aduanera, se asocian a su incorporación de larga data en el derecho comparado y a las particulares formas de comisión del contrabando, -que llevarían a incorporar en su adecuación típica verbos rectores de consumación y otros que expresan tentativa- en relación con la etapa en la que se descubre el delito, lo extensa que puede llegar hacer en los casos en que se consuma el delito cuando la mercancía supera el control de Aduana y que una vez que las mercancías son ingresadas o extraídas del territorio nacional, su persecución difícilmente llega a sancionarse¹³³.

Por otra parte, la disposición en estudio, da lugar a una sustitución más gravosa que la contemplada en el artículo 49 del Código Penal, para el evento que no se pague la pena de multa, estableciendo 1 día de reclusión por cada por cada 0,10 Unidades Tributarias Mensuales, no pudiendo exceder este computo de 1 año¹³⁴.

¹³² BALMACEDA, op. cit. p.91

¹³³ OSSANDON, op. cit, pp.205 -208.

¹³⁴ *MINISTERIO PUBLICO/CORNEJO Y OTROS* (2018): Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de octubre 2018, RUC: 1500176778-7, ROL CORTE: 2757-2018. la Quinta Sala de la Corte en un fallo de un incidente, recoge la norma de sustitución de pena reglada en relación con la prestación de servicios comunitarios. Al respecto se citan los considerando Segundo, Tercero y Cuarto que desarrollan su aplicación: "Segundo: Que, en lo que dice relación con la petición subsidiaria, cabe considerar que el artículo 178 inciso quinto de la Ordenanza General de

Cabe señalar que, el inciso 2 del articulado, indica que en ambos numerales se condenará al comiso de las mercancías, a lo cual los profesores RODRÍGUEZ y OSSANDON, han manifestado que se trata de una disposición redundante al tener presente lo dispuesto por el artículo 31 del Código Penal¹³⁵. Adherimos a esta posición, considerando inclusive la modificación que introdujo la ley N° 20.997 del año 2017 sobre esta materia, en cuanto que esta sanción ahora alcanza a los vehículos utilizados para perpetrar el ilícito, toda vez que la norma del código dispone la pérdida de los efectos que provengan del delito como los instrumentos con que se ejecuto¹³⁶.

1.2.2. Normativa aduanera sobre Regímenes Suspensivos de derechos.

La normativa aduanera es extensa, comprende disposiciones legales tales como la Ordenanza de Aduanas, la ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, Arancel Aduanero Vigente, Compendio de Normas Aduaneras, Acuerdos y Tratados de Libre Comercio, diversos Decretos y leyes relacionadas con la materia y de carácter reglamentario, entre ellos, el manual de pagos, resoluciones, oficios circulares, informes jurídicos dictados por el Director Nacional del Servicio como por los Directores o Administradores de Aduanas, normas que son necesarias para la interpretación y aplicación de las actuaciones aduaneras.

Estas normas en forma principal regulan el ingreso y salida, desde y hacia el territorio nacional de las mercancías, las cuales deben ser presentadas a la Aduana

Aduanas, establece que si el condenado a pena de multa no la pagare, sufrirá por vía de sustitución y de apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada 0,10 Unidades Tributarias Mensuales, sin que ella pueda nunca exceder de un año. Tercero: Que tal disposición debe concordarse con el artículo 12 de la ley N° 18.216, que señala que la duración de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad se determinará considerando cuarenta horas de trabajo comunitario por cada treinta días de privación de libertad. Cuarto: Que, en consecuencia, existiendo un máximo de pena de privación de libertad de un año en el caso de incumplimiento del pago de la multa, para la determinación de la duración de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad habrá de multiplicarse cuarenta horas por doce meses, lo que arroja un resultado de 480 horas.”

¹³⁵ RODRIGUEZ/OSANDON, op. cit. pp. 145-146.

¹³⁶ CURY, op. cit. p. 751.

por su dueño, consignante o consignatario, quien declarará el régimen aduanero al que quedarán sometidas. Esta manifestación de voluntad constituye una destinación aduanera, entre las cuales, se encuentra el Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular de Importación, objeto de estudio.

Para clarificar la materia antes indicada, es preciso señalar en que consisten los regímenes suspensivos de derechos o también llamados declaraciones provisionales. Como su nombre lo indica, son instituciones que suspenden en forma total o parcial el pago de los tributos y demás gravámenes a que se encuentran afectas las mercancías en el evento que a su llegada al país fueran importadas, de manera que las especies ingresan al país en forma legal y mantienen su condición de extranjeras. En cuanto a la salida, la utilización de estas destinaciones habilita a que en un posterior retorno al país, la mercancía ingrese sin pago de tributos por cuanto permite verificar la calidad de nacionales o nacionalizadas que tenían a su partida. Además, se caracterizan por imponer un determinado uso a las mercancías y al tratarse de un estado temporal, requieren ser cancelados mediante la utilización de otra destinación aduanera que disponga la entrada o salida definitiva¹³⁷.

Las destinaciones aduaneras suspensivas de derechos corresponden a la Admisión Temporal, Admisión Temporal de Perfeccionamiento Activo, Almacén Particular, Depósito -a partir del 13 de marzo del año 2017-, Tránsito, Reingreso, Salida Temporal y en su modalidad de perfeccionamiento de Pasivo, las cuales tienen características específicas que determinan su tramitación¹³⁸ y su vulneración puede configurar la comisión de un delito de contrabando impropio. Por lo anterior y teniendo presente las figuras que se encuadran en el tipo penal en análisis del artículo 181 letra f) de la Ordenanza de Aduanas, se tratarán las cuatro primeras instituciones mencionadas.

¹³⁷ RIOS/GONZALEZ, op. cit. p.75.

¹³⁸ RIOS, op. cit. p.53.

Por Admisión Temporal¹³⁹ se entiende, el ingreso al país de mercancías extranjeras manteniendo esa calidad, las que estarán destinadas a un fin distinto de su consumo, por un determinado periodo de tiempo que no puede exceder de 1 año prorrogable, sin que esa prórroga supere la duración original, para que antes de finalizado el plazo, sean devueltas al extranjero u objeto de otra destinación aduanera¹⁴⁰, o en caso contrario, caer en presunción de abandono¹⁴¹.

Cabe agregar que, las citadas mercancías para el evento de internarse legalmente al país, deben haber cumplido con los vistos buenos respectivos y pagar una tasa que

¹³⁹ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 107 establece: "El Servicio Nacional de Aduanas podrá autorizar la admisión temporal de mercancías extranjeras al país sin que éstas pierdan su calidad de tales. La autorización referida podrá denegarse respecto de las mercancías que no cumplan con las visaciones y autorizaciones que sean exigibles para su importación definitiva.

La admisión temporal de mercancías estará gravada con una tasa cuyo monto será un porcentaje variable sobre el total de los gravámenes aduaneros e impuestos que afectarían su importación, determinados según el plazo que vayan a permanecer en el país.

Tales porcentajes son (los siguientes)

El monto a que ascienda esta tasa deberá pagarse antes del retiro de las mercancías desde los recintos de depósito aduanero y en el caso de las prórrogas, antes del vencimiento del plazo primitivamente autorizado, situación en la cual sólo se enterará en arcas fiscales la diferencia de tasa que se produzca de acuerdo al período total de admisión temporal solicitado, gravamen que en ningún caso podrá abonarse a los derechos que cause la posterior importación de las mercancías.

No estarán afectas al pago de la tasa establecida en el presente artículo las siguientes mercancías (letras de la a) a la l).

A la misma autoridad mencionada en la letra l) del inciso anterior le corresponderá fijar el plazo por el cual se autoriza la admisión temporal de las mercancías a que se refiere el presente artículo cuando no estuviere establecido en otras normas legales o reglamentarias y conceder su prórroga.

Este plazo no podrá exceder de un año prorrogable por una sola vez. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el Presidente de la República, mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar mayores plazos de concesión y prórroga del régimen de admisión temporal de las mercancías a que se refiere la letra a) del inciso cuarto precedente.

Los bienes de capital que ingresen al país bajo el régimen de admisión temporal para ser exhibidos en Ferias Internacionales a las cuales se les otorgue tales características por el Supremo Gobierno podrán ser vendidos a terceros, y los contenedores ingresados temporalmente al país podrán ser transferidos a otras empresas que operen con este tipo de mercancías conforme a los procedimientos que al efecto determine la Dirección Nacional de Aduanas."

¹⁴⁰ RIOS/GONZALEZ, op. cit. pp.76-80.

¹⁴¹ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 140 dispone: "Se presumen abandonas: 3) Las mercancías que hubieren ingresado bajo régimen de admisión temporal desde el extranjero o desde un territorio de régimen aduanero especial al resto del país cuando, al término del plazo de la admisión respectiva, no hubiesen sido devueltas al exterior o al territorio especial que corresponda."

corresponde a un porcentaje calculado sobre el total de impuestos y demás gravámenes que causa la importación de las especies, en relación con los días que se mantendrán bajo este régimen suspensivo. No obstante, la aplicación de este tributo especial tiene excepciones establecidas en forma expresa tanto en el artículo 107 de la Ordenanza de Aduanas como en el Compendio de Normas Aduaneras. Además, no todas las mercancías pueden ampararse bajo esta destinación aduanera, como tampoco pueden ser beneficiarias específicas personas¹⁴².

Respecto del segundo régimen suspensivo, es preciso señalar que su regulación dependerá de la fecha de tramitación de la declaración de ingreso de las mercancías, por cuanto previo al 13 de marzo de 2017, con motivo de la dictación de la ley N° 20.997, esta destinación aduanera se regía por el Decreto N° 473 del año 2003, del Ministerio de Hacienda.

¹⁴²SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, Capítulo Tercero, Numeral diecisiete, acápite diecisiete punto dos dispone que no se concederá la admisión temporal de mercancías clasificadas en las Partidas 0301 al 0304; 0306; 0307; 0401; 1506 al 1517; 1101 y Capítulo, 2, 6 y 8, ni a los consignatarios denunciados y condenados hasta tres años desde cumplida la sentencia o concluido el procedimiento respectivo por delitos contemplados en la Ordenanza de Aduanas, contrabando y declaraciones maliciosas, o que esa calidad recaiga en el representante de una persona jurídica, como tampoco consignatarios o representantes legales que cancelaron deudas aduaneras con documentos protestados sin aclarar.

La Admisión Temporal para Perfeccionamiento Activo ¹⁴³, antes del cambio normativo señalado, permitía el ingreso al país de mercancías extranjeras correspondientes a materias primas, partes, piezas o artículos a media elaboración para ser objeto de transformación, armado, integrados, elaborados o sometidos a otros procesos de terminación, en recintos habilitados en fábricas o industrias, para actividades fabriles o industriales, y cuyo producto resultante, fuere exportado. Este régimen contaba con un plazo de 60 o 180 días contados desde la fecha de notificación de la declaración, dependiendo de la modalidad a la que se acogiera, el que era prorrogable y también podía cancelarse con la importación acreditando la imposibilidad de realizar la exportación, reexportación de insumos o bien, tanto los insumos como el producto final y las demás especies señaladas, podían presumirse abandonadas y ser objeto de subasta¹⁴⁴.

A partir de la vigencia de la ley N° 20.997 del año 2017 y la dictación del Decreto N° 28 del año 2018 del Ministerio de Hacienda, el Director Nacional de Aduanas, sin la anuencia del citado Ministerio, podrá autorizar el régimen de Admisión Temporal para

¹⁴³ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 108, norma antigua refería: “El Director Nacional de Aduanas, con la aprobación del Ministerio de Hacienda y sólo para actividades de exportación, podrá acordar modalidades especiales para la admisión temporal, en recintos habilitados en las fabricas o industrias, de aquellas materias primas, partes, piezas o elementos que vayan hacer transformados, armados, integrados, elaborados o sometidos a otros procesos de terminación en dichos recintos. Podrá autorizar asimismo que algunos de los procesos industriales enumerados anteriormente, puedan ser ejecutados en recintos distintos al habilitado para estos efectos.”.

El régimen especial de admisión temporal a que se refiere este artículo sólo podrá autorizarse por actividades fabriles o industriales y no individualmente para determinadas fábricas o industrias.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero de este artículo, en el caso de que antes del vencimiento del plazo de admisión temporal o de sus prórrogas, se acreditare la imposibilidad de efectuar la exportación en razón del incumplimiento del contrato por parte del comprador extranjero o de la resciliación del mismo como consecuencia de variaciones de precios en el mercado de destino, el Servicio de Aduanas autorizará la importación de las materias primas, partes, piezas o elementos sometidos a este régimen suspensivo, previo pago de los derechos, impuestos y gravámenes correspondientes, además de una tasa del 1% sobre el valor aduanero de las mercancías, por cada treinta días o fracción superior a quince, contados desde el otorgamiento de la admisión temporal. Esta tasa no será aplicable en casos de desperdicios sin carácter comercial.

Los productos terminados causarán en su importación los derechos, impuestos y demás gravámenes que afecten a las materias primas, partes, piezas o elementos, incorporados en su producción, sin considerar el mayor valor que adquieran por los procesos enumerados anteriormente.”

¹⁴⁴SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, capítulo tercero, numeral dieciséis, acápite dieciséis punto dos en adelante.

Perfeccionamiento Activo¹⁴⁵ de bienes terminados, a media elaboración, o en materias primas, partes, piezas y otros insumos, los que pueden ser objeto de procesos de fabricación, integración, armado, transformación, refinación de minerales y combustibles, reparación, mantención, mejoras y similares, pudiendo utilizar en éstos insumos nacionales, para su posterior reexportación, por un periodo de tiempo de dos años, prorrogable a 1 año, procesos que se efectuarán en recintos habilitados autorizados por Aduana¹⁴⁶.

Para finalizar con la temática, como se indica, el actual régimen puede ser cumplido mediante la reexportación del producto final o terminado, como de los insumos ingresados al territorio nacional bajo esta destinación que no fueron utilizados en los

¹⁴⁵ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 108, norma vigente refiere: "El Director Nacional de Aduanas podrá, previa solicitud fundada, autorizar para su posterior reexportación, la admisión temporal para perfeccionamiento activo de mercancías extranjeras hasta por el plazo de dos años, prorrogable hasta por el plazo de un año, en recintos habilitados autorizados por el Servicio de Aduanas.

Las mercancías extranjeras podrán consistir en bienes terminados, a media elaboración, o en materias primas, partes, piezas y otros insumos, a objeto que, según su estado o condición, sean sometidos a procesos de fabricación, elaboración, integración, armado, transformación, refinación, reparación, mantención, mejoras u otros procesos similares. En la realización de los procesos autorizados se podrán utilizar también materias primas, partes, piezas y otros insumos nacionales o nacionalizados.

Mediante decreto supremo del Ministerio de Hacienda, dictado bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", se establecerán los requisitos y condiciones que deberán cumplir las autorizaciones otorgadas. El Director Nacional de Aduanas podrá autorizar que algunos de los procesos enumerados anteriormente puedan ser ejecutados en recintos distintos al habilitado para estos efectos.

En el caso de que antes del vencimiento del plazo de la admisión temporal o de su prórroga, se acredite de manera fundada la imposibilidad de efectuar la reexportación, el Servicio de Aduanas podrá autorizar la importación de las mercancías extranjeras, siempre que ésta no se encuentre prohibida y previo pago de los derechos, impuestos y gravámenes correspondientes, sin considerar el mayor valor que los bienes o productos adquieran por los procesos enumerados anteriormente. Además, deberá pagarse una tasa del 1% sobre el valor aduanero de las mercancías extranjeras declarado en la respectiva destinación aduanera, por cada treinta días o fracción superior a quince, contados desde el otorgamiento de la admisión temporal. Esta tasa, cualquiera sea el tiempo transcurrido, no podrá exceder del 10% sobre el valor señalado y no será aplicable en casos de desperdicios sin carácter comercial.

Si una vez concluido el respectivo proceso resultaren materias primas, piezas, partes o insumos extranjeros sobrantes, el Director Nacional de Aduanas podrá autorizar, previa solicitud, su importación hasta por el 10% del valor aduanero declarado en la respectiva destinación aduanera, exentos del pago de la tasa referida en el inciso precedente, o bien, su utilización en procesos amparados en otra destinación a que se refiere el presente artículo."

¹⁴⁶ Decreto N° 28 Exento, Establece los requisitos y condiciones para la autorización de la Admisión Temporal para perfeccionamiento activo, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de marzo de 2018, artículos 1° y 2°.

procesos y en casos calificados por el Director Nacional, también procederá la importación de los citados insumos, siempre que se verifique que fue imposible integrarlos al bien terminado, debiendo además pagar la tasa contemplada en el artículo 108 de la Ordenanza y si se trata del producto final, generará los tributos y demás gravámenes de las materias primas, partes y piezas o elementos extranjeros que fueron incorporados en su producción, sin considerar en la base de cálculo el mayor valor que adquiera durante el proceso productivo al que fue sometido. De igual manera, aplica también la presunción de abandono respecto de aquellas mercancías al amparo de éste régimen si no fuese cancelado en el plazo estipulado¹⁴⁷

Con vigencia desde el año 2017, el Depósito es una destinación aduanera en estreno. Regulada en el artículo 111 bis de la Ordenanza de Aduanas, este régimen suspensivo de derechos fue creado para que mercancías extranjeras sean depositadas en recintos de depósito aduanero ubicados dentro del territorio jurisdiccional de la Aduana de la que dependan y por la que ingresaron al país, hasta por el plazo de un año, sin previo pago de los derechos, impuestos y demás gravámenes que cause en su importación, debiendo ser objeto de procesos menores que favorezcan su conservación, presentación, calidad comercial o preparación para su distribución o su comercialización, tales como ensamblado, acondicionamiento, embalaje, terminación, planchado, ensacado, envasado o etiquetado, siempre que estas operaciones no transformen o modifiquen la naturaleza de las mismas y no impliquen un cambio en su clasificación arancelaria, debiendo utilizarse para ello partes, piezas o insumos nacionales o nacionalizados y cancelarse mediante la importación del producto o de lo contrario, podrá presumirse su abandono si al término del plazo no se cursara la citada destinación, teniendo como restricción que el régimen no pueda aplicarse en regiones donde se sitúe una Zona Franca¹⁴⁸.

¹⁴⁷ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, capítulo tercero numeral dieciséis, acápite dieciséis punto uno en adelante.

¹⁴⁸ D.F.L. N° 3 del año 2004, artículo 111 bis dispone: "Las mercancías extranjeras podrán ser objeto de la destinación aduanera de depósito, hasta por el plazo de un año, sin previo pago de los derechos, impuestos y demás gravámenes que cause en su importación, debiendo ser objeto de procesos menores, que favorezcan su conservación, presentación, calidad comercial o preparación para su distribución o su comercialización, tales como ensamblado, acondicionamiento, embalaje, terminación, planchado, ensacado, envasado o etiquetado,

Según la historia de la ley, se trata de una destinación aduanera en la cual la mercancía no puede ser sometida a procesos que alteren su carácter esencial, como tampoco ser canceladas con otras destinaciones como la reexportación de las especies extranjeras. En este orden de ideas, la mayoría de las críticas efectuadas por algunos parlamentarios tanto en la discusión en Sala en la Cámara de Diputados como en el Senado, fue que este régimen permitía la creación de depósitos francos en el territorio nacional y replicaba los beneficios que existen en Zona Franca afectando su negocio de importación al territorio nacional, desincentivando su uso¹⁴⁹, por ello, el legislador dictaminó el cumplimiento de requisitos específicos como la inalterabilidad

siempre que estas operaciones no transformen o modifiquen la naturaleza de las mismas, no alteren los atributos que determinan su carácter esencial y no impliquen un cambio en su clasificación arancelaria.

Los procesos menores citados se deberán realizar en los almacenes a que se refieren los artículos 55 y siguientes, debiendo los almacenistas diferenciar y delimitar de manera separada las áreas destinadas al solo almacenamiento de mercancías de aquellas otras en las cuales se lleven a cabo las operaciones menores propias de la destinación aduanera de depósito y sujetándose a las demás normas e instrucciones que imparta el Director Nacional de Aduanas. La realización de procesos menores en los almacenes referidos estará también afecta a la limitación prevista en el inciso cuarto del artículo 56.

Las partes, piezas o insumos incorporados en los procesos menores señalados deberán ser mercancías nacionales o nacionalizadas. El Presidente de la República, mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Hacienda, establecerá los requisitos, exigencias y garantías que los interesados deberán cumplir a objeto de autorizar la destinación a que se refiere la presente disposición.

La destinación establecida en este artículo sólo podrá ser cancelada mediante una destinación aduanera de importación, debiendo pagarse los derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes respectivos, con exclusión de los correspondientes a las partes, piezas e insumos nacionales o nacionalizados incorporados en el proceso respectivo.

El régimen que se establece en el presente artículo no será aplicable en la región en que se sitúe una zona franca establecida de conformidad a lo dispuesto en la letra a) del artículo 2 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2001, del Ministerio de Hacienda, sobre Zonas Francas." Por su parte, el artículo 140 del D.F.L. N° 3 del año 2004, refiere: "Se presumen abandonadas: 4) Las mercancías que ingresen al país al amparo de la destinación aduanera de depósito, sin que al término del plazo autorizado se haya cursado una destinación aduanera de importación.

¹⁴⁹ Historia de la ley N° 20.997, Moderniza la Legislación Aduanera, 1. Primer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, 1.12. Discusión en Sala Fecha 07 de junio, 2016. Diario de Sesión en Sesión 29. Legislatura 364. Discusión General. Se aprueba en general y particular, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 07 de junio de 2016, pp. 10, 15 y Segundo Trámite Constitucional Senado, 2.7. Discusión en Sala Fecha 03 de enero, 2017. Diario de Sesión en Sesión 77. Legislatura 364. Discusión Particular, p. 6, y Tercer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, 3.1 Oficio de la Corte Suprema a Comisión. Fecha 16 de enero, 2017, pp. 19, 40, 43, 48, 52 y 55.

de la naturaleza de la mercancía, la exclusividad de terminar el depósito solo con la importación y la imposibilidad de establecerse en Zona Franca, entre otros.

Se terminan las exposiciones del presente capítulo y título, con el tratamiento normativo del Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular, institución que ampara las mercancías objeto del delito a desarrollar en el siguiente apartado, la cual se encuentra regulada en los artículos 109 al 111 de la Ordenanza de Aduanas¹⁵⁰, como también en el Compendio de Normas Aduaneras, capítulo tercero, numeral quince, sin perjuicio de otras normas aplicables, en general reglamentarias.

El Almacén Particular, como se indicó en forma precedente, es un régimen que suspende los derechos que causa la importación de mercancías a su ingreso al país, las que son depositadas en lugares o recintos habilitados por el Director Nacional del Servicio de Aduanas, especificados por el destinatario en el documento aduanero denomina Declaración del Almacén Particular, manteniendo su calidad de extrajeras, por un periodo de tiempo de 90 días¹⁵¹, que puede ser prorrogable en el caso que se trate del ingreso de mercancías importadas al amparo de la Sección 0 del Arancel

¹⁵⁰ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 109 establece: "El Director Nacional de Aduanas podrá habilitar hasta por noventa días, de oficio o a petición de los interesados, determinados locales o recintos particulares para el depósito de mercancías, sin previo pago de los derechos e impuestos que causen en su importación.

Podrá prorrogarse este plazo tratándose de mercancías cuya importación se verifique por el Capítulo 0 del Arancel Aduanero, por el artículo 35 de la ley N° 13.039 y sus modificaciones, por el artículo 6° de la ley N° 17.238 y sus modificaciones, o en conformidad al decreto N° 403, de Relaciones Exteriores, de 1968 y sus modificaciones. En estos casos, la prórroga se podrá otorgar por el período necesario para la obtención de la franquicia invocada.

El depósito de las mercancías, a excepción de las señaladas en el inciso anterior, devengará diariamente a partir del trigésimo primer día, un interés igual al equivalente diario de la tasa de interés promedio mensual cobrada por el sistema financiero en operaciones no reajustables de treinta a ochenta y nueve días informada por el Banco Central de Chile, vigente a la fecha más próxima a la de internación o vencimiento del plazo, según corresponda, aplicada sobre los correspondientes derechos e impuestos. En el caso de mercancías que por su naturaleza no puedan ser normalmente depositadas en recintos de depósito aduanero según calificación que hará el Director Nacional de Aduanas, dicho interés se devengará a partir del cuadragésimo sexto día.

En el caso de las infracciones cometidas en el uso u obtención de los beneficios establecidos en este artículo, tales como el fraude aduanero o la estafa, serán aplicables las sanciones, penas, multas y presunciones establecidas en los artículos 178 y 181 de esta Ordenanza, las que, según sea el caso, podrán ser aumentadas al doble."

¹⁵¹ RODRIGUEZ/OLIVER, op. cit. p. 8.

Aduanero, el artículo 35 de la ley N° 13.039, artículo 6 de la ley N° 17.238 o por el Decreto N° 403 del Ministerio de Relaciones Exteriores del año 1968¹⁵². El depósito de las restantes mercancías no sujetas a la prórroga o aquellas que por su naturaleza no puedan ser dejadas en los recintos de depósito aduanero, a partir del trigésimo primer día o cuadragésimo sexto día, respectivamente, devengarán un interés diario de acuerdo a la equivalencia establecida en el artículo 109 de la tantas veces citada norma legal¹⁵³.

Las mercancías que podrán ser objeto de este régimen, son aquellas que tienen la cualidad de extranjeras, pero no todas ellas podrán ser admitidas por esta destinación. En forma expresa, el Compendio de Normas excluye ciertas mercancías individualizadas en determinadas Partidas y Capítulos del Arancel Aduanero Vigente como en el apéndice X del texto reglamentario y asimismo, no todas las personas, naturales y jurídicas, pueden ser autorizadas para que las mercancías respecto de las cuales son consignatarios, accedan a la destinación de Almacén Particular¹⁵⁴.

¹⁵² Decreto N° 403, del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1968, que contiene el Reglamento para las Importaciones de los Funcionarios Administrativos y Técnicos de las Misiones Diplomáticas y Representantes Consulares de Carrera acreditadas ante el gobierno de Chile, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 3 de octubre de 1968.

¹⁵³ RIOS/GONZALEZ, op. cit. p. 81.

¹⁵⁴ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, Capítulo Tercero, Numeral quince, acápite quince punto tres letra a), refiere que no podrán ser objeto de Almacén Particular, mercancías que se encuentren contenidas en las siguientes Partidas y Capítulos, a saber: Partidas 03.01 Peces vivos; 03.02 Pescado fresco o refrigerado, excepto los filetes y demás carne de pescado de la partida 03.04; 03.03 Pescado congelado, excepto los filetes y demás carne de pescado de la partida 03.04; 03.04 Filetes y demás carne de pescado (incluso picada), frescos, refrigerados o congelados; 03.06 Crustáceos, incluso pelados, vivos, frescos, refrigerados, congelados, secos, salados o en salmuera; crustáceos ahumados, incluso pelados o cocidos, antes o durante el ahumado; crustáceos sin pelar, cocidos en agua o vapor, incluso refrigerados, congelados, secos, salados o en salmuera; harina, polvo y «pellets» de crustáceos, aptos para la alimentación humana; 03.07 Moluscos, incluso separados de sus valvas, vivos, frescos, refrigerados, congelados, secos, salados o en salmuera; moluscos ahumados, incluso pelados o cocidos, antes o durante el ahumado; harina, polvo y «pellets» de moluscos, aptos para la alimentación humana. 04.01 Leche y nata (crema), sin concentrar, sin adición de azúcar ni otro edulcorante.; 11.01 Harina de trigo o de morcajo; 15.06 Las demás grasas y aceites animales, y sus fracciones, incluso refinados, pero sin modificar químicamente; 15.07 Aceite de soja (soya) y sus fracciones, incluso refinado, pero sin modificar químicamente; 15.08 Aceite de maní (cacahuete, cacahuete)* y sus fracciones, incluso refinado, pero sin modificar químicamente; 15.09 Aceite de oliva y sus fracciones, incluso refinado, pero sin modificar químicamente; 15.10 Los demás aceites y sus fracciones obtenidos exclusivamente de aceituna, incluso refinados, pero sin modificar químicamente, y

La Ordenanza dispone que el depósito de las mercancías se efectúe en lugares de particulares, no pudiendo corresponder a almacenes en recintos portuarios o extraportuarios¹⁵⁵, ergo, son bodegas o locales a cargo del destinatario de las mismas y al tratarse de mercancías extranjeras, se mantendrán supeditadas a la autoridad y vigilancia del Servicio Nacional de Aduanas hasta su importación, sin perjuicio de la responsabilidad que le asiste a los particulares sobre las especies que resulten perdidas o dañadas en los mismos términos que a los almacenistas¹⁵⁶.

Otro aspecto de esta destinación, es que debe solicitarse antes que venza el plazo de almacenamiento de las mercancías en los recintos de depósito aduanero y retirarlas

mezclas de estos aceites o fracciones con los aceites o fracciones de la partida 15.09; 15.11 Aceite de palma y sus fracciones, incluso refinado, pero sin modificar químicamente; 15.12 Aceites de girasol, cártamo o algodón, y sus fracciones, incluso refinados, pero sin modificar químicamente; 15.13 Aceites de coco (de copra), de almendra de palma o de babasú, y sus fracciones, incluso refinados, pero sin modificar químicamente; 15.14 Aceites de nabo (de nabina), colza o mostaza, y sus fracciones, incluso refinados, pero sin modificar químicamente; 15.15 Las demás grasas y aceites vegetales fijos (incluido el aceite de jojoba), y sus fracciones, incluso refinados, pero sin modificar químicamente; 15.16 Grasas y aceites, animales o vegetales, y sus fracciones, parcial o totalmente hidrogenados, interesterificados, reesterificados o elaidinizados, incluso refinados, pero sin preparar de otro modo; 15.17 Margarina; mezclas o preparaciones alimenticias de grasas o aceites, animales o vegetales, o de fracciones de diferentes grasas o aceites, de este Capítulo, excepto las grasas y aceites alimenticios y sus fracciones, de la partida 15.16. Capítulo N° 2 carnes y despojos comestibles, N° 8 Frutas y frutos comestibles, cortezas de agrios, melones o sandías, N° 6 Plantas vivas y productos de la floricultura. Sin perjuicio de lo señalado, si esas mercancías requieren obligatoriamente de un periodo de cuarentena, se autorizará el almacén particular por dicho plazo y con la correspondiente garantía. Por su parte, las siguientes letras del citado numeral contiene las individualización de personas que no pueden cursar esta clase de destinación, los consignatarios, sean personas naturales o representantes legales en caso de personas jurídicas, denunciados o condenados y hasta por tres años de cumplida la sentencia por contrabando y declaración maliciosa o que hubiesen cancelado deudas aduaneras con documentos protestados sin aclarar y por último, otras mercancías que no pueden ser incluidas como las sustancias agotadoras de la capa de ozono.

¹⁵⁵ Decreto N° 1114, del Ministerio de Hacienda que establece reglamento para la habilitación y concesión de los recintos de depósito aduanero y el almacenamiento de las mercancías, Diario oficial de la República de Chile, Santiago, 26 de mayo de 1998, artículo 2: "Para los efectos del presente reglamento se entenderá por:

a) Almacén Extraportuario: el recinto de depósito aduanero autorizado mediante habilitación directa, destinado a prestar servicios a terceros, donde puede almacenarse cualquiera mercancía hasta el momento de su retiro, para importación, exportación u otra destinación aduanera. Los términos "recinto de depósito aduanero" y "almacén", comprenderán tanto a los habilitados directamente por el Director Nacional de Aduanas, como aquellos que hayan obtenido el derecho de explotación mediante licitación pública. (...)"

¹⁵⁶ GONZALEZ/RIOS, op. cit. pp.81- 82.

de éstos, previo al termino de dicho plazo y se concederá respecto de operaciones con un valor total igual o que supere los US\$ 10.000, restricción que no será considerada, si se trata de la introducción a país de mercancías comprendidas en las situaciones taxativamente señaladas en el Compendio de Normas¹⁵⁷.

Respecto a la vigencia del Almacén Particular habrá que distinguir, podrá comenzar desde la fecha de notificación de la legalización de la Declaración de Ingreso o del primer retiro de las especies, si se trata de mercancías que fueron manifestadas a la Aduana o corresponden a un trámite anticipado, respectivamente, y al vencimiento de los 90 días, deberá ser cancelado mediante otra destinación aduanera o las mercancías serán consideradas en presunción de abandono. Las destinaciones aplicables en la especie son la importación, reexportación, redestinación, entrega de las mercancías a la Aduana y reingreso¹⁵⁸.

Incumbe señalar que, el ingreso al país de las mercancías extranjeras bajo este régimen suspensivo, que en definitiva serán importadas, se formalizará mediante la tramitación de una Declaración de Almacén Particular de Importación, también llamada DAPI, ante la Aduana de ingreso de las mercancías, que será llenada con los documentos aportados por el importador, entre las que destacan de forma particular, la garantía y la declaración jurada simple que constituye la individualización del recinto de depósito y señala los delitos que se configurarán para el caso que se produzca la disposición, venta, cesión, utilización comercial o industrial de las mercancías, previo al pago de los tributos, derechos y demás gravámenes¹⁵⁹.

¹⁵⁷ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, capítulo tercero, numeral quince, acápite quince punto uno y quince punto dos.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, acápite quince punto cinco y quince punto diez.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, acápite quince punto siete y siguientes, en relación con el Anexo 83 de la citada normativa.

2. CAPITULO SEGUNDO

Tipo Penal del Contrabando de Mercancías Sujetas al Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular de Importación.

2.1. Aspectos generales.

El delito de contrabando de mercancías sujetas al Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular de Importación, se encuentra descrito en el artículo 181 letra f) de la Ordenanza de Aduanas. La norma en comento establece que “Se presumen responsables del delito de fraude las personas que cometan o intervenga en los siguientes actos; f) Vender, disponer o ceder a cualquier título y consumir o utilizar en forma industrial o comercial mercancías sujetas a regímenes suspensivos de derechos de admisión temporal o de depósito, salvo cuando se trate de actividades autorizadas para dicho tipo de destinación, 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.”

Conforme se expresó en el título sobre generalidades del capítulo primero, el artículo en comento dispone la comisión del delito de fraude, figura aduanera que en virtud de la dictación de la ley N° 19.738 de 2001, fue suprimido al eliminar el inciso que lo contenía y subsumido en el contrabando, como claramente se señaló por la Excma. Corte Suprema, Tribunal que precisó que no existió una derogación del delito, sino que una nueva noción del fraude aduanero¹⁶⁰.

Al respecto, la profesora HORVITZ, efectúa un análisis de la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema y plantea, que para determinar tal derogación o por el contrario, la preexistencia del fraude aduanero, es necesario analizar la concurrencia de tres hipótesis, una en subsidio de la otra, a saber: si la nueva ley contempla normas

¹⁶⁰ *PATRICIO OSVALDO SCHALCHLI MELO/FISCO DE CHILE*, (2002): Corte Suprema, 11 de noviembre, ROL CORTE: 3862-2001.

que determinen los efectos en el tiempo de las reformas incorporadas; la intensión fundada del legislador de mantener la continuidad del delito de fraude y por último, la correlación de elementos esenciales de la descripción de la conducta de la norma que se retira de la regulación legal, en relación con la disposición que se incorpora en su lugar¹⁶¹.

En cuanto a la primera hipótesis, en el considerando séptimo de la sentencia en comento, los Ministros sostienen la existencia de dos disposiciones que establecen los efectos en el tiempo de la ley derogatoria, las que al ser revisadas concluyen de forma explícita la ultractividad¹⁶² del antiguo artículo 168 de la Ordenanza, que contiene el delito fraude aduanero y la irretroactividad de la nueva norma. Por una parte, el artículo 9 transitorio preceptúa que los delitos de fraude y contrabando que se cometan con anterioridad a la fecha de publicación de la nueva ley, sea o no, que en el presente se estén conociendo por tribunales competentes, se regirán por la norma contenida en la Ordenanza de Aduanas de 1997 y en segundo lugar, el artículo 24 de la citada ley establece que las referencias efectuadas en la Ordenanza al delito de fraude aduanero, se entienden realizadas al delito de contrabando del artículo 168 actual¹⁶³. De esta manera, el legislador otorgó vigencia a la norma derogada y además, estableció que las nuevas disposiciones regirán desde su publicación, en adelante, por tanto el tipo penal del fraude aduanero no ha dejado de tener vida y por el contrario, se ha establecido su continuidad.

Cabe señalar que, el principio general en el ámbito de aplicación de la ley en el tiempo, es que la norma legal rige los hechos cometidos durante su vigencia, no puede aplicarse a los hechos ocurridos con anterioridad a su promulgación ni ser aplicada a

¹⁶¹ HORVITZ, op. cit. p. 121; RODRIGUEZ/OSSANDON op. cit. pp. 61 – 62.

¹⁶² OLIVER, Calderón Guillermo. *Retroactividad e Irretroactividad de las Leyes Penales*. 1° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 64 – 64, definición de acuerdo a la doctrina de Ultractividad: “A la situación que se produce cuando un hecho es sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente en el momento de su realización, pero ya no lo está en la época de su juzgamiento.” Cabe tener presente que para el autor citado el término no sería el correcto porque ultraactividad se contrapone al de retroactividad y en ese orden de ideas, ésta aludiría a la posibilidad de aplicar la ley a hechos ocurridos con posterioridad al término de su vigencia.

¹⁶³ HORVITZ, op. cit. pp.121-122.

los hechos acaecidos con posterioridad a su derogación¹⁶⁴ y en materia penal se representa en el principio de irretroactividad¹⁶⁵, pero a diferencia de las otras ramas del derecho, no es absoluto, por cuanto contempla una excepción. El efecto retroactivo de la ley penal, establecido en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Carta Magna, en relación con el artículo 18 del Código Penal, sostiene que si con posterioridad a la realización de un acto se dicta una nueva ley, que sea más beneficiosa o benigna para el reo, ésta se aplicará también a los hechos cometidos bajo la antigua ley vigente, retrotrayendo sus efectos¹⁶⁶.

Con respecto a la segunda hipótesis, si la nueva ley es benigna, o no elimina el delito pero resulta ser más favorable al reo, la aplicación del artículo 9 transitorio, que establece la ultractividad del antiguo artículo 168, resultaría inconstitucional y así lo sostiene el máximo tribunal en el considerando octavo, al señalar la obligatoriedad del efecto retroactivo de la ley penal¹⁶⁷.

En ese escenario, los Supremos abordaron la intensión del legislador plasmada en la nueva ley y si estaba dirigida a eliminar el delito de fraude aduanero. En el considerando quinto de la sentencia refieren, que el propósito inequívoco de la ley N° 19.738 es combatir la evasión tributaria, por lo que resulta contradictorio sostener que su promulgación implicará la eliminación de una figura que es reconocida por perseguir ese comportamiento. Complementan este razonamiento, al citar el acta de la Sesión N° 46 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que a propósito de la modificación del artículo que contempla el fraude, dispone que las enmiendas apuntan a sistematizar las modalidades de comisión en el delito

¹⁶⁴ ETCHEBERRY, op. cit. tomo I, p.141; GARRIDO, op. cit. tomo I, p.107; En un sentido un tanto diferente OLIVER, op. cit. p.63, refiere que esta significación debiese ocupar otro término señalando el aforismo *tempus regit actum*, porque en su sentir el concepto de Irretroactividad “sólo puede ser usada para aludir a lo único que puede alcanzar su campo semántico, esto es, a la prohibición de que la ley se aplique a los hechos anteriores al comienzo de su vigencia.”

¹⁶⁵ ETCHEBERRY, op. cit. pp.75 y 210. concepto de principio de irretroactividad: “La ley penal no puede crear delitos y penas con posterioridad a los hechos incriminados y sancionar éstos en virtud de dichas disposiciones.”

¹⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 141-145.

¹⁶⁷ HORVITZ, op. cit. p.122–123.

contrabando¹⁶⁸, misma dirección del mensaje del Presidente de la República, el cual señalaba que el proyecto de ley contempla la nueva definición del fraude aduanero siguiendo la estructura del fraude fiscal, para tener mayor acogida en los tribunales¹⁶⁹, por lo anterior, hacen referencia a la norma del artículo 24 de la ley 19.738, que no deja dudas de la continuidad del fraude aduanero¹⁷⁰.

A mayor abundamiento, se señala que la intención del legislador ha sido mantener el delito de fraude aduanero, al no eliminar las denominaciones del fraude aduanero en la Ordenanza, tanto en el título I numeral 3 y a la disposición que contempla las presunciones, concebidas como modalidades de este tipo penal¹⁷¹.

Por último, con respecto a la tercera hipótesis, la doctrina señala que una norma no estará derogada cuando suprimida formalmente, las disposiciones esenciales de las conductas punibles se contengan en otra norma vigente con anterioridad y no derogada o mediante una nueva ley se vuelven a sancionar los hechos comprendidos en la ley que derogó con su dictación. De acuerdo a lo expuesto por la autora, esto último ocurrió en la especie, y se entiende de esa forma porque el hecho de contravenir las restricciones legales para ejercer un beneficio tributario que no le corresponde y que como resultado perjudica al fisco, configura el delito de fraude aduanero en la norma derogada como en la ley derogatoria¹⁷².

¹⁶⁸ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.62, al referirse a la crítica que efectuó el Servicio Nacional de Aduanas, también abordado por HORVITZ, op. cit. p.124.

¹⁶⁹ Historia de la Ley N° 19.738, Normas Para Combatir la Evasión Tributaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 19 de junio de 2001, p. 20, Mensaje Presidencial “letra e) Se agrega un nuevo concepto de delito de fraude aduanero que sigue la estructura del fraude fiscal, consagrada en el artículo 239 del Código Penal. Ello busca que tenga mayor acogida jurisprudencial, evitando los defectos actuales. El tipo penal tiene por objeto castigar conductas que se cometen con ocasión de una operación aduanera, pero encaminadas a obtener cualquier beneficio tributario, ya sea en el orden externo o interno, en detrimento del patrimonio del Fisco.”

¹⁷⁰ HORVITZ, op. cit., pp.123–124.

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 125.

¹⁷² POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. p.127, citando a HORVITZ op. cit. p.125.

Es menester hacer presente que, con respecto a la modificación del delito de fraude aduanero, parte de la doctrina¹⁷³ sostiene que más allá de analizar el cambio en la denominación, lo importante es delimitar los supuestos de hecho que antes eran sancionados en el antiguo contrabando y fraude y que son actualmente comprendidos bajo la nueva redacción del contrabando, advirtiendo que las conductas que establece la ley N° 19.738 del año 2001, son más restringidas, dando como ejemplo que el llamado contrabando de exportación no resulta punible y que si bien, la norma actual no exige un ánimo defraudatorio¹⁷⁴ si la causación de un resultado perjudicial para la hacienda pública.

Cabe entonces preguntarse si la descripción de la conducta del contrabando de mercancías sujetas al Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular de Importación, es uno de los casos subsumibles en el fraude aduanero como en la actual norma de contrabando y la respuesta la ha dado la propia Corte Suprema, al resolver que aun cuando la Ordenanza de Aduanas ha sido modificada en varias oportunidades, mantiene la misma redacción en el artículo 181 letra f) de la citada norma con respecto al artículo 187 letra f) anterior, *reconociendo plena validez de los tipos penales que sancionaba*¹⁷⁵.

Habiendo referido la postura de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la no derogación del fraude aduanero y su alcance con respecto al tipo penal en estudio, corresponde señalar que la conducta que contempla esta disposición se encuentra descrita bajo la denominación de presunciones de fraude. A este respecto, se indicó en forma previa, que esta institución ha sido criticada por la doctrina, por contravenir el principio de inocencia y alterar la carga de la prueba, por cuanto el imputado debe desvirtuar la presunción que rige en su contra, lo que sería opuesto a la esencia de la

¹⁷³ BALMACEDA, op. cit. pp.44–45 citando a RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.63.

¹⁷⁴ HORVITZ, op. cit. p.126.

¹⁷⁵ C/OSVALDO CAZANGA, PATRICIO DUCRET, NATALIO PELLERANO. *ES PARTE: EL FISCO*, (2010), Corte Suprema, 16 de junio de 2010, ROL CORTE: 7996-08, sentencia de reemplazo, considerando cuarto.

garantía constitucional señalada, no obstante, en el caso particular, no existiría tal presunción y esa denominación sería atribuible a razones de índole históricas¹⁷⁶.

En efecto, ésta figura ha sido denominada como un tipo penal autónomo en relación con el delito de contrabando propio y el impropio, atendido a que se refiere a conductas en las cuales ha existido un ingreso legal al país, amparado por un documento, específicamente la Declaración de Ingreso, mediante la cual el destinatario de las mercancías las presenta a la Aduana y declara su descripción, cantidad, peso, valor, origen, procedencia, el régimen al que se someterán, entre otros, por lo tanto, no se produce la conducta de ingreso ilegal de mercancías al país, defraudando la hacienda pública mediante una subvaloración de la mercancía o el ocultamiento o no presentación de la misma¹⁷⁷. En razón de ello, éste comportamiento no tiene cabida en la definición de presunción que contempla el Código Civil¹⁷⁸, por no existir un hecho desconocido y además aquel que se pretendía presumir nunca existió¹⁷⁹.

A lo anterior, se agrega que el legislador ha dispuesto que el artículo 181 letra f) de la Ordenanza de Aduanas, se asimile al delito de contrabando en cuanto a la pena aplicable. La intensión que ésta conducta se contenga en los delitos aduaneros obedece a que se trata de actuaciones realizadas por el actor que implican controvertir las disposiciones asumidas en la solicitud de tramitación de la declaración de la destinación aduanera aludida, plasmada en los documentos pertinentes¹⁸⁰.

La disposición en revisión, contiene una descripción del tipo bastante amplia y al mismo tiempo compleja. Amplia, porque la misma contempla cinco verbos rectores

¹⁷⁶ RODRIGUEZ/OLIVER, op. cit. p.6.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p.7; RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp. 110 - 111; RIOS/GONZALEZ, op. cit. p. 294-295; RIOS, op. cit. p 149.

¹⁷⁸ D.F.L. N° 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre registro civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, ley de menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de mayo de 2000, artículo 47 inciso primero establece: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias desconocidas".

¹⁷⁹ RODRIGUEZ/OLIVER, loc. cit.; mismo sentido RODRIGUEZ/OSSANDON, loc. cit.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p.7; *Ibíd.*, p.112; RIOS, op. cit. p. 59.

para cometer el tipo penal, siendo estos, vender; disponer, ceder, utilizar o consumir y tres regímenes suspensivos a las que deberán estar necesariamente sometidas las mercancías para configurar el delito, cuales son: Admisión Temporal, Depósito y Almacén Particular. Compleja, porque su redacción contiene elementos técnicos asociados a las destinaciones aduaneras que abarca, por tanto su comprensión es difícil cuando no se manejan esos conceptos y se presta para interpretaciones que distorsionan la conducta típica, antijurídica y culpable que el legislador sanciona¹⁸¹.

En razón de esto, se distingue de la descripción de la conducta en estudio, la de quien vende, cede o dispone a cualquier título, utiliza o consume en forma industrial o comercial, mercancías sujetas al régimen suspensivo de Admisión Temporal y de Depósito –salvo las excepciones asociadas a procesos menores- sin haber cancelado en forma previa los derechos, impuestos y gravámenes a que se encuentran afectas o no haber retornado la mercancía a la potestad aduanera, antes de vencido el plazo de la franquicia, para el caso de la primera destinación señalada¹⁸².

Para el siguiente punto, nos interesa analizar la parte objetiva, la parte subjetiva, iter criminis y régimen de pena de la figura penal del que vende, cede o dispone a cualquier título, utiliza o consume en forma industrial o comercial mercancías sujetas al régimen suspensivo de Almacén Particular, sin haber cancelado en forma previa los derechos e impuestos que cause su importación.

¹⁸¹ *SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/MANUEL CAMARA GONZALEZ*, (2018), Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de enero de 2018, ROL CORTE: 4744-2017. El recurso de apelación deducido por la defensa del imputado Manuel Cámara, entre varios argumentos que sostuvo ante primera instancia y luego en su alegato en la Corte de Apelaciones señaló que el delito de contrabando de mercancías sujetas a Almacén Particular era inexistencia porque durante el régimen de Almacén Particular se había dispuesto las mercancías y durante ese mismo periodo, su representado había cancelado los tributos, por lo que esa conducta no era ilícita, atendido que expresamente el tipo penal establece la frase antes de vencido el plazo de la franquicia, lo que resulta ser una mezcla entre la descripción de la conducta del delito en estudio con aquella del contrabando de mercancías sujetas al régimen de Admisión Temporal.

¹⁸² RIOS, op. cit. pp.150–151.

2.2. Conducta, Bien Jurídico Protegido, Objeto Material, Fase Subjetiva, Iter Criminis y Régimen de Penalidad.

Con respecto a la parte objetiva del tipo penal de contrabando de mercancías sujetas al Régimen de Almacén Particular de Importación, la descripción de la conducta comprende cinco verbos rectores, que se definen en los términos que refiere la Real Academia¹⁸³, correspondiendo al primero de ellos a vender: *traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que se posee*, el segundo a disponer: *ejercer en algo facultades de dominio enajenarlo o gravarlo*, a continuación ceder: *dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho*, después consumir; *destruir, extinguir, utilizar otros bienes o gastar* y para finalizar, utilizar: *hacer algo que sirva para un fin o aprovecharse de algo*.

La conducta prohibida por la ley debe ser realizada mediante alguno de éstos verbos rectores, respecto de mercancías sujetas a Almacén Particular y ejecutarse en el tiempo previo al pago de los tributos que generan, sin importar si éste comportamiento ocurre durante la vigencia del régimen, es decir, dentro de los 90 días de plazo de depósito o con posterioridad a su vencimiento, estando la mercancía en presunción de abandono, ciertamente porque la calidad de extranjeras no varía en razón al cambio de *status* en el aspecto aduanero¹⁸⁴. Lo determinante es que se disponga a cualquier título, use o consuma mercancías extranjeras bajo Almacén Particular sin haber cancelado los tributos que las afectan, conducta que su consumación produce perjuicio en el erario fiscal¹⁸⁵.

¹⁸³ <<http://dle.rae.es>> [consulta: 4 de diciembre de 2018]

¹⁸⁴ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p.114; RODRIGUEZ/OLIVER, op. cit. p. 9; RIOS, op. cit. p. 151.

¹⁸⁵ C/ OSVALDO CAZANGA, PATRICIO DUCRET, NATALIO PELLERANO. *ES PARTE: EL FISCO*, (2010), Corte Suprema, 16 de junio de 2010, ROL CORTE 7996-2008, sentencia de reemplazo, considerando quinto: "En este sentido, tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen que la figura penal en cuestión consiste en el hecho de celebrar algún acto o contrato de disposición respecto de las mercancías y también el de consumirlas o usarlas comercial o industrialmente, sin haber consumado una destinación aduanera definitiva, lo cual implica en el caso de la importación el pago de los tributos correspondientes, configurándose el delito tanto cuando se enajena, usa o consume la especie durante el plazo de vigencia del régimen respectivo, como cuando se realiza con posterioridad a su vencimiento".

Cabe recordar que las mercancías ingresan al país de forma legal y habiendo sido objeto de una destinación aduanera, pero no definitiva, están habilitadas sólo para su depósito¹⁸⁶. El actor al suscribir el documento aduanero se compromete a tener depositadas las mercancías hasta su importación y para que su comportamiento sea en ese sentido, el legislador describe la conducta punible por un hacer, contemplando núcleos fácticos contrarios a esa actividad¹⁸⁷. Con todo, realizar un acto de disposición, uso o consumo sobre la citada mercancía no satisface el injusto, porque se trata de un delito de resultado, ergo, la descripción de la conducta exige la producción de un detrimento patrimonial, que lesiona el bien jurídico¹⁸⁸.

El objeto jurídico protegido por éste delito es sin lugar a dudas el Patrimonio Público. Como ya se ha dicho, el tipo penal del contrabando tiene un carácter pluriofensivo, sin embargo, en el caso que nos convoca, la realización de la conducta esta dirigida a causar un perjuicio que implica la afectación de la hacienda pública, aquello que resulta ser indispensable para el Estado, que utiliza con el objeto de suplir las necesidades del colectivo y que deben proporcionar los particulares mediante el pago de los tributos¹⁸⁹.

La introducción legal al país de mercancías para su consumo, genera gravámenes y derechos que, por la destinación aduanera de Almacén Particular, quedan suspendidos de pago, resulta ser un beneficio para el particular supeditado a los intereses económicos del Estado, por ello su resguardo.

Con respecto al sujeto activo, el comportamiento puede ser realizado por cualquier persona, pudiendo ser natural o jurídica, mientras sean los destinatarios de las mercancías, por cuanto su conducta típica requerirá tener un dominio sobre las mismas para disponer de ellas a cualquier título, consumirlas o utilizarlas. Pero, además se trata de un sujeto activo que puede actuar desde antes que las mercancías ingresan al

¹⁸⁶ RIOS, op. cit. p.151.

¹⁸⁷ POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. pp.172-173.

¹⁸⁸ GARRIDO, tomo II, op. cit. p. 16.

¹⁸⁹ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp. 74 - 75.

país, atendido que entrega la documentación para presentarlas a la Aduana y solicita la tramitación de la destinación aduanera de Almacén Particular, suscribiendo documentos que permiten su aceptación y habilitan el retiro de las especies desde recintos de depósito aduanero y ser trasladadas a los locales particulares de propiedad o en posesión del sujeto activo. Para la jurisprudencia, el sujeto activo al menos debe tener conocimiento y experiencia de las operaciones aduaneras o intervenir en la suscripción de los documentos para acceder a la destinación aduanera o dirigir la ejecución de éstos tramites de comercio exterior o realizar actos propios que tengan por objeto la disposición, el consumo o utilización, u ordenarlos¹⁹⁰.

Corresponde indicar, que la tramitación de la declaración de Almacén Particular por regla general la efectúa un Agente de Aduanas mandatado por el dueño, consignante o consignatario del envío, en atención a que se trata de operaciones que superan los US\$ 1.000¹⁹¹, en el caso particular, sobre los US\$ 10.000 considerando las excepciones referidas en el capítulo anterior¹⁹² y esta labor la realiza sobre la base de la documentación que le proporciona el mandante, exigida por el Servicio Nacional de Aduanas para aceptar a trámite la citada destinación¹⁹³.

¹⁹⁰ *MARIO ANTONIO OSORIO RC/MARIO ANTONIO OSORIO R*, (2015), Décimo Tribunal de Garantía de Santiago, 10 de julio de 2015, RUC: 1200315674-3, RIT: 2443-2013, considerando décimo tercero de la sentencia definitiva.

¹⁹¹ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, capítulo tercero, numeral octavo, acápite ocho punto cuatro y ocho punto cinco. Este último dispone: “No se requerirá la intervención de despachador en los siguientes casos: 6) Las mercancías, calificadas por el Director como de despacho especial o sin carácter comercial, respecto de las destinaciones que se señalan: letra c) Importación de mercancías cuyo valor FOB facturado no exceda de US \$ 1.000. En caso que el manifiesto ampare más de un conocimiento de embarque, guía aérea o documento que haga sus veces, para un mismo consignatario, éstos no podrán exceder en conjunto la cantidad antes señalada.

¹⁹² *Supra*, capítulo primero, apartado 1.2., subapartado 1.2.2.

¹⁹³ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 78 inciso primero establece: “Será responsabilidad de los despachadores de Aduana confeccionar las declaraciones con estricta sujeción a los documentos mencionados en el artículo precedente, debiendo requerir la presentación de éstos a sus mandantes. Por lo tanto, el llenado de las declaraciones deberá corresponder al contenido de los documentos que le sirvan de base. Responderán también del cumplimiento de las exigencias de visación, control y, en general, de la observancia de las normas de comercio exterior que emanen del Servicio de Aduanas o de otros organismos que tengan participación en el control sobre el comercio exterior del país. (...)”

Los antecedentes utilizados para la confección de la declaración, permiten a la Aduana tener certeza de la mercancía que se presenta, determinar su trazabilidad, las franquicias a las que accederán, la aplicación de derechos, tasas, gravámenes, entre otros y corresponden a documentos de transporte, facturas, notas de gastos no incluidos en esta última, lista de empaque, seguros, certificado de flete, declaración de origen, visaciones, papeleta de recepción, otros más y especialmente, antecedentes suscritos por el mandante como la Declaración Jurada del Valor y sus elementos y Declaración Jurada Simple de Almacén Particular¹⁹⁴.

Interesa señalar, que el documento denominado Declaración Jurada Simple de Almacén Particular¹⁹⁵ resulta particularmente importante toda vez que la misma refiere al conocimiento expreso de la comisión del delito de contrabando del artículo 168 y del artículo 181, ambos de la Ordenanza de Aduanas, por tanto su suscripción por el mandante puede ser considerada durante las etapas del Proceso Penal, por lo menos como un indicio de la responsabilidad penal¹⁹⁶. Cabe destacar que si bien el mandante

¹⁹⁴ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, capítulo tercero, numeral décimo.

¹⁹⁵ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300, 2006, Anexo 83, Declaración Jurada simple Almacén particular, dispone lo siguiente: “Yo C.I. o RUT N°, en mi calidad de Representante Legal de la Empresa, declara responsablemente que nuestra Bodega ubicada en , comuna de, reúne las condiciones de capacidad de seguridad para el debido depósito y resguardo de las mercancías a que se refiere el Conocimiento de Embarque o documento que lo sustituya N° de fecha del Puerto de Embarque y que serán depositadas bajo el régimen de Almacén Particular de Importación. También declara bajo juramento que los datos contenidos en la presente declaración son exactos y fidedignos asumiendo la responsabilidad por ella. Asimismo, declara conocer las disposiciones de los artículos 168° y 181° de la Ordenanza de Aduanas.

Además, declara bajo juramento que las mercancías correspondientes a la presente Declaración de Almacén Particular, salvo en el caso de graneles líquidos, sólidos o gaseosos, estarán perfectamente identificadas para distinguirlas de otras en el depósito.

Asimismo, declara que dará a los funcionarios del Servicio de Aduanas que fiscalicen el recinto del Almacén Particular, todas las facilidades y apoyo necesarios para el cumplimiento de su cometido, manteniendo para tal efecto un inventario de las mercancías ingresadas al recinto de depósito y los antecedentes documentales de ingreso y salida de las mismas, sin perjuicio de exhibir toda la documentación contable necesaria para permitir una adecuada fiscalización.
FIRMA.

Nota: Se adjunta mapa o croquis sobre la dirección del Almacén Particular, cuando corresponda.”

¹⁹⁶ *MARIO ANTONIO OSORIO RC/MARIO ANTONIO OSORIO R*, (2015), Décimo Tribunal de Garantía de Santiago, 10 de julio de 2015, RUC: 1200315674-3, RIT: 2443-2013, sentencia definitiva, considerando décimo tercero.

es el autor del delito, también podría existir coautoría con el Agente de Aduana, sin perjuicio de otras formas de participación de este último¹⁹⁷.

Con respecto al objeto material del delito, se trata de mercancías de lícito comercio, es decir, especies que pueden traspasar las fronteras de manera libre, haciendo presente que igualmente podrán requerir de algún visto bueno o certificación, las cuales ingresan de forma legítima al territorio nacional amparadas por la destinación aduanera de Almacén Particular¹⁹⁸ y tienen la calidad de extranjeras, porque de otra manera no podrían ser susceptibles de importación, que conlleva su libre disposición. Se hace presente que en el capítulo anterior, se señalaron aquellas mercancías que por expresa disposición de la normativa aduanera no son susceptibles del régimen de Almacén Particular¹⁹⁹.

El actuar del sujeto es con dolo, porque sabe que los tributos a las que están afectas las mercancías no están cancelados y no puede menos que saberlo, por la naturaleza que reviste el Almacén Particular, un régimen suspensivo de derechos al que se encuentran sujetas las especies. Además, sabe que debían mantenerse depositadas hasta su importación, porque a ello se obliga al consumir la destinación aduanera aludida. Por lo anterior, se puede sostener que el actor conoce el hecho que integra el tipo y cumple con el elemento volitivo al realizar la conducta prohibida por la ley²⁰⁰. Respecto a determinar la clase de dolo con que actúa el actor, se reitera la postura señalada en el contrabando impropio con la salvedad que en el caso particular, el comportamiento no podría ser ejecutado con dolo eventual, porque la producción del perjuicio es una consecuencia necesaria y no *meramente posible*²⁰¹.

¹⁹⁷ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp.220–221. Si bien, los autores tratan el tema respecto del delito de Declaración Maliciosa, lo indicado puede presentarse en los delitos de contrabando donde se suscribe una Declaración de Ingreso.

¹⁹⁸ La destinación de Almacén Particular también puede amparar mercancías de importación prohibida como en el caso de los vehículos usados que ingresan al país mediante la utilización de alguna franquicia como lo es el artículo 35 de la ley N° 13.039, por el artículo 6 de la ley N° 17.238 o en conformidad al decreto N° 403, de Relaciones Exteriores, de 1968.

¹⁹⁹ Ver Supra, capítulo primero, apartado 1.2., subapartado 1.2.2.

²⁰⁰ POLITOF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. pp.270 – 271.

²⁰¹ *Ibíd.*, pp.275–278.

En relación al iter criminis, adherimos al planteamiento de los autores RODRIGUEZ/OSSANDON, en cuanto que no procede la aplicación de la regla establecida en el inciso quinto del artículo 178 de la Ordenanza para el delito en análisis, en razón a las propias características de su desarrollo²⁰². En efecto, al tratar el aumento de pena que implica sancionar los delitos como consumados estando en etapa de tentativa, se indicó que ello procedía en parte por el momento en que se descubre el delito de contrabando, al ingreso o salida de las mercancías y la dificultad de sancionarlo una vez que estaba perfeccionado, habiendo las mercancías traspasado las barreras de control de Aduana su persecución penal era compleja²⁰³.

Lo que ocurre en el delito de contrabando de mercancías sujetas a Almacén Particular, como ya se ha señalado, es que el ingreso de las mercancías extranjeras es legal, amparado por una declaración que establece su destinación aduanera, por tanto, las etapas de desarrollo del delito no se asocian a una entrada irregular sino a la realización de una determinada actividad²⁰⁴.

Es posible que el hecho de ingresar las mercancías legalmente al país por medio de la tramitación de la destinación de Almacén Particular, por aceptar aquello para lo que es autorizado y no cumplirlo –el depósito de mercancías sin pago de tributos y cancelar el régimen en forma definitiva en el plazo de vigencia- pueda confundirse con el momento en que se consuma el delito, pero ello no es así, porque el comportamiento delictual es la venta, cesión, disposición a cualquier título, utilización y consumo de las mercancías bajo el régimen suspensivo, que puede ocurrir con posterioridad a la tramitación de la destinación, pero siendo un delito de resultado, será esa la instancia en la que se perjudique la hacienda pública, al perfeccionarse el tipo penal²⁰⁵.

Por tratarse de un delito que en la mayoría de los casos se conoce su comisión durante el proceso de fiscalización que efectúa el Servicio Nacional de Aduanas, se encontrará siempre consumado, resultando casi imposible advertir cuando comienza la

²⁰² RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. pp.126 - 127.

²⁰³ OSSANDON, op. cit. pp.207–208.

²⁰⁴ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p103.

²⁰⁵ *Ibíd.*, p.114.

etapa de ejecución del delito, porque los actos propios que en ese sentido realice el actor, están fuera de la esfera de control de Aduana y difícilmente el Servicio accederá a ese conocimiento²⁰⁶.

En efecto, podría ocurrir que el actor dispusiera de las mercancías antes de que llegaran al país o al encontrarse en los recintos de depósito aduanero y con la legalización de la declaración de Almacén Particular de Importación, consumarse el delito de contrabando y retiradas las especies de la Aduana desaparecer, porque las mercancías nunca estuvieron destinadas a su depósito. Los autores RODRIGUEZ/OSSANDON se refieren a estos casos donde la conducta es inicialmente engañosa, configurará el tipo penal del artículo 181 letra d) de la Ordenanza, concurriendo este y no otro delito, interpretación a la que no adherimos porque el citado artículo se refiere a un comportamiento que produce liberación o reducción de derechos, configuración que en el artículo 181 letra f) de la Ordenanza no ocurre aunque la conducta defraudatoria sea al principio o posterior a la tramitación de la destinación aduanera, porque es parte del régimen de Almacén Particular que se retiren las mercancías de la Aduana sin pago de tributos²⁰⁷.

Si bien es cierto que por expresa disposición de la ley las mercancías amparadas por este régimen se encuentran bajo la supervigilancia de Aduana mientras no se paguen los tributos para quedar libres de disposición²⁰⁸, también es preciso recordar que las especies se encuentren depositadas en locales de propiedad de los particulares, por lo que la configuración del delito se podrá acreditar por la documentación que se obtenga durante las fiscalizaciones en esos lugares²⁰⁹, accediendo a información que contenga la fecha de disposición, venta o cesión, tales como facturas, o guías de despacho, órdenes de compra o también mediante antecedentes proporcionados por la empresa como balances de inventarios,

²⁰⁶ MARIO ANTONIO OSORIO RC/MARIO ANTONIO OSORIO R, (2015), Décimo Tribunal de Garantía de Santiago, 10 de julio de 2015, RUC: 1200315674-3, RIT: 2443-2013, sentencia definitiva considerando undécimo.

²⁰⁷ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit pp.118–119; OSSANDON, op. cit. pp.203-204.

²⁰⁸ D.F.L. N° 30 de 2004, artículo 110.

²⁰⁹ D.F.L. N 329 de 1979, artículo 22 y 23 contemplan las facultades de fiscalización del Servicio Nacional de Aduanas.

contabilidad, que de cuenta del consumo o la utilización comercial o industrial de las mercancías.

En ocasiones, la mercancía nunca es habida pudiendo deberse a distintas razones como cambios de domicilios del Almacén Particular no informados al Servicio, desaparición de las empresas, casos en los cuales los funcionarios de Aduanas suscriben un acta de fiscalización en la que constatan que revisados los sistemas de aduana para determinar la cancelación de las Declaraciones de Almacén Particular de Importación, estando pendientes del pago de los tributos y al verificar su existencia, no se encuentran en el domicilio indicado u otros obtenidos durante el proceso, determinando la disposición de las mercancías extranjeras sujetas al citado régimen.

Por último, se puede indicar que este delito se clasifica en un delito de acción, doloso, delito compuesto, de hipótesis múltiples, material o de ocurrencia de un resultado²¹⁰, instantáneo, de lesión²¹¹.

Para terminar, el régimen de penalidad del delito de contrabando de mercancías sujetas a Almacén Particular de Importación, se asimila al artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas, aplicando las penas de presidio, pecuniarias y demás reglas estipuladas en él, destacando que en la práctica procesal penal del delito en estudio, la atenuante contemplada en el inciso final de la citada disposición, el pago de los tributos con posterioridad a la fiscalización, es la más recurrente²¹². A lo anterior, se debe considerar además lo dispuesto por el artículo 109 inciso final del texto legal que refiere que las penas, según sea el caso, podrán ser aumentadas al doble²¹³.

²¹⁰ GARRIDO, op. cit. tomo II, pp.69–70.

²¹¹ BULLEMORE y MACKINNON, op. cit. tomo II, p.20.

²¹² *SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/MANUEL CAMARA GONZALEZ*, (2015), Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC: 1510015591-2, RIT: 4293-2015; *JORGE CARLOS SEGALL G/ RODRIGO ALEJANDRO VALLARINO L*, (2013), Primer Tribunal de Garantía de Santiago, RUC: 1610002457-1, RIT: 306-2016.

²¹³ Ley N° 19.479, Introduce modificaciones a la Ordenanza de Aduanas y a la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, dicta normas sobre gestión y personal de dicho servicio y sustituye su planta de personal, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 21 de noviembre de 1996, establece en su artículo 1 numeral 5 modifícase el artículo 87 en los siguientes términos: “letra b) Agréganse los siguientes incisos, tercero y cuarto, nuevos: (...)”

Compartimos con el autor RIOS que esta última frase agrava la pena en abstracto del delito y se trata de una facultad privativa de los Tribunales de Justicia utilizarla²¹⁴, sin embargo, al aplicar las reglas de determinación de pena, considerando que la sanción del delito de contrabando parte en presidio menor en su grado mínimo a medio, es decir, 61 días a 3 años y la multa se extiende de 1 a 5 veces el valor aduanero de la mercancía, resulta excesivo este aumento al doble y no ajustado al principio de lesividad y proporcionalidad²¹⁵. Cabe hacer presente que en los últimos años, el legislador ha agravado la pena del contrabando, aumentando en un grado la de presidio, para el caso de la reincidencia y aplicando esta pena de presidio agravada conjuntamente con la de multa, en razón al tipo de mercancía que se encuentra sujeta a impuesto específico o adicional, casos en los cuales la defraudación es mayor.

2.2.1. Conflicto suscitado. Implicancias del Perjuicio.

El delito de contrabando de mercancías sujetas al régimen suspensivo de Almacén Particular de Importación, es un delito de resultado, la realización de la descripción de la conducta, vender, ceder, disponer a cualquier título, consumir o utilizar en forma industrial o comercial mercancía extranjera ingresada al amparo de ese régimen sin

“En el caso de las infracciones cometidas en el uso u obtención de los beneficios establecidos en este artículo tales como el fraude aduanero o la estafa, serán aplicables las sanciones, penas, multas y presunciones establecidas en los artículos 184 y 187 de esta ley las que, según sea el caso, podrán ser aumentadas al doble.” Cabe señalar, que la norma modificada se contenía en el artículo 87 del D.F.L. N° 30 del año 1982, mediante el D.F.L. N° 1, Reemplaza título preliminar y libro II de la Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1997, paso a tomar el lugar del artículo 115 de la Ordenanza de Aduanas, por el D.F.L. N° 2 de 1998 es el artículo 108 y en la actualidad por el D.F.L. N° 30 de 2004, es el artículo 109.

²¹⁴ RIOS, op. cit. pp.152–153.

²¹⁵ Historia de la Ley N° 19.479, Moderniza el Servicio Nacional de Aduanas, en el proyecto de ley no se contemplaba el inciso 4, que refiere al aumento de las penas al doble, esta indicación aparece en el 2.Segundo Trámite Constitucional del Senado, 2.5 boletín de indicaciones, indicación N° 20, por el Presidente de la República, que corresponde al artículo 1 numeral 5, letra b), página 130, 155, 198, 213, 238, sin agregar un fundamento a su incorporación. 1 de julio de 1996.

haber cancelado en forma previa los tributos a las que se encuentran afectas, importa el menoscabo del patrimonio público²¹⁶.

Por su parte, el delito de resultado requiere que la realización de la conducta típica esté seguida por un efecto, sea causadora de éste, separable de ella y ulterior a ella²¹⁷. Y al igual como lo sostiene OSSANDON en el contrabando impropio, en el tipo penal en estudio, la disminución en la percepción de los tributos ocurre al mismo tiempo que la ejecución del comportamiento contrario a la ley²¹⁸.

Perfeccionada la conducta punible, el perjuicio esta ocasionado al fisco y en la generalidad de los casos, se verifica esta situación mediante la revisión que efectúa Aduana del recinto de depósito, luego se ejercita la acción penal pública previa instancia particular, con la denuncia o la interposición de la querrela por el citado delito de contrabando y comienza la tramitación procesal de la causa. En la práctica, además puede suceder que el actor pague los tributos defraudados, antes de la fiscalización o después de ella, distinción que no es etérea, porque esta circunstancia podrá ser muy calificada o asimilarse a la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, respectivamente.

El conflicto suscitado se ha presentado con respecto a esta última materia. Ante los Jueces de Garantía ha resonado la alegación promovida por las distintas defensas de los imputados por éste contrabando, en orden a señalar que pagados los tributos que aquejaban a las mercancías para su importación, inclusive dentro del plazo de vigencia del Almacén Particular, desde luego que con posterioridad a su disposición, no habría perjuicio para el fisco, levantando la idea que el supuesto de hecho no sería constitutivo del delito de contrabando²¹⁹.

²¹⁶ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p 114; RIOS, op. cit. p.151; BALMACEDA, op. cit. p.75.

²¹⁷ MIR, op. cit. p.229; en el mismo sentido OSSANDON, op. cit. p. 198

²¹⁸ OSSANDON, op. cit., p. 198.

²¹⁹ *SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/MANUEL CAMARA GONZALEZ, (2018): Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, ROL CORTE: 4447-2017, escrito de Recurso de apelación.*

Si bien las alegaciones plantearon el asunto someramente, la idea no fue ajena para algunos jueces²²⁰ o inclusive para Ministros de la Corte de Apelaciones, dictaminando que se trataba de una cuestión de fondo que debía ser discutida en juicio oral, etapa procesal a la que no se accedió porque el procedimiento quedó suspendido condicionalmente²²¹, pero, a nuestro entender la Ilustrísima Corte podría haber resuelto derechamente la alegación de la defensa, señalando que el pago posterior de los tributos es una atenuante de responsabilidad penal, dispuesta en forma expresa por el Legislador, lo que no ocurrió.

En este contexto, la pregunta fue ¿que implicancias tenía el perjuicio en el delito de contrabando?, ¿porqué de alguna forma dejaba de ser determinante y se cuestionaba la ocurrencia del tipo penal, si se pagaban los tributos adeudados?.

Respecto a la definición del perjuicio, compartimos la dada por el autor ROJAS, quien señala comprender el perjuicio Patrimonial en razón del concepto de patrimonio que se tenga en vista, en este caso, asociado al delito de contrabando, el perjuicio son derechos respectivos, impuestos y otros gravámenes que afectaban a la operación de importación dejados de percibir por el fisco, el daño al Patrimonio Público²²², resultado de la conducta de disposición, consumo o utilización en forma comercial o industrial de las mercancías²²³.

En este punto, mediante este trabajo se adquirió la claridad, que el delito de contrabando de mercancías sujetas al régimen suspensivo de derechos de Almacén

²²⁰ JORGE CARLOS SEGALL G/ RODRIGO ALEJANDRO VALLARINO L, (2016): Primer Tribunal de Garantía de Santiago, RUC: 1610002457-1, RIT: 306-2016. En audiencia de Juicio Oral, se instó a que las partes arribaran a una suspensión condicional del procedimiento, considerando la circunstancia que los tributos estuviesen pagados con posterioridad a la fiscalización, prosperando la salida alternativa referida.

²²¹ SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/MANUEL CAMARA GONZALEZ, (2018): Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC: 1510015591-2, RIT: 4293-2015.

²²² ROJAS, Luis Emilio, Perjuicio patrimonial e imputación objetiva, [en línea], *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (XXXVII): 415-434, 2011. <<https://scielo.conicyt.cl>> [consulta 14 de diciembre de 2018] El autor señala que “el concepto de perjuicio patrimonial deriva de la teoría del patrimonio. Es decir, lo que se entiende por perjuicio patrimonial depende del concepto de patrimonio que se siga”.

²²³ POLITOF. MATUS y RAMIREZ, op. cit. p.174.

Particular es un delito de resultado y que en la premisa que la descripción de la conducta punible exija la producción del perjuicio para perfeccionarse, teniendo presente además que, como se trató en el elemento subjetivo en este trabajo, el actuar del sujeto es con dolo que necesariamente considera el perjuicio al Patrimonio Público, por tanto permite acercarse a la pretensión que clasifica al perjuicio en un elemento del tipo²²⁴.

Considerar el perjuicio como un elemento del tipo, es la postura dominante en España al tratar el delito fiscal, en tanto que otra rama de autores sostiene la hipótesis que el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad. En este sentido, la doctrina comparada señala que la ubicación del perjuicio en uno u otro lugar tiene relevancia en distintos ámbitos. Se indica que si se lo considera como un elemento del tipo, será punible la ejecución del delito tentado y frustrado. Además, en este supuesto, el alcance del dolo es sobre todos los elementos de la faz objetiva y será forzoso que abarque el resultado de la conducta punible, lo que implica no sólo conocer la posibilidad del daño al patrimonio fiscal sino quererlo. De éste rol se sostiene que delimita las consecuencias del error, pues si la ley lo exige en dicha ubicación, el error invencible sobre el perjuicio excluirá el dolo y consecuentemente el tipo penal. Al finalizar el planteamiento doctrinal, se señala la coherencia que tiene que el perjuicio constituya un elemento del tipo en relación al objeto jurídico que resguarda la disposición, por cuanto la afectación al patrimonio fiscal proviene de los derechos y tributos dejados de percibir con la realización del comportamiento punible, por tanto resulta sin sentido que no se incluya el perjuicio en la descripción del delito²²⁵.

Por lo anterior, los detractores de la postura que plantea el perjuicio como una condición objetiva de punibilidad restándolo de la estructura del delito, al referirse a cada uno de los puntos expresados en el párrafo precedente, señalan que si fuera esa su ubicación correcta, no podría castigarse el delito imperfecto, el dolo no necesariamente tendría que abarcar el perjuicio y podría entenderse que ya no se trata

²²⁴ ORTIZ, Quiroga Luis. *Sobre el perjuicio en el delito tributario*. En: Rodríguez Collao Luis (coordinador), *Delito, pena y proceso*. Libro homenaje a la memoria del Prof. Tito Solari Peralta, primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 483-484.

²²⁵ *Ibíd.*, pp. 481-482.

de un delito de resultado, el error que recayere en esta condición no tendría efectos en razón del significado que revisten y por último, el perjuicio no se relacionaría con el bien jurídico sino con otros fundamentos²²⁶.

La doctrina Chilena, del mismo modo ha traído a colación este debate, para sostener que en nuestro país existen argumentos para calificar al perjuicio como un elemento del tipo y rechazar la afirmación que lo reputa como una condición objetiva de punibilidad. En efecto, referido al análisis de algunos delitos tributarios, el autor ORTIZ comparte que, la descripción del comportamiento sancionable en el delito tributario es un delito de resultado y que el perjuicio es un elemento del tipo al ser incuestionable la relación de causalidad entre la conducta y el daño al erario fiscal y el dolo del actor que obligatoriamente lo comprende. Ello se complementa con que el objeto jurídico protegido, que no puede ser otro que el Patrimonio fiscal, afectado de manera directa con la no percepción de los tributos devengados que le pertenecen²²⁷.

Huelga señalar que, de la opinión minoritaria de los autores que manifiestan catalogar el perjuicio como una condición objetiva de punibilidad, destaca el fundamento del autor Enrique BACIGALUPO, en razón a una norma del Código Penal Español que establece un límite pecuniario al perjuicio fiscal para sancionar el delito. En términos generales plantea, que si la conducta es típica, antijurídica y culpable y la punibilidad del delito se asocia al monto del perjuicio, se trata de un elemento que no formaría parte de la estructura del tipo penal, atendido que podría o no concurrir, pero esta misma particularidad determinaría su naturaleza castigadora, por lo que se concibe como una condición objetiva de punibilidad. Esta postura no es aplicable a nuestra legislación, tanto los delitos tributarios como el delito de contrabando no establecen un monto de lo defraudado para aplicar la pena²²⁸.

²²⁶ ORTIZ, loc. cit.

²²⁷ ORTIZ, op. cit. p.484.

²²⁸ *Ibíd.* pp.484 y 486.

Se destaca que, respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, el autor ROXIN²²⁹ postula que existe un entendimiento errado al sostener que la concurrencia de ellas o su falta, sea irrelevante, porque no afectarían la culpabilidad y la responsabilidad del actor, si se tiene presente la existencia de presupuestos de responsabilidad más allá de esta.

Queda por señalar que el autor ORTIZ finaliza su exposición sosteniendo que el perjuicio no califica como una condición objetiva de punibilidad en razón a las exigencias dogmáticas propias de esta institución y agrega que el Código Tributario contiene una disposición que establece que el pago de los tributos constituye una atenuante de responsabilidad penal, aludiendo a una voluntad expresa del legislador en orden entender que la falta de perjuicio no exime la pena, sino que afecta la responsabilidad penal rebajándola²³⁰.

Esta disposición es a todas luces coincidente con la parte final del artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas, por lo que sumado a todo lo dicho anteriormente, refuerza la postura que en el delito de contrabando que nos convoca, el perjuicio debe ser considerado como un elemento del tipo.

Los autores nacionales que han trabajado el delito aduanero por antonomasia no han estado al margen de este planteamiento, no adscribiéndose a la postura que el perjuicio sea un elemento del tipo en el delito de contrabando, por distintas razones, siendo el argumento principal que el tratamiento del delito de contrabando en su configuración propio e impropio, protege más de un bien jurídico y no resulta ser de exclusivo resguardo del patrimonio público²³¹. Por cierto que ello es así, sin embargo el tipo penal en análisis, como también se ha expuesto, es un delito autónomo cuya estructura se distancia del contrabando impropio, no obstante en ambos casos, es

²²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito.*, traducido por Luzón Peña, Diego-Manuel; Díaz y García Conllevo, Miguel; de Vicente Remesal, Javier, Madrid, Civitas Ediciones, S. L., 1997. Tomo I, p. 980.

²³⁰ ORTIZ, op. cit. pp. 490-491 al citar el artículo 111 inciso 1° del Código Tributario.

²³¹ RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p 29.

determinante que su comisión conlleva el daño a la hacienda pública y en ese sentido, cobra importancia que el dolo del sujeto no puede sino abarcar el perjuicio.

Es destacable que la Excm. Corte Suprema ha manifestado adherirse a este planteamiento evocando en Sentencias que el perjuicio es un elemento del tipo del contrabando y reviste vital importancia, que lo ha señalado en forma expresa en el delito que nos convoca²³².

²³² *C/CARMEN WEITZEL REYES ES PARTE EL FISCO*, (2010): Corte Suprema, 18 de marzo de 2010, ROL CORTE: 8121-2008, El fallo se dicta en causa por delito de contrabando de disposición de mercancías bajo régimen de Almacén Particular sin pago de tributos. En lo pertinente, la defensa plantea que la importación de las especies estaría exenta del pago de tributos por acogerse al Tratado de Libre Comercio Chile – Canadá, respecto de lo cual los Supremos refieren que no explica los medios probatorios con los que tendría por acreditado ello ni las reglas regulatorias de prueba que vulneraron los jueces de fondo, señalando en el párrafo final: “También incumbe exponer que, tal como se resolvió por este máximo tribunal en el proceso N° 2420-08, la estipulación de una supresión total de algunos aranceles aduaneros, supone determinar el grado de progresión en el tiempo de la misma, según la naturaleza del producto o mercancía sobre el cual recae la importación, amén del cumplimiento de ciertas prescripciones y exigencias contenidas en el instrumento internacional, cuestiones que, sin perjuicio de no acarrear necesariamente una liberación del pago de todo tipo de derecho aduanero, por cierto deben estar suficientemente demostradas en la controversia, sin que baste para eliminar o descartar la concurrencia de un elemento normativo del tipo, como lo es el arancel aduanero, la simple alegación del asesor profesional promovida de un modo inespecífico, exclusivamente en el alegato realizado en estrados.”, considerando octavo de la sentencia que rechaza el Recurso de Casación en el fondo. Asimismo, RODRIGUEZ/OSSANDON, op. cit. p 98, cita 111: Al referirse al fraude aduanero sostiene que “en su antigua redacción también había sido considerado como un delito de resultado, porque “desde que el fraude aduanero está concebido como una elusión o frustración de las disposiciones aduaneras, es evidente que el perjuicio fiscal forma parte del tipo penal, porque es la consecuencia inmediata e inescindible de tal elusión o frustración”, SCS de 5 de noviembre de 1996, considerando tercero de la sentencia de reemplazo.

Conclusión

En esta labor, se ha revisado el delito de contrabando de mercancías sujetas al Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular de Importación, lo que conlleva revisar el delito de contrabando, el cual parte de la premisa de un ingreso o salida del territorio nacional o desde un régimen de tratamiento tributario preferencial, de mercancías, en forma ilegal, supuestos que constituyen el punto de partida de casi la totalidad de los tipos penales de contrabando, salvo el que ha sido objeto de estudio, junto a los dispuestos en el artículo 181 letras e) y g) de la Ordenanza de Aduanas.

En este contexto, se advierte la complejidad de analizar un tipo penal que se refiere a un ingreso legal de mercancías, que su denominación penal aludía a otro delito, fraude aduanero, cuestionado en cuanto a su continuidad, que además su terminología, presunciones, está señalada como contraria a principios fundamentales del debido proceso, que adicionalmente su régimen de penalidad se adscribe al delito de contrabando y que su redacción abarca la realización de procesos que son parte de una normativa Aduanera más específica.

Por lo anterior, fue necesario examinar el delito de contrabando, revisando su tratamiento normativo, los tipos penales que comprende, las modificaciones a las que se ha visto sujeto en la descripción de la conducta punible como de su sanción, las distintas reglas para determinar la pena y el conocimiento de las diversas instituciones de Aduana que confluyen, para abordar el tipo penal de Régimen Suspensivo de Derechos de Almacén Particular de Importación y arribar a conclusiones sobre el mismo.

El análisis particular del delito objeto de estudio, se generó por su cuestionamiento a nivel procesal, específicamente respecto al perjuicio y sus implicancias en la dogmática penal.

A nuestro entender, el desarrollo del delito permite concluir que el perjuicio es un elemento del tipo penal y no una condición objetiva de punibilidad, por tratarse de un

delito de resultado, cuya descripción de la conducta punible exige la producción del perjuicio para perfeccionarse, donde el dolo del sujeto considera necesariamente el daño al Patrimonio Público, por tanto, en ese contexto, el pago posterior de los tributos ocasionados no conduce a excluir el tipo, sino a tener por configurada una circunstancia que atenúa la responsabilidad penal y los jueces deben apreciarlo de esa forma.

Corresponde señalar, que el análisis del delito de contrabando de mercancías sujetas al Régimen Suspensivo de Almacén Particular de Importación, resulta necesario para elevar la importancia de discutir a nivel doctrinal la calificación del perjuicio como un elemento del tipo en el citado delito, lo que es de suma relevancia para los operadores jurídicos y también para las personas que participan en el tráfico internacional de mercancías.

Bibliografía

1. BALMACEDA, Hoyos Gustavo. *Delito de contrabando*. 1° edición. Santiago, Ediciones librotecnia, 2017.
2. BULLEMORE Gallardo, Vivian R y MACKINNOR Roerhrs, John R. *Curso de Derecho penal, Parte General*. 2° edición. Santiago, Editorial LegalPublishing, 2007. Tomo I.
3. CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 7° edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
4. ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*. 3° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018. Tomo I y II.
5. GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. 4° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo I y II.
6. GUZMAN Dálbora, José Luis. *Contrabando y Fraude Aduanero*. 1° edición, Valparaíso, Ediciones Edeval, 1998.
7. HORVITZ Lennon, María Inés. "Problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en los delitos aduaneros", en *Revista de Estudios de la Justicia*, (3): 119-130, año 2003.
8. HORVITZ Lennon, María Inés y LOPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. 1° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017. Parte I.
9. MATURANA Miquel, Cristian y MONTERO López, Raúl. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1° edición. Santiago, AbeledoPerrot. legalpublishing, 2010. Tomo I.
10. MIR Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 9° edición. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011.
11. MUÑOZ Horment, Humberto. Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos. [en línea]. *Revista Chilena de Derecho*. 1986, N° 13. <<https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14419>>, [Consulta 25 de septiembre 2018].
12. NAQUIRA, Riveros Jaime. Autoria Mediata y Tentativa. *Revista de Derecho de a Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXVI): 125-132, 2005.
13. OLIVER, Calderón Guillermo. *Retroactividad e Irretroactividad de las Leyes Penales*. 1° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

14. ORTIZ, Quiroga Luis. *Sobre el perjuicio en el delito tributario*. En: Rodríguez Collao Luis (coordinador), *Delito, pena y proceso*. Libro homenaje a la memoria del Prof. Tito Solari Peralta. 1° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 57 – 116.
15. OSSANDON Widow, María Magdalena. El iter criminis en el delito de contrabando, *Revista de Estudios de la Justicia*, (12): 192-193, año 2010.
16. POLITOFF Lifschitz, Sergio; MATUS Acuña, Jean Pierre y RAMIREZ G. Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
17. RIOS Álvarez Rodrigo. *Delito de contrabando*. 1° edición. Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrea, 2016.
18. RIOS Álvarez, Rodrigo y GONZALEZ Holmes, Rodrigo. *Manual de Derecho Aduanero*. 1° edición, Santiago, LegalPublishing Chile, 2014.
19. RODRIGUEZ Collao, Luis y OLIVER Calderón, Guillermo. *Algunos aspectos penales y procesales penales de la Ordenanza de Aduanas. Informe en Derecho* (N°3), 2009.
20. RODRIGUEZ Collao, Luis y OSSANDON Widow, María Magdalena. *Delitos aduaneros*. 1° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
21. ROJAS, Luis Emilio. Perjuicio Patrimonial e Imputación Objetiva. [en línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (XXXVII): 415-434, 2011. <<https://scielo.conicyt.cl>> [consulta 14 de diciembre de 2018].
22. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito.*, traducido por Luzón Peña, Diego-Manuel; Díaz y García Conllevo, Miguel; de Vicente Remesal, Javier, Madrid, Civitas Ediciones, S. L., 1997. Tomo I.
23. YUSSEF Sotomayor, Gonzalo. *La Prescripción Penal*. 3° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
24. <www.aduana.cl/pasavante-de-vehiculos-de-zona-franca/aduana/2008-10-10/120327.html> [consulta: 16 abril 2018];
25. < <https://www.aduana.cl/articulo-35-ley-n-13-039-d-o-24-09-58/aduana/2011-08-25/154316.html>> [consulta: 16 abril 2018];
26. < [//www.aduana.cl/pago-diferido-de-derechos-de-aduana/aduana/2007-02-28/161329.html](http://www.aduana.cl/pago-diferido-de-derechos-de-aduana/aduana/2007-02-28/161329.html)> [consulta: 7 noviembre 2018];
<https://www.aduana.cl/importaciones-de-productos/aduana/2007-02-28/161116.html#vtxt_cuerpo_T5>[consulta: 7 de noviembre 2018]
- 27.http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/impuestos/impuestos_indirectos.htm> [consulta: 7 de noviembre 2018]

28. <http://dle.rae.es>> [consulta: 4 de diciembre de 2018]

Listado Normativo.

29. Decreto N° 403, Reglamento para las importaciones de los funcionarios administrativos y técnicos de las misiones diplomáticas y representantes consulares de carrera acreditadas ante el gobierno de Chile, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 3 de octubre de 1968.

30. Decreto N° 1355 del Ministerio de Hacienda, fija reglamentos de Zonas y Depósitos Franco, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de noviembre de 1975.

31. Decreto N° 400, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798 sobre control de armas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de abril de 1978.

32. Decreto Ley N° 3.557 establece disposiciones sobre protección agrícola, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de febrero de 1982.

33. Decreto N° 1114 del Ministerio de Hacienda, Establece reglamento para la habilitación y concesión de los recintos de depósito aduanero y el almacenamiento de las mercancías, Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de mayo de 1998.

34. Decreto N° 3, Aprueba reglamento del sistema nacional de control de los productos farmacéuticos de uso humano, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de enero de 2010.

35. Decreto N° 514 Exento, Modifica Arancel Aduanero de la República de Chile, Publicado en el Diario oficial, Santiago, Chile, el 28 de diciembre de 2016.

36. Decreto N° 28 Exento, Establece los requisitos y condiciones para la autorización de la Admisión Temporal para perfeccionamiento activo, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de marzo de 2018.

37. D.F.L. N° 213, aprueba Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de agosto de 1953.

38. D.F.L. N° 329, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 junio de 1979.

39. D.F.L. N° 30, Fija texto refundido del D.F.L. N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de abril de 1983.

40. D.F.L. N° 1, Reemplaza título preliminar y libro II de la Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1997.

41. D.F.L. N° 2, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 12 de noviembre de 1997.
42. D.F.L. N° 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre registro civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, ley de menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de mayo de 2000.
43. D.F.L. N° 2, Aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 341 de 1977, del Ministerio de Hacienda, sobre Zonas Francas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de agosto de 2001.
44. D.F.L. N° 30, Aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial del República de Chile, Santiago, 4 de junio de 2005.
45. Historia de la Ley N° 19.738, Normas para combatir la evasión tributaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 19 de junio de 2001.
46. Historia de la Ley N° 19.479, Moderniza el Servicio Nacional de Aduanas, en el proyecto de ley no se contemplaba el inciso 4, que refiere al aumento de las penas al doble, esta indicación aparece en el 2.Segundo Trámite Constitucional del Senado, 2.5 boletín de indicaciones, indicación N° 20, por el Presidente de la República, que corresponde al artículo 1 numeral 5, letra b), 1 de julio de 1996.
47. Historia de la Ley N° 20.997, Moderniza la Legislación Aduanera, 1. Primer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, 1.12. Discusión en Sala Fecha 07 de junio, 2016. Diario de Sesión en Sesión 29. Legislatura 364. Discusión General. Se aprueba en general y particular, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 07 de junio de 2016. pp. 10, 15 y Segundo Trámite Constitucional Senado, 2.7. Discusión en Sala Fecha 03 de enero, 2017. Diario de Sesión en Sesión 77. Legislatura 364. Discusión Particular, p. 6, y Tercer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, 3.1 Oficio de la Corte Suprema a Comisión. Fecha 16 de enero, 2017.
48. Ley N° 13.039, Crea la “Junta de adelanto de Arica”, Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de octubre de 1958.
49. Ley N° 16.127, Modifica el D.F.L. N° 213, de 1953, que aprobó la Ordenanza de Aduanas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, de 29 de enero de 1965.
50. Ley N° 17.238, Concede a los profesionales y técnicos Chilenos que regresen definitivamente al país, en las condiciones que señala, las franquicias aduaneras que indica para la importación de los bienes que estipula, y asimismo, autoriza la importación sin depósito y liberada del pago de todo derecho, impuestos, tasas y demás gravámenes a los que los vehículos con características técnicas especiales ara

ser usados por personas lisiadas, en las condiciones que indica; modifica el Arancel Aduanero y la ley 16.768, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de noviembre de 1969.

51. Ley N° 18.164, Introduce modificaciones a la legislación Aduanera, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de septiembre de 1982.

52. Ley N° 18.483, Establece nuevo régimen legal para la industria automotriz, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de diciembre de 1985.

53. Ley 18.634, Establece sistema de pago diferido de derechos de Aduana, crédito fiscal y otros beneficios de carácter tributario que indica, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de agosto de 1987.

54. Ley N° 19.479, Introduce modificaciones a la Ordenanza de Aduanas y a la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, dicta normas sobre gestión y personal de dicho servicio y sustituye su planta de personal, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 21 de noviembre de 1996.

55. Ley N° 19.738, Normas para combatir la evasión tributaria, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 19 de junio del año 2001.

56. Ley N° 19.912, Adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio OMC suscrito por Chile, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 4 de noviembre de 2003.

57. Ley N° 19.946, Modifica la Ley Austral en materia de crédito Tributario y establece la ampliación de la Zona Franca de Extensión de Punta Arenas a la Región de Aysén para bienes de capital, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 11 de mayo de 2004.

58. Ley N° 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de febrero de 2010.

59. Ley N° 20.780, Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 29 de septiembre de 2014.

60. Ley N° 20.962, Aplica Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de Flora y Fauna Silvestre, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de noviembre de 2016.

61. Ley N° 20.997, Moderniza la legislación aduanera, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 13 de marzo de 2017.

62. Ley N° 20.269, Otorga bono para los pensionados que indica, efectúa un aporte extraordinario al fondo común Municipal y rebaja los aranceles para la importación de

bienes de capital, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 junio de 2018.

63. Ministerio de Salud/ Instituto de Salud Pública de Chile, Ordinario N° 1127 de 10 de octubre de 2018.

64. SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución N° 1300 de la Dirección Nacional de Aduanas, que sustituye el Compendio de Normas Aduaneras aprobado por resolución N° 2.400 de 1985, Diario Oficial, Santiago, Chile, 30 de marzo de 2006.

65. SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/ DIRECCION NACIONAL, Resolución Exenta N° 347, Apruébase nuevo texto del Manual de Pagos, sus Apéndices y Anexos, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 17 de enero de 2013.

66. SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/DIRECCIÓN NACIONAL, Oficio Ordinario N° 16.252, de 29 de noviembre de 2018.

67. SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/DIRECCIÓN NACIONAL, Resolución Afecta N° 56, Establece procedimientos e instrucciones para concesión de franquicia aduanera que indica, Valparaíso, 13 de abril de 2017.

Jurisprudencia citada.

68. *C/CARMEN WEITZEL REYES ES PARTE EL FISCO*, (2010): Corte Suprema, 18 de marzo de 2010, ROL CORTE: 8121-2008.

69. *C/ OSVALDO CAZANGA, PATRICIO DUCRET, NATALIO PELLERANO. ES PARTE: EL FISCO*, (2010): Corte Suprema, 16 de junio de 2010, ROL CORTE 7996-2008.

70. *JORGE CARLOS SEGALL G/ RODRIGO ALEJANDRO VALLARINO L*, (2016): Primer Tribunal de Garantía de Santiago, RUC: 1610002457-1, RIT: 306-2016.

71. *MP/JOAQUIN ILDEFONSO BERGER*, (2017): Juzgado de Garantía de Osorno, 2 de mayo de 2017, RUC: 1600831919-0, RIT: 4066-2016.

72. *MARIO ANTONIO OSORIO RC/MARIO ANTONIO OSORIO R*, (2015): Décimo Tribunal de Garantía de Santiago, 10 de julio de 2015, RUC: 1200315674-3, RIT: 2443-2013.

73. *MATURANA/CANCINO*, (2018): 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 29 junio 2018, RUC N° 1501151878-5, RIT: N° 198-2018.

74. *MINISTERIO PUBLICO/CORNEJO Y OTROS* (2018): Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de octubre 2018, RUC: 1500176778-7, ROL CORTE: 2757-2018.

75. *PATRICIO OSVALDO SCHALCHLI MELO/FISCO DE CHILE*, (2002): Corte Suprema, 11 de noviembre, ROL CORTE: 3862-2001.

76. *SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS/MANUEL CAMARA GONZALEZ*, (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de enero de 2018, ROL CORTE: 4744-2017

77. *ZUÑIGA/MARAMBIO*, (2016): Juzgado de Letras y Garantía de Puerto Aysén, 21 junio 2016, RUC 1300620303-K, RIT 670-2013.