



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Escuela de Graduados

Magíster en Derecho, Mención Derecho Tributario

**EFFECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA LEY 20.780.  
LA DEROGACIÓN DE LOS DELITOS TRIBUTARIOS Y OTRAS  
CONSECUENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
CHILENO**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en  
Derecho con mención en Derecho Tributario

**AUTOR:** CARLOS ENRIQUE MONTEBRUNO POBLETE  
**PROFESOR GUÍA:** EDUARDO MORALES ROBLES

Santiago, Chile

2019



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Graduados

Magíster en Derecho, Mención Derecho Tributario

**EFFECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA LEY 20.780.  
LA DEROGACIÓN DE LOS DELITOS TRIBUTARIOS Y OTRAS  
CONSECUENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
CHILENO**

**AUTOR:** CARLOS ENRIQUE MONTEBRUNO POBLETE

**PROFESOR GUÍA:** EDUARDO MORALES ROBLES

Santiago, Chile

2019

A mi madre doña Nelda Poblete Vera,  
por la oportunidad de la vida y  
ser quien y como es en la mía;  
A Don Vivian Bullemore Gallardo, por  
despertarme el interés por el Derecho Penal;  
A todos mis Mentores, por integrar  
lo que he aprendido y darle un sentido  
en busca de trascendencia

## **TABLA DE CONTENIDOS**

INTRODUCCIÓN.....	1
1. Directo al grano.....	1
2. Génesis del Proyecto, hipótesis presentada y justificación de la investigación.....	1
3. Metodología del Proyecto.....	7
4. Objetivos del trabajo.....	8
5. Problemas que guiarán la investigación y respuestas probables....	10
6. Resultados.....	11
CAPÍTULO I. LOS DELITOS TRIBUTARIOS DEL ARTÍCULO 97 N° 4 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO.....	12
1. Fuentes utilizadas y ubicación.....	12
2. Análisis general.....	13
2.1. Consideraciones previas.....	13
2.2. Ubicación de los delitos tributarios.....	13
2.3. Relación del derecho penal con el tributario.....	14
2.4. Bien jurídico protegido por los delitos tributarios.....	15
2.5. Principio de legalidad y delitos tributarios.....	15
2.6. Autoría y naturaleza jurídica de los delitos tributarios.....	18
2.7. El resultado del hecho y los delitos tributarios. ....	21
3. Adecuación típica de los delitos tributarios del artículo 97 N° 4 del Código Tributario.....	24
3.1. Delitos del inciso primero del artículo 97 N° 4.....	24
3.2. Delito del inciso 2° del artículo 97 N° 4 del Código Tributario.....	28
3.3. Delito contemplado en el inciso 3° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario.....	30
3.4. Delito contemplado en el inciso final del N°4 del artículo 97 del Código Tributario.....	32
3.5. Consideraciones finales sobre los delitos tributarios.....	33
CAPÍTULO II. LA LEY 20.780, Y ESPECIALMENTE EL ARTÍCULO 4° QUÁTER.....	35

1. Fuentes utilizadas y ubicación.....	35
2. Someros fundamentos de la NGA en la ley 20.780.....	36
3. Un poco más detallados fundamentos de la NGA en la ley 20.780.....	41
3.1 El argumento detrás de la NGA.....	42
3.2. Comentarios al argumento detrás de la NGA.....	53
3.3. Consideraciones sobre la Teoría de la Independencia.....	94

### CAPÍTULO III. LA CONDUCTA EN DISCORDIA: EL CONCEPTO DE SIMULACIÓN.....95

1. Fuentes utilizadas y ubicación.....	95
2. Análisis sobre el concepto de simulación y su relación con la tesis planteada.....	96
2.1. Resumen previo.....	96
2.2. Desarrollo semi original del argumento.....	97
3. Comentarios, acuerdos y desacuerdos. Toma de posición.....	120

### CAPÍTULO IV. LA DEROGACIÓN TÁCITA Y LA LEY 20.780. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA.....132

1. Fuentes utilizadas y ubicación.....	132
2. Análisis preliminar sobre el concepto de derogación tácita.....	132
3. Formulación del argumento principal.....	134
3.1. Fuentes de la formulación.....	134
3.2. Argumento formulado.....	135
4. Consideraciones.....	184

### CAPÍTULO V. EFECTOS POTENCIALES DE LA DEROGACIÓN DE LOS DELITOS TRIBUTARIOS.....185

1. Fuentes utilizadas y ubicación.....	185
2. Derogación tácita del artículo 162 del Código Tributario.....	186
3. Fin de la restricción del Ministerio Público para perseguir delitos tributarios de oficio. La denuncia anónima sería efectiva.....	187
4. Aumento potencial del número de contribuyentes responsables.....	188
5. Aumento de la recaudación.....	189

6. Derogación de todos los demás tipos que se remiten al artículo 97 N° 4 del Código Tributario.....	190
7. Consecuencias políticas. Necesidad de arreglar el problema.....	191
8. Revisión de procedimientos judiciales. ....	192
9. Necesidad de preparación de las instituciones respectivas.....	197
10. ¿Y ahora qué?.....	201

**CAPÍTULO VI. PROPUESTAS DE ACCIÓN FRENTE AL PROBLEMA**  
..... 202

1. La necesidad de tomar medidas.....	202
2. Medida de corto plazo: Reformular la calificación jurídica.....	202
2.1. Primer ejemplo.....	204
2.2. Segundo ejemplo.....	211
3. Medida de mediano plazo: La creación de una Defensoría Tributaria..	221
4. Medida de largo plazo: la modificación legal.....	224

**CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES**.....226

**BIBLIOGRAFÍA**.....229

**ANEXOS**..... 231

## RESUMEN

El presente documento es un análisis de los efectos que la Reforma Tributaria, contenida en la Ley 20.780, ha causado (o podría causar) en el Derecho chileno. Específicamente, se centra en el nuevo artículo 4° quáter del Código Tributario, en un intento de proyectar las consecuencias de introducir una norma de ese tenor para el resto de las disciplinas jurídicas, y especialmente para el Derecho Penal Tributario, siendo el artículo 97 N° 4 del Código Tributario uno de especial interés.

La tesis que se desarrollará es del siguiente tenor: los delitos tributarios, que son la protección que el Derecho Penal como última ratio presta para cautelar por la recaudación del Estado, y específicamente el artículo 97 N° 4 del Código Tributario (o al menos los delitos relacionados con la simulación), se encuentran derogados por la ley 20.780 de Reforma Tributaria, pues ésta regula la misma conducta que el mencionado 97 N° 4, pero lo hace con consecuencias jurídicas menos gravosas para el imputado (que ya no lo es, o lo será dependiendo del monto supuestamente defraudado, en su defecto). Luego de explicarse las razones que sostienen esta idea, se proyectarán algunos posibles efectos de ella en el ordenamiento jurídico, para el caso que fuere acogida por los tribunales de justicia. Finalmente, se formulan propuestas de cómo enfrentar jurídicamente el problema, y se extraen conclusiones al respecto.

# I. INTRODUCCIÓN

## **1. Directo al grano.**

Antes de empezar, y con el fin de facilitar el análisis para el lector, menciono que la parte nuclear (y lo más lineal posible) del argumento central de este texto, se ubica entre las páginas 135 y 183, en el apartado 3.2 del Capítulo IV. Con eso dicho, puedo empezar.

## **2. Génesis del Proyecto, hipótesis presentada y justificación de la investigación.**

Desde mis estudios de pregrado, siempre me llamó la atención el fenómeno de interpretación de la ley. De hecho, cuando tuve que elegir el tema de mi Memoria de Prueba, elegí el artículo 20 del Código Civil como objeto de estudio, en el marco del Proyecto de Actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil, que durante esos años (2010-2011) llevaban a cabo la Universidad de Chile en coordinación con la



Editorial Jurídica. Lo que más me quedó grabado de ese trabajo, fue que la jurisprudencia chilena era pacífica en cuanto a sostener que cuando el artículo 20 establece que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, se refiere al significado de ellas contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Y eso es importante, porque entonces es posible sostener, quizá estirando un poco el argumento, que los académicos de la lengua son también de alguna forma legisladores en Chile, pues el contenido que aquéllos le den a una palabra determinada podría terminar cambiando el sentido de la norma chilena que la contenga, o en su defecto incluir un supuesto que antes no se encontraba en ella con el significado anterior de la palabra de que se trate. Sin embargo, ese problema dejó de ser relevante en mi mente, hasta el momento de elegir el tema del trabajo final de mis estudios de postgrado.

Ahora, con motivo de los delitos tributarios, ese problema tomó importancia. Pues a pesar que existen ya atisbos en doctrina sobre lo que aquí se planteará, aún nadie ha planteado derechamente, ni menos desarrollado hasta las últimas consecuencias, el argumento que aquí se construirá, que es que la ley 20.780, al introducir la nueva Norma General

Antielusión (NGA, de ahora en adelante), y específicamente su nuevo artículo 4° quáter, trajo como consecuencia jurídicamente necesaria la derogación tácita de los tipos penales (al menos los relacionados con la simulación), contenidos en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario. En esto consiste la tesis principal que subyace a este documento, y sobre ella se sacan una serie de conclusiones para el Derecho chileno. Es ese un problema de interpretación de la ley, y es lo que origina la elección del tema.

En todo caso, no intento zanjar la discusión al respecto, y de hecho ni siquiera asumo que haya una ni que ésta tenga sentido, de existir realmente. El supuesto fundamental que tengo al escribir esto, es que por mera curiosidad es interesante desarrollar esta idea. Pues si bien en principio no es más que un mero ejercicio intelectual (con el mérito de permitirme postular al grado académico que busco), tendría fuertes repercusiones prácticas de ser acogida por los tribunales de justicia, considerando los casos de financiamiento ilícito de campañas políticas de los últimos años donde esa norma se sigue aplicando. Sucede que durante mis estudios en este programa, me di cuenta del poco material existente sobre la interacción

entre el Derecho Tributario y otras ramas del derecho, especialmente el Penal. Podría rescatarse el esfuerzo compilatorio de don Pedro Massone Parodi en sus Principios de Derecho Tributario, pero incluso en ese texto aparecen pocas ideas y no tan conclusivas como a uno le gustaría, sobre lo que aquí se plantea (y que por supuesto se expondrán en su momento). Y todo esto conlleva que sea demasiado costoso, tanto en tiempo como en energía, el tratar de cubrir todo lo que habría que cubrir para saturar debidamente el argumento.

Justamente por ello, es que recurrí a fuentes de doctrina menos conocidas y de reciente aparición, con el fin de encontrar comentarios que desarrollaran de forma más específica alguno/s de los puntos de derecho necesarios. Sin perjuicio de ello, sobre varios fue posible encontrar argumentaciones de distintas instituciones públicas (como la Contraloría, el Ministerio Público, ocasionalmente el Servicio de Impuestos Internos y, más interesantemente, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema), que si bien no tenían directa relación con lo aquí planteado, por una cuestión de consistencia y seguridad jurídica sería razonable esperar estructuras

parecidas de respuesta, para el caso en que esas instituciones se vieran en la necesidad u obligación de discutir el argumento aquí planteado.

Ahora, pido al lector considerar que el problema de fondo con esta tesis y todo lo que ella supone, es que es demasiado impopular. Casi ninguno de los especialistas tributarios con los que la traté le encontró sentido (aunque en su defensa y mi perjuicio, debo decir que no tuve la oportunidad de mucho más que una en cada ocasión para tratar el tema corta y casual); además, tiene muchísimas aristas, el silogismo depende de muchísimas premisas cuya interacción es más describable como sistema de tres dimensiones, que como idea lineal, y eso dificulta enormemente el cómo detallar debidamente, y en qué orden, cada una de las premisas, especialmente las menores; además, de ser cierta, podría llegar a revolucionar el sistema de recaudación mediante la mayor amenaza de persecución al contribuyente, debido a que acarrearía consecuencias como la derogación también tácita del artículo 162 del Código Tributario, que limita la posibilidad del Ministerio Público de perseguir de oficio los delitos tributarios; y por si todo ello fuera poco, hasta hoy no ha llegado a mi conocimiento que esta idea haya sido discutida en tribunales penales por

ninguno de los más connotados defensores, lo que creo es también un indicio de lo poco que se ha escrito sobre la relación Derecho Penal y Tributario, pues o no la han oído, o tampoco le encontraron sentido.

Adicionalmente a esto, formular el argumento principal me ha supuesto analizar y tratar de derribar las objeciones que la posición opuesta me plantea, y con el fin de no generar en el lector la sensación de estarse cometiendo falacia argumentativa de hombre de paja, en algunas secciones se hacen largas citas textuales con el fin de mostrar las ideas que componen cada argumento en su estado más puro posible (lo cual se intenta también agregando la mayor cantidad de fuentes posibles como anexos al final de este trabajo). Sin embargo, justo después de cada una de ellas, se formula un resumen de las ideas principales expuestas en la cita, con el fin de facilitar el análisis y además potenciar la agilidad en la lectura del documento.

Con todo ello en mente, es que consideré este tema como lo suficientemente interesante y digno de investigar, aunque fuere por estrictamente ejercicio académico, y sin perjuicio que en lo personal estimo

haber logrado los objetivos que más abajo se indican (a pesar que solo podría demostrarlo con una sentencia favorable por las instancias respectivas, cuando se discuta y si es que eso pasa).

### **3. Metodología del Proyecto**

Se analizan las diversas instituciones cuyos efectos convergen en la materia que se trata, partiéndose por un breve recordatorio de en qué consiste cada una y cómo interactúan en el silogismo que lleva a concluir la tesis principal. Como supuesto fundamental, se asumirá como cierta la idea según la cual un sistema jurídico es siempre un todo unitario, conformado por las distintas áreas que el sistema contemple, y que por lo mismo se hace necesario analizar de qué forma la nueva legislación tributaria interactúa con las normas previamente existentes del sistema al cual aquella se inserta.

Partiendo de esa base, se parte por esbozar qué son los delitos tributarios desde una perspectiva doctrinal, para luego entrar a analizar la ley 20.780 en general y el artículo 4° quáter en particular. Luego se establece la identidad (o al menos semejanza) entre el artículo 97 N° 4 y el 4° quáter,

para luego explicar un poco sobre la derogación tácita que pienso que opera en esta situación. Finalmente, se esbozan algunas consecuencias posibles para el caso de ser aceptada la teoría y propuestas sobre cómo enfrentarla desde una perspectiva jurídica, para terminar con las conclusiones que este trabajo genera.

De esta forma, los tres primeros capítulos son expositivos y se recurre fuertemente a citas con el fin de mostrar las ideas principales sobre las que se construye este documento. Luego, en el capítulo cuarto, se razona la situación tratando de enunciar mi posición de forma ordenada y con la mayor estructura de silogismo posible (atendida las múltiples cantidades y distintas cualidades de cada premisa en juego), para en los últimos tres capítulos enfocarme en los efectos probables para el caso de acogerse la tesis, algunas propuestas de qué hacer al respecto, y las conclusiones del trabajo.

En cuanto al formato de las citas, y con el fin de agilizar la lectura, al principio de cada sección se mencionan los trabajos en los cuales se basan las ideas planteadas, con especificación del número bajo el cual se

encuentran en la bibliografía, y asimismo, si es que es una obra publicada solo materialmente, o si existe en versión digital y si se encuentra en el anexo de este documento.

#### **4. Objetivos del trabajo.**

**4.1. Objetivo general:** Analizar una de las posibles consecuencias de la dictación de la Reforma Tributaria para el resto del ordenamiento jurídico, en especial para el Derecho Penal Tributario.

#### **4.2. Objetivos específicos:**

4.2.1. Construir un argumento lógicamente razonable para la tesis propuesta;

4.2.2. Eventualmente, generarse un argumento susceptible de ser presentado ante Tribunales Superiores y Constitucional de Chile; y



4.2.3. Plantear la mejor solución posible en términos de costos de coordinación política, ejecución y consecuencias prácticas, junto a los argumentos que justifican tomar una opción sobre otra.

## **5. Problemas que guiarán la investigación y respuestas probables.**

Considerando lo dicho en el punto 2, técnicamente no existe ahora mismo un problema que guíe la investigación, sino más bien sería la acogida de la misma por los tribunales de justicia lo que ocasionaría un problema, sin perjuicio que para ello se proponen ya posibles soluciones en el capítulo VI de este documento. Y especialmente se muestra cómo ha reaccionado antes la jurisprudencia frente a situaciones parecidas.

Respecto de las respuestas probables de la investigación, la verdad es que ésta es binaria: el argumento es jurídicamente plausible como para ser acogido en un tribunal, o no lo es. Personalmente por supuesto que diré que lo es, pero su real efectividad solo podría ser confirmada en la práctica, que es algo que espero poder hacer en el futuro.

## **6. Resultados.**

Estimo que el resultado de esta investigación fue positivo. Creo que la multiplicidad y peso de los argumentos planteados a favor de la tesis principal de este documento, permiten efectivamente sostener la derogación de los delitos tributarios, y que por lo mismo se hace necesaria al menos la consideración de medidas como las aquí propuestas para salir de la situación.

**CAPÍTULO I**

**LOS DELITOS TRIBUTARIOS DEL ARTÍCULO 97 N° 4 DEL**

**CÓDIGO TRIBUTARIO**

**1. Fuentes utilizadas y ubicación.**

Para la confección de esta parte, me he valido del trabajo del profesor Alex Van Weezel titulado “Delitos Tributarios”, el cual es un material impreso que no se encuentra en versión digital ni en este anexo, y se ubica en la bibliografía con el número 10; también la Memoria de Prueba de don Maxi Salazar González, titulada “Sistemática de la teoría del delito en relación con el artículo 97 N° 4 del Código Tributario”, disponible como material electrónico y en el anexo de este documento, y se ubica en la bibliografía bajo el número 8; y por último del libro “Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias” de don Rodrigo Ugalde Prieto y don Jaime García Escobar, el cual es un material impreso que no se encuentra en versión digital ni en este anexo, y se ubica en la bibliografía con el número 9.

## **2. Análisis general.**

### 2.1. Consideraciones previas.

En este apartado trato de mostrar desde qué perspectiva de visión de los delitos tributarios, es que formulo este argumento. En todo caso, se hacen las menciones respectivas de las posiciones opuestas y sus posibles refutaciones, cuando se ha hecho relevante para una premisa específica.

### 2.2. Ubicación de los delitos tributarios.

Lo primero que debe decirse sobre los delitos tributarios es que a diferencia de otras legislaciones donde se regulan dentro del Código Penal, en Chile están regulados en el Código Tributario. Y esto trae la dificultad, en principio, de cómo dilucidar si una norma es de naturaleza tributaria o penal, debiendo entonces regirse por los principios y normas que le sean propios. El primer criterio y el principal que se usa para ello, es cuál es la sanción de la conducta determinada que la norma contemple. Si se trata de una pena, se tratará de una norma penal, y si se trata de una multa u otra

sanción de carácter económico o pecuniario, se trata aún de penas, pero con la diferencia que la norma sería susceptible de aplicarse por un tribunal que no es penal (como en este caso, tributario, o como también podría ser civil) por tratarse de sanciones no corporales.

### 2.3. Relación del derecho penal con el tributario.

Acto seguido, hay que plantear la necesaria accesoriadad del derecho penal respecto del tributario. En palabras de Salazar,

“Las normas penales tributarias, y en particular los tipos penales contenidos en el Código Tributario, describen infracciones de deberes cuyo contenido y alcance precisos emanan de la legislación tributaria sustantiva procesal (...) Para Van Weezel no implica que el artículo 97 N° 4 (...) contenga leyes penales en blanco [pero] para la mayoría de la doctrina española, la ilicitud del delito fiscal está constituida por la infracción de un deber de acción determinado por la legislación tributaria (...) Ello significa que para poder aplicar el delito tributario y afirmar la infracción de la norma, es necesario remitirse a la ley tributaria en la que se especifica el tributo en concreto (y su hecho imponible) y los obligados tributarios respecto del mismo. (...) Cabe observar que no se produce ningún conflicto con el principio de legalidad, toda vez que la norma extrapenal a la que se remite tiene rango de ley y, por tanto, no surge ningún conflicto con dicho principio. Cuestión distinta se plantearía cuando la norma de remisión extrapenal auxiliar tiene naturaleza reglamentaria, en cuyo caso sólo será

aceptable cuando se refiera a la determinación de elementos no esenciales o accidentales de tipo penal”<sup>1</sup>.

#### 2.4. Bien jurídico protegido por los delitos tributarios.

Luego, respecto del bien jurídico que los delitos tributarios protegen, se trata del Patrimonio Fiscal pero en sentido dinámico, esto es, la Hacienda Pública como ente en funcionamiento, pues

“con la comisión de un ilícito tributario lo que se afecta y perjudica directamente es el ingreso del Estado y su patrimonio en relación con su función de redistribución de la riqueza; estimando que cualquier otra opinión es rebuscada y simplemente artificial para intentar justificar la amplitud, extensión y arbitrariedad con la que el Fisco interpreta La Ley tributaria, siendo que el derecho penal es Lex Stricta”<sup>2</sup>.

#### 2.5. Principio de legalidad y delitos tributarios.

Una cuarta cuestión a plantear al respecto, tiene que ver con el principio de legalidad.

“La ley Tributaria define el “hecho gravado” que es, como explicó Dino

---

<sup>1</sup> Bibliografía N° 8, página 12 a 14.

<sup>2</sup> Ibídem, página 22.

Jarach el centro de la teoría jurídica del tributo, del mismo modo que el estudio del delito lo es en el derecho penal, toda vez que sobre el mismo se construye la dogmática del derecho tributario<sup>51</sup>. Dice la dogmática tributaria que “el hecho imponible es el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación”. Hay un singular paralelismo entre la tipicidad penal y la “tipificación del tributo”, en el sentido de que el hecho imponible opera como presupuesto o hipótesis de la norma tributaria y consiste en la descripción hipotética, contenida en la ley, del hecho que sirve para describir o tipificar el tributo, que normalmente describe una situación que exterioriza la capacidad para tributar y cuya realización genera el nacimiento de la obligación tributaria.

Se ha precisado que la obligación tributaria en general, desde el punto de vista jurídico, es una relación jurídica *ex lege*, en virtud de la cual una persona (contribuyente o responsable) está obligada hacia el Estado u otra entidad pública, al pago de una suma de dinero, en cuanto se verifique el presupuesto de hecho determinado por la ley. La obligación del contribuyente y la pretensión correlativa del Fisco dependen, por mandato de la ley, del verificarse de un hecho jurídico, del presupuesto legal del tributo o hecho imponible.

En el caso de la elusión (...) como afirma Hensel -citado por Rosembuj- “la elusión fiscal no es ilícita en el sentido que aquel que realiza los negocios elusivos choque con una prohibición legal”. La creación de la ventaja fiscal patrimonial “se realiza sin que experimente violación de la ley de ningún tipo y la circunvención del hecho imponible previsto en la ley, aparece como una expresión de habilidad de las partes, de su malicia, si se quiere, pero siempre dentro de los límites de un juego legal.

Cuando se resuelve el reforzamiento de la ley impositiva mediante la incriminación penal de conductas dirigidas a la represión de la evasión fiscal, como lo exige el programa del poder constituyente, es preciso distinguir netamente los supuestos de la elusión y la evasión, para dar

cumplimiento al axioma *nulla lex (poenali) sine necessitate* relativo al principio de la necesidad o de la economía del derecho penal. La tipificación de las conductas incriminadas como delictivas debe ser hecha en términos estrictamente descriptivos y no valorativos, de forma que quede garantizada la decidibilidad de la verdad de su enunciación. El principio de la legalidad en sentido lato proscribire las normas penales en blanco, esto es, aquéllas cuyos supuestos de hecho están constituidos por un *Tatbestand* descrito por normas reglamentarias o de otra índole que no son de rango legal. El principio de la estricta legalidad prescribe que el contenido de los supuestos típicos esté dotado de significado unívoco y preciso de modo que sea posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas.

Para cumplir con las exigencias de este principio el legislador debe eludir la composición de figuras delictivas formadas por conceptos jurídicos indeterminados, por elementos valorativos o de otra naturaleza que no permitan verificaciones o refutaciones sino exclusivamente valoraciones que, en cuanto a tales, no sean verdaderas ni falsas.

En conclusión, cabe afirmar que las exigencias del principio de la legalidad con el alcance que ha sido precisado, operan en el derecho penal-tributario chileno de la misma forma que en otros ámbitos menos restringidos del derecho penal (derecho penal general), pero que la materia de la cual se trata es particularmente proclive para inducir al legislador al desconocimiento de las exigencias del principio de la legalidad expresado en los axiomas *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* y *nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

Como tales exigencias del principio de la legalidad constituyen el contenido de principios y normas constitucionales, la sanción del Código Tributario en acatamiento al programa legislativo, pero desconociendo las exigencias del principio de la legalidad, esto es, la referida vinculación



negativa del legislador a la Constitución, estaría viciada de inconstitucionalidad”<sup>3</sup>.

## 2.6. Autoría y naturaleza jurídica de los delitos tributarios.

“La doctrina extranjera, por el contrario, en forma mayoritaria estima que los delitos fiscales pertenecen a la categoría de delitos especiales propios. En general, el común denominador de los argumentos dados para apoyar esta tesis, radica en que los tipos penales tributarios, se remiten a la normativa tributaria, esto es a la relación tributaria subyacente. En virtud de la relación jurídica tributaria, un ente público acreedor- sujeto activo- puede exigir el pago de una determinada cantidad en concepto de tributo a un deudor- sujeto pasivo-. En los delitos tributarios, lo que sucedería entonces, es que los sujetos de la relación jurídico-tributaria invertirían sus papeles en la relación jurídico-penal, pues el sujeto activo de aquella (el Fisco) pasaría a convertirse en el sujeto pasivo de ésta, y viceversa. Por ello, el sujeto activo del delito tributario, sólo podría ser el sujeto pasivo de una obligación extrapenal tributaria.

(...) Para entender cabalmente (...) la propuesta que planteo, recurriremos a ciertos conceptos de Derecho Tributario General. El primero de ellos es el concepto de relación jurídica tributaria, que es correctamente definida por el artículo 17 de La Ley General Tributaria Española, de la siguiente manera: “Se entiende por relación jurídico-tributaria el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originadas por la aplicación de tributos”. En efecto, tal como lo señala esta definición, de la relación jurídica tributaria nacen, entre otras cosas, un conjunto de obligaciones. El término genérico utilizado para designar dichas obligaciones en el Derecho Tributario General, es el de la obligación tributaria. Dentro de dicho término genérico, encontramos a su vez dos especies de obligaciones: a:- La obligación tributaria principal, cuyo objeto es un dar, y que se traduce en el pago de una suma de dinero por concepto

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, página 32.

de impuestos, y b.- Las Obligaciones Tributarias accesorias, las cuales no poseen un carácter patrimonial, y cuyo objeto es un hacer, como son las de efectuar las declaraciones de impuestos, llevar contabilidad, efectuar el acto denominado inicio de actividades, etc. Lo relevante de lo anterior, para la materia en estudio, estriba en el hecho que los delitos tributarios precisamente el incumplimiento de obligaciones tributarias, sea el incumplimiento de las obligación tributaria principal, como lo hace el artículo 305 del Código Penal Español o el incumplimiento de obligaciones tributarias accesorias, como lo hacen los artículos 97 N° 4 inciso 1° y 97 N° 5 ambos de nuestro Código Tributario.

Consecuencia de esto, es que el sujeto activo de los delitos tributarios debe ser determinado en función de la obligación tributaria cuyo incumplimiento es sancionado penalmente, -en la descripción típica del injusto-. Ahora bien, para despejar cualquier duda respecto al sujeto activo de los tipos penales contenidos en los artículos 97 N° 4 inciso 1° y 97 N° 5 del Código Tributario, recurriremos nuevamente a dos conceptos extrapenales. El primero de ellos es el de contribuyente, el que puede ser definido como aquel que realiza el hecho que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria. El contribuyente como generador del hecho gravado, es a su vez, por disposición expresa de la ley tributaria el sujeto pasivo de la obligación tributaria principal, esto es, quien debe satisfacer la prestación material de la obligación, o en términos aún más simples quien debe soportar la carga del impuesto. El segundo de los conceptos es el de obligado tributario accesorio, esto es quien debe cumplir con la obligación tributaria accesorio. Tal como ocurre habitualmente, la calidad de obligado tributario principal y de obligado tributario accesorio, puede recaer sobre una misma persona, como por ejemplo cuando una persona natural desarrolla actividades gravadas con el impuesto denominado Global Complementario. Ello no sucede, naturalmente en cambio, cuando el sujeto pasivo de la obligación tributaria es por ejemplo una sociedad, ya que en estos casos el obligado tributario accesorio,- obligado a declarar impuestos- es el representante o administrador de ella.

Lo anterior, para efectos de delimitar el ámbito de las responsabilidades penales derivadas del incumplimiento de las obligaciones tributarias accesorias, se encuentra expresamente previsto en el artículo 99 del Código Tributario. Esta norma dispone: “artículo 99: Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de estos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento.” Pues bien, la importancia de este precepto radica, en que expresamente cierra el círculo de posibles autores del delito tributario, dejando dentro de él sólo al sujeto pasivo de la obligación tributaria accesorias, siendo aquel el verdadero sujeto activo del delito tributario y no el contribuyente como erróneamente, lo expresa nuestra doctrina.

Cabe señalar, que la limitación del círculo de posibles autores que efectúa el artículo 99 del Código Tributario, no se hace extensiva, sin embargo, a todas las figuras penales que establece dicho cuerpo legal, ello por cuanto no todas ellas corresponden a lo que entendemos por delitos tributarios. En efecto, como se señala precedentemente, los delitos tributarios, son aquellos tipos penales que sancionan el incumplimiento de una norma extrapenal tributaria, carácter, sin embargo, que no poseen varias normas penales establecidas en el Código Tributario. Así por ejemplo, el tipo penal en el artículo 97 N° 4 inciso 3° del Código Tributario, corresponde a un verdadero fraude de subvenciones, y no a un delito tributario. Lo propio ocurre también, con el recién agregado inciso final del artículo 97 N° 4 del mismo Código, que sanciona la falsificación de ciertos instrumentos privados- facturas, notas de débito, etc.-, su venta o facilitación; norma que tampoco sanciona el incumplimiento de deberes tributarios, sino los medios que sirven para encubrir dichos incumplimientos.

Sentado lo anterior, pareciera entonces, que los delitos tributarios corresponderían a la categoría de delitos especiales propios. Ello por cuanto cumplirían con los dos requisitos necesarios para estar en presencia de éstos, según lo establecido por la doctrina tradicional, esto es: a).- La restricción del círculo de posibles autores, por medio de una serie de

elementos exigidos por el tipo penal y, b).- La falta de correspondencia alguna con un delito común consistente en el mismo hecho cometido por una persona carente de la calidad exigida”<sup>4</sup>.

## 2.7. El resultado del hecho y los delitos tributarios.

“La determinación de si una figura penal es de mera actividad o de resultado, que es clave para decidir; si es aplicable la categoría de delito frustrado, prevista en el artículo 7º inciso 2º del Código Penal, con los consiguientes efectos en la determinación de la pena (arts. 50 y siguientes del Código Penal); incide también y sobre todo en los presupuestos de admisibilidad del desistimiento, así como en la punibilidad misma del hecho: si se trata de un delito de resultado, el sujeto a quien ni siquiera puede atribuírsele el conocimiento de tal resultado como consecuencia evitable de su actuación no actúa con dolo- ni siquiera con dolo de tentativa., pues en opinión prácticamente unánime de la doctrina el dolo del autor de un delito tentado ha de ser idéntico al del autor de un delito consumado. Esto a su vez conduce a la impunidad, pues el dolo constituye un requisito de la imputación subjetiva en todos los delitos tributarios.

“Si se atiende a los tres aspectos mencionados- posibilidad de frustración, desistimiento, punibilidad, la gran mayoría de los delitos tributarios serían de mera actividad”, en opinión de Van Weezel. En efecto, condición necesaria (aunque no suficiente) para hallarse ante un delito de resultado es que éste, considerado como una cierta afectación del bien jurídico protegido, sea contenido explícito o implícito del tipo penal. Un resultado no es contenido del tipo penal cuando la ley castiga la sola realización de una conducta con independencia de sus consecuencias, como, por ejemplo, cuando anticipa la punibilidad sirviéndose de un elemento de tendencia o intención. Es el caso que en la mayoría de los delitos del Código Tributario no se hace referencia alguna a un resultado (caso de la omisión de asientos en los libros de contabilidad, uso de documentos ya

---

<sup>4</sup> Ibídem, páginas 42 a 45. El subrayado es mío.

utilizados, adulteración de balances o inventarios, etc.) [o] se le recorta por la vía de subrayar la imputación subjetiva (como el caso de realizar maniobras tendientes a aumentar el monto de los créditos o imputaciones), o incluso se le excluye expresamente como elemento configurador del tipo (en las declaraciones incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda). En estos tipos penales y otros semejantes, para Van Weezel, la producción de un resultado de perjuicio o detrimento del bien jurídico de protección- La Hacienda Pública- no formaría parte de la descripción típica. Sin embargo, hay que considerar que en nuestro sistema la expresión “fraude” está asociada a un engaño y a un perjuicio consecuente, de manera que en Chile, no existe fraude sin perjuicio.

En los delitos de resultado, la no producción del mismo en el caso concreto conduce al tratamiento del hecho como tentativa o delito frustrado, según el grado de ejecución del comportamiento típico, sin embargo esta distinción es irrelevante en los delitos de mera actividad. Esta posición sería la tesis que según Van Weezel adopta el Código Tributario, lo que sustenta en el artículo 111 inciso 1° del mismo cuerpo de leyes, ya que contempla como atenuante de la responsabilidad penal, la circunstancia de que el hecho punible no haya acarreado perjuicio al interés fiscal, razón por la cual los delitos tributarios se consuman con una mera actividad del sujeto activo. En este mismo contexto, estima que es inexacto referirse a los delitos tributarios que consisten en maniobras tendientes a evadir impuestos como “fraude fiscal”, pues la defraudación requiere de un engaño y un perjuicio consecuente.

Por el contrario, otra parte de la doctrina, por la cual tomo postura, estima que en los delitos tributarios, el “resultado” es un elemento del tipo penal, razón por la cual no se encontrarían consumados cuando no se haya producido perjuicio Fiscal. Los fundamentos son de texto y político- criminales. Así las cosas, en cuanto a la aplicación de la pena, es menester considerar el monto de perjuicio que se ha causado a la hacienda pública, ya que, la pena implícita en los delitos mencionados del artículo 97 N° 4 incisos 1° y 2°, y N° 10 inciso 3° del Código Tributario, es una sanción

compuesta, copulativamente de una multa y de una pena privativa de libertad, lo que se traduce en varios efectos. El primero, es que no se puede aplicar multa si no se ha causado perjuicio al Fisco, pues es una pena copulativa; en segundo término, en cuanto la faz subjetiva, se debe considerar el dolo directo, también, relativo al perjuicio, y que el autor Alfredo Etcheberry, denomina Dolo Específico, por ser este, en definitiva, un elemento del tipo penal; otro argumento, desde el punto de vista de la consumación del delito, es que , sin el giro y la posterior liquidación fiscal, que implican por parte del Servicio de Impuestos Internos, la real y efectiva determinación del menoscabo sufrido por el Fisco, el delito no esta configurado, ya que no se ha resuelto en definitiva si se ha cumplido con dicho elemento del tipo objetivo del delito tributario; por último, si nos atenemos a que el bien jurídico protegido por los delitos tributarios es el patrimonio del fisco, no hay duda de que desde la perspectiva de su legalidad, en sentido amplio, el tipo penal debe comprender el perjuicio fiscal.

Considero menester hacer mención, que en opinión del Servicio de Impuestos Internos y de una parte de la doctrina el legislador tributario al redactar las figuras penales objeto de estudio ha extendido el ámbito de la punibilidad, sancionando las conductas en un estadio de ejecución que ni siquiera alcanza el comienzo de la tentativa de acuerdo con los criterios tradicionales de carácter político-criminal, ligados a la afectación del bien jurídico. Un caso manifiesto de esta hipótesis es la del inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario que sanciona, por ejemplo, la presentación de declaraciones incompletas o no conformes a la verdad que puedan inducir a la liquidación de un impuesto menor. Se trataría por tanto de una figura de peligro abstracto, el que consistiría en realizar una liquidación que pueda significar un perjuicio para el fisco. Pero este no es el caso más extremo: la norma sanciona también la adulteración de balances o inventarios, aunque ellos no se presenten ante ninguna persona o autoridad, siempre que el contribuyente tenga la obligación de confeccionarlos de acuerdo al artículo 17 del Código Tributario y al artículo 68 de la Ley de Impuesto a La Renta. Esta extensión de la punibilidad en el derecho penal tributario a una simple exteriorización mínima del déficit motivacional, en mi opinión vulnera el principio de la tipicidad y con ello también el de

legalidad, garantizado por la el artículo 19 N°3 de la Constitución Política del Estado, pues omite tener en consideración que el derecho penal constituye la ultima *ratio legis*”<sup>5</sup>.

### **3. Adecuación típica de los delitos tributarios del artículo 97 N° 4 del Código Tributario<sup>6</sup>.**

A continuación se mostrará la perspectiva desde la cual se consideran, para efectos del argumento a formular, la adecuación típica de los delitos del artículo 97 N° 4, para lo cual desglosaré el análisis según hipótesis con el fin de poder especificar también eventuales precisiones de cada una.

#### **3.1. Delitos del inciso primero del artículo 97 N° 4.**

Cabe señalar que en cuanto a su penalidad, hay que señalar que todos los delitos del inciso 1 del Número 4 del artículo 97 del Código Tributario se sancionan con multa del 50% al 300% del valor del tributo eludido y con presidio menor en su grados medio a máximo. Por lo tanto, se trata de

---

<sup>5</sup> Ibídem, páginas 47 a 51. El subrayado es mío.

<sup>6</sup> Para este apartado, ibídem, páginas 76 a 99.

simples delitos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 del Código Penal.

3.1.1. Primer delito contenido en el Inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda. (...) Se requiere que la declaración pueda inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda y que además sea falsa o incompleta.

-Falsa: Que contenga datos carentes de realidad o de veracidad. Esta falsedad puede ser material o ideológica; y

-Incompleta: Que no contenga la totalidad de los datos o antecedentes tributarios del contribuyente, sino que sólo una parte de ellos.

3.1.2. Segundo Delito contenido en el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: La omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas. (...) En definitiva, esta situación debe entenderse satisfecha con la segunda alternativa descrita, esto es, con el vocablo “enajenar” (considerando que permutar es una forma de enajenar). Así, un sujeto que no pone en su contabilidad los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, por ese sólo hecho causalmente, no está provocando un perjuicio al Fisco, pero podría considerarse, como ha sido la tesis del Servicio un síntoma manifiesto de la intencionalidad. Ciertamente es que el tipo presenta dificultades interpretativas. La determinación de si estamos ante un tipo de peligro a tipo de resultado tiene una gran trascendencia desde el punto de vista de la posibilidad de punición de las etapas imperfectas del delito.



3.1.3. Tercer delito contenido en el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: Se sanciona la adulteración de balances o inventarios o la presentación de estos maliciosamente falseados (...) El verbo rector “adulterar”, significa falsear. Cuando hablamos de adulterar desde el punto de vista del derecho penal entendemos que estamos hablando de la falsedad material. Sin embargo, el legislador en este caso entendió una forma de falsedad tanto física como ideológica. El balance que físicamente se intercala, se borra, reemplazando partidas, suprimiendo o adicionando operaciones, a fin de que se pueda pagar menos, es un típico caso de falsedad material. Será una falsedad ideológica cuando en los libros timbrados y aprobados por el Servicio de Impuestos Internos se hace un balance distinto del real, adulterándolo. Así lo ha entendido cierta jurisprudencia y, por cierto el Servicio, que tiene manifiestamente un interés de interpretar las figuras penales del modo más amplio posible.

No se requiere para configurar el delito que los balances o inventarios sean presentados al Servicio de Impuestos Internos. Sin embargo, si las inexactitudes que constan en los balances o inventarios se deben a caso fortuito o fuerza mayor, no existe delito.

3.1.4. Cuarto delito contenido en el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: el uso de boletas, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores. Se sanciona la doble utilización de los citados documentos, los que- por su propia naturaleza-solamente pueden ser utilizados en una oportunidad.

3.1.5. Quinto delito contenido en el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: El empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto. Se trata de una figura genérica cuya imprecisión típica ha sido criticada por la doctrina nacional. Por el contrario, el Servicio de Impuestos Internos justifica la figura típica argumentando que: “en la imposibilidad de prever todas las situaciones

posibles, el Código creó una figura genérica para abarcar con ella todas las posibles conductas dolosas, que tuvieren por objeto evadir tributos”.

A primeras luces parece una norma pleonásmica, porque prácticamente comprende todas las anteriores del mismo inciso 1º del N° 4 del artículo 97, sin embargo se ha resuelto que estamos ante un “Concurso Aparente de Leyes Penales”. El Código Tributario dice “o el empleo de otros procedimientos”. Así hay una operación que se asimila a las alternativas ya vistas, pero que no se encuadra perfectamente en ellas, se ha de entender que es esta última alternativa la que debe entenderse satisfecha. Por consiguiente, el Órgano Fiscalizador al impetrar su acción, en el libelo respectivo, debe precisamente invocar la conducta precisa del inciso 1º N° 4 del artículo 97 que invoca, ya que la última de las hipótesis se refiere a procedimientos de distinta naturaleza. Ahora bien, cuando dice “procedimiento”, dicha voz implica cualquier forma conductual, expresión de enorme amplitud. La delimitación de la conducta típica se hará entonces en función del elemento subjetivo.

Respecto de este delito, hay que tener presente lo dispuesto en el inciso final del Número 3 del artículo 19 de La Constitución Política del Estado, que dispone: “Ninguna Ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

El autor Rodrigo Ugalde P. estima que atendido lo expresado en la norma constitucional precitada, posterior al Código Tributario, podría darse una alegación de inconstitucionalidad de la precitada figura genérica, dado que la conducta no está expresamente descrita en la ley.

En cuanto a su penalidad, hay que señalar que todos los delitos del inciso 1 del Número 4 del artículo 97 del Código Tributario se sancionan con multa del 50% al 300% del valor del tributo eludido y con presidio menor en su grados medio a máximo. Por lo tanto, se trata de simples delitos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 del Código Penal.

3.1.6. Consideraciones generales sobre los delitos del inciso primero del artículo 97 N° 4. El sujeto debe ejecutar cualquier procedimiento doloso, encaminado a burlar el impuesto, o desfigurar las operaciones que sirven de base para calcularlos. A mayor abundamiento, la expresión “maliciosamente” no deja lugar a dudas. Es decir, la finalidad de pagar menos impuestos, está implícita en todas y cada una de las conductas que hemos podido distinguir en este inciso 1°. Esto se refleja en otras expresiones utilizadas por el legislador, a saber; “desfigurar el verdadero monto de las operaciones”, “burlar el impuesto”, “inducir a una liquidación de un impuesto inferior”. Respecto del ánimo de lucro que se requiere en los delitos de estafa, éste no es un requisito para configurar los delitos del artículo 97 N° 4, siendo claro el tenor literal de la norma legal.

Según la jurisprudencia para el caso en comento, el artículo 97 N° 4 al consignar el adverbio “maliciosamente” introduce un elemento nuevo, la malicia, que la ley no presume y que por lo tanto debe ser acreditado por la parte acusadora, requiriéndose por tanto como elemento del tipo subjetivo del delito “Un dolo específico”, según el autor Rodrigo Ugalde, y que se traduce en un ánimo preconcebido de evadir impuestos. Por lo demás nuestros tribunales han resuelto que “si las maniobras realizadas por el contribuyente no poseen este grado de voluntariedad, que es esencial no estamos frente a un delito tributario, sino a una mera infracción administrativa.

### 3.2. Delito del inciso 2° del artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

Sanciona a los contribuyentes afectos al impuesto a las ventas y servicios y otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero

monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 100% al 300% de lo defraudado.

Sobre el adverbio “maliciosamente” nos remitimos a lo ya expresado respecto del inciso 1º de este mismo N° 4, en el apartado 3.1.6. La diferencia está en que, en este caso, la malicia debe estar encaminada a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que estos contribuyentes tiene derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deben pagar. Fundamentalmente, busca evitar la alteración del Crédito Fiscal en el IVA, dado que por dicha vía los contribuyentes del referido tributo pueden llegar a pagar menos impuestos que los correspondientes a la verdadera relación Débito Fiscal versus Crédito Fiscal que constituye la base para la determinación del IVA.

El caso típico de aquello es la incorporación de facturas falsas para abultar el crédito fiscal. Dicha falsedad puede ser material o ideológica. Por lo tanto, las maniobras relativas al Débito Fiscal no encuadran con este tipo penal y, por consiguiente, deben sancionarse- si procede- de acuerdo, al inciso 1º de éste mismo N° 4.

En cuanto al tipo objetivo, el verbo rector es la realización de “cualquier maniobra” tendiente a aumentar el monto de los créditos o imputaciones a que pueda asirse el contribuyente. La amplitud y poca certidumbre de dicha expresión merece los mismos reparos que señalamos al tratar la hipótesis final del inciso 1º del N° 4 del artículo 97. Ahora bien, por “maniobra”, entendemos “cualquier artificio y manejo que un sujeto emplea en sus negocios” y se emplea con una connotación peyorativa. De esta manera la maniobra empleada por el sujeto activo deberá corresponder a un artificio que pueda normalmente ser asociado a fines defraudatorios y que dejen evidencia de la malicia del infractor.

Además, esta figura también es un delito de resultado, pudiendo decirse a su respecto lo mismo que se planteó respecto del inciso 1°.

Respecto del tipo subjetivo, las maniobras deben de ser dolosas, lo que se colige de las expresiones “maliciosamente” y “fraudulentamente” usadas en el tipo penal analizado. Esta intención positiva de inferir perjuicio al Fisco es la que permite distinguir la maniobra realizada de buena fe o incluso con error de aquella exigida por la ley.

### 3.3. Delito contemplado en el inciso 3° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Sanciona al que simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan. Los requisitos copulativos de este delito son: la simulación de una operación tributaria- por ejemplo: una exportación simulada- o la realización de cualquiera otra maniobra fraudulenta- por ejemplo: aumento indebido del precio de la operación que da lugar a la devolución; y la obtención mediante ello de devoluciones de impuesto que no le correspondan, con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del 100% al 400% de lo defraudado.

Autores como don Rodrigo Ugalde estiman que en este tipo penal nos encontramos ante un tipo de resultado, en cuanto la figura penal requiere para su consumación la producción de un resultado separado de la conducta que lo causa, por cuanto la sanción sólo será aplicable cuando “se obtuviere una devolución” que no correspondiera. Así, este atentado consiste en un egreso efectivo de dinero por parte del Fisco.

En cuanto al tipo objetivo, el verbo rector es “la simulación de una operación tributaria o “cualquier otra maniobra fraudulenta” destinada a obtener devoluciones de impuesto que no correspondan. La expresión simular no es sino ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones tributarias realizadas. En términos del Derecho Civil estaríamos ante una “simulación relativa y no absoluta”, pues se altera el contenido de la obligación tributaria y no la misma obligación tributaria. En relación al segundo verbo rector enunciado, maniobra “fraudulenta” implica que aquella debe ser apta para obtener la devolución de impuestos exigidas por el N° 4, inciso 3° del artículo en comento.

Respecto del tipo subjetivo, las maniobras deben de ser dolosas, lo que se colige de las expresiones “maliciosamente” y “fraudulentamente” usadas en el tipo penal analizado. Esta intención positiva de inferir perjuicio al Fisco es la que permite distinguir la maniobra realizada de buena fe o incluso con error de aquella exigida por la ley.

Con relación al tipo penal del inciso 3° es pertinente señalar que, en el caso de “defraudaciones tributarias” que recaen en devoluciones de impuesto a la renta, existe la norma del artículo 97 del D.L. N° 824, que también contempla una figura delictiva para sancionar penalmente las devoluciones indebidas de estos impuestos. Este artículo prescribe que “El contribuyente que perciba una cantidad mayor a la que corresponda deberá restituir la parte indebidamente percibida (...), sin perjuicio de aplicar las sanciones que establece el Código Tributario en su artículo 97 N° 4, cuando la devolución tenga su origen en una declaración o solicitud de devolución maliciosamente falsa o incompleta”. Este delito especial se remite al artículo 97 N° 4 del Código Tributario para efecto de las penas aplicables, sin embargo; no señala a que inciso de aquél se refiere. Esta omisión no es menor, pues la norma a la que se remite contiene una multiplicidad de penas diferentes en cada uno de sus incisos. A primera vista, parece lógico que se remite a las penas del inciso 3° del N° 4 del artículo 97, por cuanto el tipo especial del artículo 97 del D.L. N° 824 sobre la Ley de La Renta también requiere que se obtengan devoluciones para su configuración. No obstante,

haciendo un análisis más profundo, puede también señalarse que la referencia se hace al inciso 1º, debido a la similar descripción de la conducta fraudulenta que el legislador ha empleado en ambas figuras típicas, al indicar que la devolución ha de ser “...maliciosamente falsa o incompleta”. Recordando que en materia penal es aplicable el principio *in dubio pro reo*, no cabe duda que se debe interpretar a favor del reo, por ende sería aplicable la pena asociada al inciso 1º con lo que se restringiría la excesiva penalidad del inciso 3º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

#### 3.4. Delito contemplado en el inciso final del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Sanciona al que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en el N° 4 del artículo 97. Los requisitos copulativos del nuevo delito son que el sujeto activo (que puede ser cualquier persona, contribuyente o no), debe obrar maliciosamente; y que se acredite el fin de las maniobras sancionadas (que son confeccionar, vender o facilitar, a cualquier título, esto es gratuito u oneroso, los documentos denominados guías de despacho, facturas, notas de crédito, notas de débito o boletas falsas, con o sin timbre del servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en el N° 4 del artículo 97), pues si no se acredita el objeto de las maniobras, no existe delito.

La conducta es de carácter comitiva, ya que solo de esta forma es posible cumplir con los verbos rectores “confeccionar, vender o facilitar”; mientras que el resultado consiste en la mera actividad, pues se emplea la expresión “posibilitar la comisión”.

En cuanto al tipo subjetivo, el adverbio “maliciosamente” con que se inicia este inciso no deja ninguna duda en cuanto a la disposición interna que debe guiar al sujeto activo en este inciso final. Es, por tanto, un tipo doloso.

En cuanto a la pena en sí, esta disposición, no es más que la aplicación concreta, recogida por el legislador tributario, de una de las reglas del artículo 75 del Código Penal aplicada a la situación específica de los delitos del artículo 97 del Código Tributario. En efecto, por aplicación del artículo 75 del Código Penal, cuando un delito sea el medio necesario para cometer otro, sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. Como es deducible, la aplicación práctica de este inciso 4º será muy restringida, toda vez que los anteriores incisos del mismo N° 4 del artículo 97 contemplan, mayoritariamente, hipótesis en que “el uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados” forma parte de la estructura de cada figura. Por lo tanto, en la medida en que el citado “uso malicioso” es un elemento inherente a cada tipo, sin el mismo, difícilmente se podrán configurar. Es tanto así, que resulta de suyo imposible concebir que la comisión de los delitos de los incisos 2º y 3º pueda cometerse sin el empleo de facturas u otros documentos falsos o adulterados. Eventualmente, podría tener aplicación la disposición del inciso 4º respecto de la figura residual del inciso 1º, aunque será el análisis caso a caso el que determinará su uso.

### 3.5. Consideraciones finales sobre los delitos tributarios.

La decisión de utilizar la Memoria de don Maxi Salazar para construir este capítulo, se basó en el hecho que su trabajo consideró la que también creo que era la doctrina relevante a estudiar para plantear un marco teórico



relativo a los delitos tributarios, que fuera relativamente omnicomprendivo y razonable respecto de todos o la mayoría de los puntos a debatir en relación a aquéllos. Desde esa perspectiva, creo que la visión que se ha planteado es una razonablemente acabada y que permite los dos objetivos mediatos de este capítulo, que son en primer lugar proporcionar un lente desde el cual analizar la tesis de fondo aquí expuesta, sus fundamentos y las posibles objeciones; y en segundo lugar, constituir un humilde intento de uniformar las ideas doctrinales relacionadas con los delitos tributarios, pues la dispersión que existe actualmente solo contribuye a que se susciten potenciales problemas tanto o más graves que los que este documento implica.

## **CAPÍTULO II**

### **LA LEY 20.780, Y ESPECIALMENTE EL ARTÍCULO 4° QUÁTER**

#### **1. Fuentes utilizadas y ubicación.**

Para la confección de esta parte, me he valido de la Memoria de Prueba de doña Maite Gambardella d'Etigny titulado “Una reconstrucción del bien jurídico Patrimonio en los delitos tributarios. El caso del artículo 97 N° 4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Cláusula General Antielusión”, disponible como material electrónico y en el anexo de este documento, y se ubica en la bibliografía bajo el número 3; asimismo se utilizó la Historia de la Ley 20.780, que puede descargarse del sitio de la Biblioteca del Congreso Nacional, específicamente la participación de don Francisco Saffie en la discusión sobre la Norma General Antielusiva (dentro de la cual se encuentra el artículo 4° quáter), fundamentalmente debido a que su Tesis Doctoral contiene gran parte de las ideas de fondo que explican el fundamento de la NGA introducida al sistema chileno en la ley 20.780, y sobre su base es que doña Maite Gambardella escribe su trabajo;

finalmente, se usan ideas del libro “Principios de Derecho Tributario”, del profesor don Pedro Massone Parodi, que es un material impreso signado con el número 6 en la Bibliografía, y que no se encuentra entre los anexos de este documento.

## **2. Someros fundamentos de la NGA en la ley 20.780.**

A continuación, se encuentra la transcripción de la intervención de don Francisco Saffie ante el congreso. El subrayado es mío:

“El señor Saffie comenzó señalando la importancia de incorporar en la legislación chilena, tal como se propone en el proyecto, una norma general antielusión. Aclaró que no se referirá a aquellas normas que apuntan a reformar la estructura del impuesto a la renta, ya que ese punto ha sido debatido in extenso en la Comisión, sino que analizará las propuestas de medidas generales y especiales para combatir la elusión y evasión.

Indicó que uno de los puntos cruciales de esta reforma es la incorporación de medidas antielusivas y, en particular, la propuesta de incluir en el Código Tributario una norma general antielusión, conocida por sus siglas en inglés como GAAR, General Auto-avoidance Rules. A su juicio, esta norma constituye un paso importante no sólo para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, sino, también, para poner a Chile al día con la legislación comparada en la materia, puntualizando que la elusión es un problema, porque implica una menor recaudación fiscal y un comportamiento que erosiona la justicia horizontal de los sistemas tributarios. Es decir, erosiona la idea de que las

personas que tienen el mismo nivel de ingresos paguen impuestos de la misma forma.

Explicó que uno de los mecanismos tradicionales para evitar la elusión consiste en la dictación de normas legales especiales antielusión. Esto es, identificada una fuente de elusión se crea una ley especial para cubrir ese caso en particular. Sin embargo, las normas especiales antielusión han demostrado ser poco aptas para combatirla, ya que por su propia naturaleza no pueden adelantarse o cubrir nuevos supuestos de elusión, y de hecho, señaló que el Código Tributario y la ley sobre Impuesto a la Renta contienen múltiples normas especiales antielusión.

Ante las deficiencias de las normas especiales surge la idea de incluir en los ordenamientos jurídicos normas o cláusulas generales antielusión. Destacó que el propósito de estas normas es entregar criterios que permitan identificar conductas elusivas, pero que no se trata de normas que busquen sancionar, no corresponden al ámbito del derecho penal tributario.

En este sentido señaló que, contrario a las opiniones que se han escuchado en este debate, una norma general antielusión no es equivalente a conferir discrecionalidad al fiscalizador para crear obligaciones jurídicas.

Continuó indicando que la norma general antielusión no es una excentricidad chilena, y que son varios los países que cuentan con legislaciones que contienen una norma como la que se propone incorporar al Código Tributario, entre ellos, Australia, Francia, Alemania, Suecia, Singapur, Canadá, Brasil, Irlanda, Corea del Sur, Italia, Sudáfrica, China, Indonesia y el Reino Unido. Es más, destacó que la Unión Europea recomienda la inclusión de una norma general antielusión en la legislación interna de sus países miembros. En el caso de Estados Unidos, expuso que las normas antielusión fueron desarrolladas principalmente a través de la jurisprudencia y que el año 2010 se codificó la doctrina de la sustancia económica por sobre la forma jurídica. Por lo tanto, subrayó que países

tanto de la tradición continental como del Common Law, han codificado una norma general antielusión.

Aclaró que la norma general antielusión propuesta por el proyecto no representa una amenaza para los contribuyentes, ya que la norma no entrega facultades discrecionales y arbitrarias al Servicio de Impuestos Internos para generar nuevos hechos gravados distintos de los contenidos en la ley. Explicó que el esquema general de lo que propone el proyecto es el siguiente:

Los artículos 4° bis y 4° ter establecen la forma en que surgen las obligaciones tributarias y lo que se considera abuso de las posibilidades de configuración jurídica que las partes pueden adoptar y que acarrearán la consecuencia de evitar el surgimiento del hecho gravado. El artículo 4° quáter agrega una norma expresa que establece que los actos o negocios simulados son inoponibles al Servicio de Impuestos Internos. Por su parte, el artículo 4° quinquies establece el procedimiento para determinar los casos en que existe abuso o simulación.

Por lo tanto, señaló que existe un procedimiento y la posibilidad de normar la forma en que va a proceder la aplicación de esta calificación. Incluso, se le pide al director regional, al de Grandes Contribuyentes o al subdirector de Fiscalización, que den la autorización respecto de aquellas situaciones que constituyen abusos o simulación. Además, se exige un informe del Departamento Jurídico o de la Subdirección Jurídica del Servicio de Impuestos Internos.

Asimismo, destacó el hecho de que el procedimiento contemple la posibilidad de reclamar la liquidación, giro o resolución, conforme a las normas generales del Código Tributario. Es decir, los tribunales Tributarios y Aduaneros podrán revisar la calificación de abuso o simulación en que se base la liquidación, giro o resolución del Servicio de Impuestos Internos. En este punto, precisó que la norma propuesta no difiere de los procesos

administrativos para la operación de la norma antielusión contenidas en el derecho comparado. Por ejemplo, en el Reino Unido se contempla un proceso, casi idéntico, al que se propone en el proyecto en revisión, y que está vigente.

No obstante, señaló que existe espacio para introducir modificaciones en la redacción de las normas del artículo 4° bis y 4° ter y, tal vez, especificar más en la ley el procedimiento administrativo de calificación de situaciones de abuso y simulación, en lugar de dejar el inciso final de la norma que contempla la posibilidad de que sea detallado el procedimiento, administrativamente.

En definitiva, concluyó que la norma general antielusión que se propone incorporar no es una excentricidad, tampoco pone en riesgo a los contribuyentes ni la certeza jurídica. Por el contrario, la importancia de codificar esta norma general antielusión radica en que, contra lo que se ha argumentado en nuestro país, provee certeza a los contribuyentes, ya que después de aprobada la ley, sabrán que las conductas abusivas atentan contra sus propias obligaciones tributarias. Finalmente, señaló que se trata de una norma que refuerza el principio de legalidad en materia tributaria, porque deja en manos de la ley la forma en que surgen las obligaciones tributarias”.

El objetivo de citar esta parte de la Historia de la Ley, es utilizar estas líneas como comprensión inicial del cómo llegó la NGA (y junto a ella, el artículo 4° quáter) a nuestro sistema.

Es importante creo, en este punto, hacer un pequeño resumen de los argumentos que el señor Saffie expusiera. Estos son:

- La elusión es un problema porque erosiona la idea según la cual un mismo nivel de ingreso, debería tener un mismo nivel de carga impositiva;

- Las normas especiales antielusión son insuficientes porque no pueden anticiparse o cubrir nuevos supuestos de elusión;

- Al respecto, organismos como la Unión Europea recomiendan la inserción de una NGA en cada ordenamiento nacional, y hay múltiples países de ambas grandes tradiciones jurídicas, que así lo han hecho;

- Entonces, para reforzar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, dar certeza jurídica a los contribuyentes (que sabrán que sus conductas abusivas atentan contra sus propias obligaciones tributarias), reforzar el principio de legalidad en materia tributaria (pues quedará en manos de la ley la forma en que surgen las obligaciones tributarias), y poner

al día a Chile con el resto de países, se hace necesaria la introducción en nuestro derecho de una NGA.

Habiendo dicho esto, podemos sumergirnos un poco más en los fundamentos de la NGA chilena.

### **3. Un poco más detallados fundamentos de la NGA en la ley 20.780.**

Sucede que aunque en principio pasara desapercibido, hay una precisión sobre las normas del entonces proyecto de ley, en la que estoy completamente de acuerdo con Saffie, que es decir que la NGA finalmente introducida por la NGA, son normas tributarias, y no penales. Porque evidentemente, y como ya se estableció antes, el Derecho Penal es la *ultima ratio* del derecho, y solo reacciona cuando todos los otros mecanismos de respuesta de todas las otras ramas del derecho, fueron insuficientes o derechamente fallaron. Y a pesar que esto es evidente, es una idea que viene condicionada no por las normas y principios penales con las que la NGA no calzaría, sino más bien por la específica visión sobre la práctica del pago de



impuestos y su necesidad de protección penal, que plantea la posición que defiende la inserción de la NGA. Pues es necesario entender, que los delitos tributarios se encuentran en la mitad de ambas ramas del derecho, y por lo mismo deben ser analizados (y de ese análisis extraerse conclusiones) que encajen con los principios y normas de ambos. Lo contrario implicaría objeciones de constitucionalidad,

### 3.1 El argumento detrás de la NGA.

Para mostrar esto, utilizaremos el trabajo de Gambardella, que sintetiza los puntos más relevantes de la posición llamada Teoría del Reconocimiento Recíproco (en adelante, la “teoría del reconocimiento” o “reconocimiento”).

Sostiene Gambardella, hablando sobre la justificación usual de los delitos tributarios (el subrayado es mío), que

“[l]a idea que subyace a los diversos grupos de teorías que buscan justificar los delitos tributarios como protección del bien jurídico Hacienda Pública, es la comprensión instrumental y económica de los impuestos, de

manera que éstos son reconducidos en último término a su función recaudadora o redistributiva, coincidentemente con “el paradigma clásico del derecho tributario”. Lo anterior es relevante ya que se sostendrá que una justificación instrumental de los impuestos y del derecho tributario no permite dar cuenta ni interpretar correctamente problemas como la elusión y los delitos tributarios.

El “paradigma clásico del derecho tributario” sistematizó una teoría de las finanzas públicas que tiene como función determinar una relación entre los ingresos fiscales y el gasto público bajo criterios de justicia, dependiendo en su contenido de determinadas concepciones acerca del hombre y su relación con el Estado. Según Saffie, los cuatro presupuestos en que se funda el paradigma clásico del derecho tributario son (i) la comprensión del individuo como puramente racional; (ii) la propiedad privada como un derecho natural; (iii) los impuestos como instrumentos para la recaudación de ingresos; y (iv) la ceguera ante principios de justicia aspiracionales en la tributación. Estos elementos son comunes a diversas teorías políticas y de derecho tributario que permiten comprender los presupuestos que subyacen al mismo. Según el paradigma clásico del derecho tributario, los impuestos constituyen medios para la obtención de un fin, de manera que éstos se encuentran justificados si van a favor del interés de los individuos, expresado en el financiamiento para satisfacer necesidades comunes.

(...) Una interpretación como la anterior, que asimila la estructura de la relación propia del derecho tributario a las obligaciones del derecho privado por un lado, y del derecho penal por otro, va en contra de la autonomía del derecho tributario y por tanto, limita la interpretación de sus propias categorías, razón por la cual el derecho tributario ha sido incapaz de resolver problemas en su dimensión explicativa o descriptiva como el fenómeno de la elusión tributaria, por ejemplo, que muchas veces se considera como un problema moral antes que legal. (...) Podría sostenerse entonces, que “la estructura jurídica del derecho tributario (y sus justificaciones de carácter político y moral subyacente) no ha sido

actualizada para acomodarse a las demandas políticas y morales de la actualidad”.

(...) Con el propósito de reconstruir una justificación alternativa de los delitos tributarios capaz de dotar de contenido interpretativo sus elementos normativos, se seguirá en este punto la tesis propuesta por Francisco Saffie, según la cual el pago de impuestos es una práctica que tiene como bien interno el **reconocimiento recíproco**. En primer lugar, la tesis propuesta implica redefinir el concepto político de igualdad y su relación con la idea de justicia distributiva en base a los siguientes supuestos: por una parte, comprendernos como individuos dentro de una comunidad política supone la existencia de ciertas cargas como ciudadanos y de un proyecto común, es decir, la idea de autonomía descansa en nuestra dependencia recíproca; por otra parte comprender a los ciudadanos como autores de la ley supone que los ideales políticos se encuentran abiertos a una determinación democrática. Entender la igualdad en la base de la justicia distributiva como concepto político implica que la asignación de los bienes se realiza por una decisión previa que construye los criterios de distribución y es dependiente de una concepción del bien común, no así un estado de cosas a ser alcanzado como plantea una aproximación liberal o económica de la justicia distributiva.

En segundo lugar, el concepto de práctica hace referencia a la definición de MacIntyre según la cual se trata de “cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intentan lograr los modelos de existencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente, con el resultado de que la capacidad humana de lograr la excelencia y los conceptos humanos de los fines y bienes que conlleva se extienden sistemáticamente”. Así, según el mencionado autor, las actividades humanas pueden relacionarse con bienes internos y externos, donde los primeros se caracterizan porque su logro es un bien para toda la comunidad que participa en la práctica; y los bienes externos, en cambio, se logran individualmente, de manera que mientras se obtengan en mayor cantidad por un individuo, menos podrán ser obtenidos

por otros. Si bien MacIntyre reconoce que las instituciones se relacionan con bienes externos, tales como el dinero u otros bienes materiales, su tesis se diferencia de una justificación meramente instrumental de las instituciones (individualismo material), al afirmar que éstas nunca podrán explicarse atendiendo únicamente a sus bienes externos, “[e]llas deben ser la expresión de las prácticas que sostienen y esto implica que se encuentran, también, vinculadas a los bienes internos que caracterizan a estas últimas”.

En tercer lugar, **el concepto de reconocimiento que se propone es una reconstrucción hecha por Axel Honneth que pretende actualizar la explicación teórica de Hegel según la cual la formación de identidad de los sujetos depende del reconocimiento intersubjetivo.** Se identifican tres esferas de reconocimiento: el individuo, la persona y el sujeto, donde las formas de reconocimiento en cada una de ellas corresponden a la familia, la sociedad civil y el Estado respectivamente. En la primera, el individuo es reconocido a través de relaciones afectivas; en la segunda etapa el derecho reconoce la igualdad y autonomía formal de las personas; y en la tercera, los sujetos son reconocidos en el Estado a través de la solidaridad. Honneth pretende defender una teoría del reconocimiento que funcione como un estándar normativo capaz de evaluar las instituciones sociales por parte de los mismos individuos que luchan por el reconocimiento. **Interesa particularmente el reconocimiento por el derecho, como aquel que permite a los sujetos decidir sobre la ley y por tanto, gobernarse de manera autónoma.** La esfera que sigue al reconocimiento por el derecho, es la solidaridad, donde los integrantes de una comunidad política comparten un marco ético o una idea substantiva no estática de intereses comunes que orientan las formas de reconocimiento y el derecho.

Desde la teoría del reconocimiento propuesto por Honneth y la idea de MacIntyre según la cual lo que nos distingue como seres humanos es ser poseedores de un razonamiento práctico, al que llegamos necesariamente por nuestra relación con los otros y a partir del cual somos capaces de decidir cómo actuar en situaciones particulares y en nuestra vida; es posible afirmar que “nuestro desarrollo como seres humanos está condicionado por las interacciones sociales. Para desarrollar nuestras máximas capacidades

como seres humanos, dependemos de los otros y de las complejas interrelaciones sociales que hemos construido con quienes interactuamos”. **Una justificación meramente instrumental** de las instituciones niega la conexión existente entre éstas y las interacciones sociales, en otras palabras “[I]o que la justificación meramente instrumental **niega** es, precisamente, el punto defendido por Honneth y MacIntyre, esto es, **que la posibilidad de desarrollarnos completamente como individuos es una empresa colectiva.** De esta manera, la justificación meramente instrumental de la tributación niega la idea misma de dependencia recíproca”. Establecidos los tres puntos anteriores, es necesario analizar ahora la relación de los impuestos y el reconocimiento recíproco o solidaridad. En estos términos, los impuestos se entienden como una forma en que se distribuyen los bienes en una comunidad política, asegurando las condiciones materiales para su existencia, de manera que “los impuestos no pueden sino ser entendidos como parte de una evolución histórica, dentro de la cual el reconocimiento por el derecho y por el Estado ha hecho posible el completo desarrollo de la auto-realización. Los impuestos forman así parte de una vida ética y es una práctica esencial para la solidaridad”.

A partir de estas ideas es posible reconfigurar el elemento del paradigma clásico según el cual se entiende a la propiedad privada como un derecho natural que puede ser limitado únicamente a través de la voluntad del propietario. Puede cuestionarse desde el siguiente argumento: si se acepta una justificación de la propiedad privada como la anterior, igualmente es necesaria una decisión previa de la comunidad política acerca de un sistema de asignación; si se agrega que el desarrollo intersubjetivo de los sujetos requiere el reconocimiento de ciertos derechos para mantener el respeto entre los ciudadanos, entonces el derecho de propiedad privada tiene un límite intrínseco, a saber, el reconocimiento de la propiedad privada de otros. La consecuencia radical de ambas ideas es la siguiente: “los impuestos son constitutivos de la propiedad privada (...) Propiedad privada e impuestos son dos caras de una misma moneda”. El argumento anterior tiene, a su vez, dos consecuencias lógicas: en primer lugar, la redistribución sería una consecuencia necesaria del reconocimiento del derecho convencional a la propiedad privada, de manera que existiría una asignación constante de bienes desde una idea común de la vida ética; en

segundo lugar, quiere decir que la obligación de pagar impuestos puede explicarse sobre una nueva justificación, porque no dependerá de la voluntad de los individuos, sino del derecho a la propiedad privada como existencia objetiva: **“[t]odo individuo al que se le reconozca un derecho de propiedad privada, tendrá el deber de pagar impuestos [...] [que] no puede justificarse en términos meramente instrumentales; sino que formará parte de la propiedad privada”**. En este sentido, la propiedad se comprende como una institución jurídica que encuentra su fundamento en el interés general, ya sea de forma mediata en el caso de la propiedad privada (protege el espacio de autonomía de los individuos, de manera que el interés general está mediado por el interés particular) o de forma inmediata en el caso de la propiedad pública (a través de la disposición directa de los bienes para la satisfacción de alguna necesidad general), porque antes que un derecho subjetivo, la propiedad es una institución que se fundamenta en el interés general.

Se sostendrá que una interpretación como la anterior permite dar cuenta de aspectos problemáticos como la elusión y los delitos tributarios, a diferencia de lo que ocurre con una comprensión instrumental de los impuestos, entregando una serie de herramientas teóricas al momento de discutir sobre la justificación e interpretación de los delitos tributarios y de dotar de contenido sustantivo los conceptos propios del derecho tributario.

Desde una interpretación que otorgue sentido al derecho tributario como práctica con un bien interno de reconocimiento recíproco y que comprenda el deber de pagar impuestos justificado en una determinada comprensión de la propiedad privada, la pregunta que surge es la siguiente: ¿puede el derecho penal punir la afectación del bien interno “reconocimiento”? Si la respuesta es afirmativa, ¿de qué forma lo hace? Avocarse a responder estas preguntas supone analizar la **relación que existe entre el derecho penal y el derecho tributario**, es decir, establecer de qué manera el derecho penal da cuenta de las categorías del derecho tributario, para establecer (i) la justificación sustantiva de la categoría delitos tributarios; y (ii) construir un criterio central de interpretación y

sistematización de los tipos individuales que componen la categoría en cuestión desde la identificación del objeto de protección o “lo protegido”.

El concepto de accesoriedad ha sido utilizado por parte de la doctrina para describir la relación entre el derecho penal y otras áreas del derecho, como es el caso por ejemplo del derecho penal ambiental. **En sede penal tributaria es posible hablar de una “accesoriedad normativa-conceptual”, entendida como la incorporación de conceptos tributarios en los tipos penales, los cuales no necesariamente deben tener un contenido idéntico, determinando previamente su carácter normativo o descriptivo.** En este sentido, afirma Kuhlen que el delito de fraude fiscal es “accesorio respecto del Derecho tributario, en la medida en que su ámbito de aplicación depende de la configuración del Derecho tributario”. En el mismo sentido, el profesor Van Weezel establece que “[l]as normas penales tributarias, y en particular los tipos penales contenidos en el Código Tributario, describen infracciones de deberes cuyo contenido y alcance precisos emanan de la legislación tributaria sustantiva y procesal”, agregando que “no es tarea de la Justicia Penal definir la existencia y alcance de las obligaciones tributarias en juego, sino constatar tal existencia y alcance, y resolver las cuestiones estrictamente penales en el caso concreto (dolo, culpabilidad, error, etc.)”. Mayoritariamente, hay también quienes defienden una “accesoriedad de derecho”, entendiendo los delitos tributarios como leyes penales en blanco, estableciendo que se trata de “un delito en esencia abierto, ya que sólo se completa cuando se lee conjuntamente con las leyes fiscales que llenan su contenido”.

**La idea de accesoriedad descrita es problemática** si no se distingue en sede de justificación **pues se confunden las justificaciones de la obligación tributaria y del delito tributario, es decir, se asume que la razón por la cual se pagan impuestos es la misma por la cual se impone una pena en materia penal tributaria.** Los párrafos que siguen tienen por objeto mostrar por qué es problemático que ambas justificaciones se consideren como iguales, de manera que se pondrá en duda la posición doctrinaria que asume que existe una identidad entre el bien jurídico protegido por el derecho penal tributario y la justificación de la obligación

de contribuir (en adelante, “tesis de la dependencia”). Para ilustrarlo con un ejemplo, si el contribuyente “A” deja de pagar un impuesto “X” por realizar una declaración falsa, la justificación para que “A” pague efectivamente aquello que dejó de pagar (impuesto “X”) es la misma bajo la tesis de la dependencia, que la justificación para imponerle una pena a “A” en razón de haber incurrido en un delito tributario a causa de la misma conducta. **En contrario, se sostendrá que no existe identidad entre la justificación en que se funda la obligación tributaria, la configuración del hecho imponible, y el derecho penal tributario. Esta posición (en adelante, “tesis de la independencia”) permite por una parte, construir la obligación tributaria que tiene su fuente en la ley y en la teoría del hecho imponible y, por otra, dejar espacio para una justificación de la necesidad y el merecimiento de pena respecto del incumplimiento del deber tributario que opere con criterios propios del derecho penal.** En el mismo ejemplo anterior, la Administración tiene facultades para hacer que “A” pague aquello que le corresponde en razón de haber incurrido en el hecho gravado que genera la obligación de pagar el impuesto “x”, cuestión diferente de la justificación necesaria para imponer una pena privativa de libertad a “A” en razón de un delito tributario en sede penal.

**La identidad o dependencia mencionada es problemática porque condiciona la interpretación de los elementos normativos de los tipos penales tributarios, por ejemplo, podrían extenderse irracionalmente las sanciones penales en consideración a razones substantivas que justifican la obligación de contribuir, o bien podría limitarse la aplicación de las sanciones considerando una justificación del derecho tributario que permite la elusión.** En estos términos, varios de los problemas que la doctrina identifica respecto de la configuración de los delitos tributarios contenidos en el Código Tributario, derivan del intento de subsumir esos delitos en alguno de los modelos que la doctrina propone como justificación del deber de pagar impuestos. Así, bajo esta lógica se concluye que el merecimiento y la necesidad de pena vinculada a la infracción de los deberes tributarios, son dependientes de la justificación de la obligación de contribuir, de manera que la aplicación del derecho penal estaría condicionada substantivamente a la justificación del derecho tributario. Para cuestionar la referida tesis de la dependencia, **hay que mostrar que el**



**derecho tributario no busca sancionar ninguna conducta, de manera que no responde a la misma lógica del derecho penal**, sino que es la expresión de deberes fundados en alguna concepción de la justicia distributiva y por tanto la justificación de ambas no puede ser idéntica. **En este sentido, se diferencia por ejemplo la aplicación del principio de legalidad en materia tributaria y penal, así como es admisible en el derecho tributario incorporar criterios substantivos de aplicación de las normas vigentes (como es el caso de la cláusula general antielusión).**

La tesis de la independencia supone una relación entre el derecho penal y el derecho tributario que resguarde aquellas cuestiones valiosas que están contenidas en la configuración legal de cada una de estas áreas del ordenamiento jurídico. **El derecho penal tributario no depende de la justificación del derecho tributario**, sino de que éste sea capaz de proveer las categorías legales que expliquen adecuadamente los casos que supondrían un incumplimiento del deber tributario y así definan el momento en que el derecho penal se vuelve relevante. Lo anterior se aviene con una comprensión del derecho penal que “protege bienes jurídicos al reforzar punitivamente, esto es, a través de normas de sanción, determinadas normas de comportamiento que pretenden motivar a sus destinatarios a evitar la realización de comportamientos lesivos para uno o más bienes jurídicos, normas cuyo quebrantamiento es objeto de reproche a través de la imposición de una pena”.

(...) **Se identificará el objeto de protección de los delitos tributarios como la decisión democrática sobre el gasto público en la formación del patrimonio público**, lo cual implica redefinir el concepto tradicional Hacienda Pública y apropiarse de esta categoría. Así, la institución de los impuestos se considera valiosa por ser condición de posibilidad de decisión sobre el gasto público en la formación del patrimonio público, es decir, reconocer que la formación de éste tiene también una dimensión política, y no sólo económica, que comprende la posibilidad de decidir sobre el patrimonio a través de la representación del parlamento en la definición del gasto público en la Ley de presupuesto.

Ilustrado en un ejemplo, si “A” y “B” son contribuyentes, sus impuestos pasan a formar parte del patrimonio público en dos aspectos diferentes: en primer lugar contribuyen a la formación del ingreso público, lo que puede definirse como un ámbito económico del patrimonio público, pero en segundo lugar participan de la decisión sobre el gasto público, específicamente a través de la Ley de Presupuesto, ámbito político del patrimonio público. Ahora bien, si “A” paga su impuesto “x” y “B” no paga su impuesto “y”, la consecuencia lógica e inmediata es que disminuye el ingreso público, lo que llevaría a concluir que el objeto de protección es la Hacienda Pública (o el ámbito económico del patrimonio público) coincidentemente con su concepción tradicional, pero es también consecuencia de lo anterior que aquello afectado sea la capacidad de “A” de decidir colectivamente sobre el gasto público, pues hay una parte que no estará disponible (la que corresponde a lo no pagado por B) para decidir democráticamente sobre ella a través del presupuesto. En otras palabras, lo relevante no es solo que falte “y”, sino cómo falta “y”, pues esto implica hacerse cargo de la dimensión política del patrimonio público, ya que en caso contrario, es decir, que lo protegido solo sea el aspecto económico de éste, entonces sería suficiente para protegerlo que la Administración utilizara los mecanismos coercitivos de los que dispone para obtener el pago del impuesto “y” que dejó de pagarse (...) La identificación del objeto de protección propuesto es consecuencia de la justificación de la protección penal, es decir, la reificación como mal compartido. **Se protege la dimensión política del patrimonio público porque no hacerlo implica dejar abierta la posibilidad de tratar a los demás sin reconocerlos, de forma instrumental o meramente económica.** La reificación aparece como un peligro o mal compartido cuando el patrimonio no se identifica como público, sino que se asimila a una comprensión del patrimonio individual. Así, la posibilidad de decidir democráticamente sobre el gasto público y el presupuesto es expresión de la autonomía de una comunidad política. **La idea que subyace es una comprensión del derecho tributario como expresión jurídica de la voluntad del pueblo, como parte de las decisiones que de manera autónoma debiese tomar la comunidad política, lo que supone que no haya espacio para el uso instrumental del derecho por los individuos o algún grupo político (...)** Lo que se propone es la reconstrucción de un bien jurídico colectivo e institucional, cuestión que enfrenta una dificultad respecto de las estructuras de imputación del

derecho penal basado en la libertad individual. Que se trate de un bien colectivo significa que la característica valiosa atribuida al patrimonio público es de titularidad difusa, de modo que su valoración positiva se formula desde una perspectiva supra individual o colectiva, que se trate de un bien institucional quiere decir que amenaza más que bienes personales, una institución colectiva y sistémica que es base del funcionamiento y estabilidad de una comunidad, de manera que los bienes jurídicos institucionales “comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que, por ello, su lesión tiene un carácter autónomo, y no dependiente en cuanto estadio previo a la lesión de un bien jurídico individual”<sup>7</sup>.

“Al retomar la discusión en el caso de los impuestos, en el artículo 97 N° 4 inciso tercero del Código Tributario, las maniobras fraudulentas aparecen como el género dentro del cual se encuentra la simulación. La pregunta aquí relevante ya comentada, y que puede encontrar una similitud en la estructura argumentativa que se desarrolló en relación al artículo 285 y la colusión, es la siguiente: ¿son las maniobras fraudulentas más amplias que el engaño? ¿Son las conductas elusivas maniobras fraudulentas? En otras palabras ¿es punible la elusión a través del artículo 97 n°4 inciso 3°? Y por otra parte, ¿en qué se diferencia el concepto de fraude utilizado como “maniobras fraudulentas” de aquel utilizado al establecer la norma de sanción como “lo defraudado?”

La simulación en sede penal puede definirse –siguiendo a Etcheberry– como “cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad”, de manera que “simulación y error son sólo los dos momentos en que se desdoble el elemento engaño”. Aplicado al ámbito tributario, hay en la doctrina chilena quienes distinguen la simulación lícita de la ilícita, donde la primera correspondería a las conductas elusivas y la segunda las evasivas, de manera que “sería contrato simulado aquél en que dos o más personas se conciertan para engañar y

---

<sup>7</sup> Bibliografía N° 3, páginas 20-29.

perjudicar al fisco”. Se establece así que la simulación ilícita o evasión será siempre antijurídica “pues en ella se está fingiendo la celebración de un acto o contrato, con el preciso ánimo de provocar un perjuicio al fisco, mediante el pago de menos tributos”. En esta comprensión parecen confundirse las exigencias del tipo y los medios comisivos, pues **sin duda la simulación puede ser un medio comisivo para realizar conductas evasivas tipificadas como delitos tributarios**, pero ello no quiere decir que siempre la evasión se realizará a través de la simulación entendida como un concierto entre dos personas con el fin de engañar y perjudicar al fisco. Además, **cabe preguntarse por qué las conductas elusivas no podrían considerarse dentro del tipo penal en cuestión si consideramos una comprensión amplia de las “maniobras fraudulentas” diferentes a la simulación**. En este sentido, reconoce el Servicio de Impuestos Internos que “La simulación tributaria a que hace referencia el artículo 4° quáter también es distinta de aquella a que hace referencia el artículo 97, número 4, del Código Tributario. La simulación para efectos del derecho penal tributario exige elementos subjetivos que no son necesarios de considerar, a juicio del legislador, al momento de determinar que un determinado acto o contrato es elusivo por simulado. De hecho, esto es plenamente coherente con la distinción entre elusión y evasión (...) se reitera que, en general, las normas legales señaladas prescinden de los elementos subjetivos que son usualmente utilizados en el derecho infraccional o penal, en cuanto carece de relevancia la determinación de la culpa o dolo para los fines de su aplicación”<sup>8</sup>.

### 3.2. Comentarios al argumento detrás de la NGA.

Con el fin de analizar todo lo planteado en el punto anterior, procedo ahora previo a ello a enunciar las afirmaciones clave y una somera

---

<sup>8</sup> Ibídem, página 61-62.

justificación cuasi literal de lo planteado por Gambardella, coincidentes con lo subrayado por mí en la cita que hiciera de su trabajo, esperando de esta forma esquivar objeciones relacionadas con la calidad del argumento contra el que me pronuncio. Asimismo, todo lo dicho aquí lo es sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en capítulos posteriores. Considerando eso, comencemos.

3.2.1. El derecho tributario debería ser autónomo y el que no lo sea, limita la interpretación de sus propias categorías, razón por la cual ha sido incapaz de resolver problemas en su dimensión explicativa o descriptiva como el fenómeno de la elusión tributaria (...) la estructura jurídica del derecho tributario (y sus justificaciones de carácter político y moral subyacente) no ha sido actualizada para acomodarse a las demandas políticas y morales de la actualidad: El derecho tributario, si bien puede reconocerse como una disciplina autónoma con sus principios, conceptos, definiciones y calificaciones propios, no existe en el vacío, sino que es una constelación más del universo representado por el sistema jurídico chileno. Y desde esa perspectiva, debe ser posible plantear una lógica tributaria que sea

internamente coherente en sí misma y que además encaje con las demás ramas del derecho, conformando el todo orgánico que el sistema debe ser.

Ahora, el que desde la posición de la independencia que defiende la existencia y configuración de la NGA el derecho tributario hasta ahora, con la tesis patrimonialista, no haya sido capaz de dar respuesta a fenómenos como la elusión, es una opinión y no un hecho, lo cual puede afirmarse desde una perspectiva de forma y una de fondo.

En la forma esa afirmación es una opinión y no un hecho, porque para poder determinar si un sistema de normas tiene o no respuesta para una situación específica, hay que primero hacer un ejercicio de análisis e interpretación de las normas del sistema, para evaluar primero qué regula dicho sistema, y segundo, hay que determinar cuál es la norma de clausura del mismo. Kelsen fue de los primeros en plantear la Teoría del Sistema Jurídico, que es expresable mediante la metáfora de una pirámide en la cima de la cual se encuentra la Constitución, y en la base la jurisprudencia de los tribunales de justicia cuya función es especificar qué normas del sistema son aplicables a la situación y cuáles no. Y según Kelsen, la norma de

clausura de todo sistema, entendiendo por supuesto las normas como un sistema de mandatos o prohibiciones y sanciones (en el sentido de “consecuencia jurídica de realizar o no una conducta” y no necesaria ni específicamente en el sentido de “castigo” como sería el primer significado de la palabra que al lector se le viene a la mente al leerla), es que todo lo que no esté expresamente prohibido, está permitido. El punto aquí es, que si la posición de la independencia quiere sostener que el derecho tributario no ha podido responder a la elusión, está en el fondo diciendo que el sistema jurídico chileno, con todas las cosas que regula, no tiene respuesta para aquella situación en la que un particular cumple formalmente la ley pero encuentra la forma de no gatillar la obligación tributaria mediante el esquivar de la forma que la ley regula y mediante la cual la obligación nace. Y creo que esta visión nace de una concepción errada de lo que es, en el fondo, el derecho tributario. Esa visión se planteará metafóricamente desde ya afirmando que el derecho tributario puede explicarse como una red hecha de palabras, tan simple como eso.

Me valgo de las objeciones planteadas a Kelsen por Hart en “El Concepto de Derecho”, donde Hart plantea el problema de la textura abierta

del derecho para explicar por qué era una suerte de mal necesario la discrecionalidad judicial en la interpretación de la ley. Los ejemplos más simples que se usan para explicar esto son el de si acaso aquella norma que, por decir, castiga con un día de reclusión el dormir en las estaciones de trenes, está sancionando a cualquiera que duerma ahí (incluido quien está sentado esperando su tren durante el día por treinta minutos y se queda dormido sentado), o solo a quienes se escabullan de noche para quedarse dentro de la estación (por guarecerse del frío o lo que sea); o (aterrizando el ejemplo al caso tributario) el de si aquella otra norma que gatilla impuesto por sacar copias de llaves, aplicaría para el caso en que uno sacara la copia de una tarjeta magnética que sirve como llave de una puerta. Todo esto en el fondo, implica que no importa qué tan bien detallada esté una norma, o un sistema de normas, siempre será necesario un ejercicio de interpretación para determinar si un supuesto específico de hecho, está o no regulado por una cierta norma en especial o sistema en general.

Y es esa afirmación una opinión y no un hecho, en el fondo además, porque en realidad la tesis patrimonialista, de la dependencia, sí tiene una



respuesta a la elusión, con un concepto coherente y consistente con el resto de la posición. Se planteará en su momento.

Ahora bien, ¿por qué todo esto es importante? Porque en el derecho chileno, la norma de clausura es que todo lo no prohibido expresamente, está permitido. Uno podría objetar que los conceptos de Orden Público y Buenas Costumbres (hasta cierto punto no tan extenso hoy en día, la Seguridad Nacional también), siendo en sí mismos de los llamados conceptos jurídicos indeterminados (pues su contenido depende del sentir del momento por parte de quien esté aplicando la norma en la situación determinada), constituyen así y todo un límite jurídico (y mediante las autoridades que operan el derecho, uno de hecho también) a la libertad general que acarrea el poder hacer todo lo que no esté prohibido (y más aún lo que no está regulado); pero el hecho es que la autonomía de la voluntad del derecho privado es el modelo desde el cual se construye todo nuestro derecho. Nuestro sistema jurídico de normas, responde a un modelo económico neoliberal, donde se exageran las libertades y se minimizan los derechos, de lo cual es un ejemplo la educación, que se consagra como libertad de elegir en vez de derecho (que sería justiciable por los tribunales,

no así la libertad de elección), y otro ejemplo sería el trabajo, análogamente a la educación. Y desde esa perspectiva, el sistema completo viene construido sobre una lógica de mercado, una lógica en la que el Estado se limitó a condicionar el juego de la vida mediante la dictación del sistema de normas que conocemos como Derecho. Así, la elusión se presenta realmente como un problema de astucia, un problema condicionado por la textura abierta del derecho.

En efecto, este es el punto de insistir en la idea del derecho tributario como una red de palabras. Sucede que al igual que toda rama del derecho, el tributario se compone de normas que, a su vez, se componen de palabras, Y las múltiples significaciones de cada palabra, junto a las múltiples posibles interacciones de unas con otras en una misma norma, y luego de eso con otras normas tributarias, generan una red que está diseñada para (o en cuyo diseño la inspiración era el intentar) atrapar todas las situaciones posibles, con los fines recaudatorios que por supuesto tienen los impuestos. Desde esta visión, **propongo una forma de distinguir la evasión de la elusión** bastante simple. Considerando esta red y su textura abierta, el ser atrapado por ella y atravesarla rompiéndola, es evasión, por supuesto que ilícita en

todos los casos; pero encontrar la forma de pasar entre las necesarias aberturas de toda red (que justamente vienen condicionadas por la textura abierta, pero no únicamente por ella) es elusión, y es completamente lícita.

Claro, el lector podría pensar en este punto de la idea, que estoy cometiendo falacia argumentativa de petición de principio, pues estoy introduciendo múltiples ideas que están cada una sujeta a potenciales mini debate. Sin embargo, creo que lo que he dicho hasta hora es solo ligeramente debatible (salvo evidentemente, mi visión del derecho tributario como red de palabras, y conceptos relacionados de evasión y elusión), pues al final de cualquier observación posible a las ideas, habría que conceder. Y en ese caso, si puedo plantear que la norma de clausura en el derecho chileno es, efectivamente, el que todo lo no expresamente prohibido está permitido (y más aún lo que no esté regulado), entonces es posible entrar a evaluar mínimamente y en principio al menos, la idea de la derogación de los delitos tributarios por la NGA y su artículo 4° quáter.

Pues porque si a) todo lo no prohibido está permitido, pero además b) nuestro derecho es un sistema en sí, donde cada rama debe saber hacer sus

propias normas y principios con las de los demás, para conformar un todo coherente y unitario; considerando que c) el derecho y sus normas se componen de palabras, lo que implica el eterno problema de la textura abierta del derecho, y además que d) el derecho penal específicamente funciona como *ultima ratio*, protegiendo aquellos bienes jurídicos que son fundamentales para la sociedad, entonces e) es razonable pensar que cuando el derecho tributario modifica su postura respecto a la elusión, entonces f) lo que diga y haga el derecho tributario por supuesto que afecta al derecho penal tributario (que g) no es una rama independiente, sino que es la intersección de los conjuntos “derecho penal” y “derecho tributario”).

Al respecto, resulta atinente el análisis que hace don Pedro Massone en su obra “Principios de derecho Tributario”, y el cual se cita a continuación.

“Negación de la autonomía. Diversos autores van más allá y señalan que la autonomía del Derecho Tributario es inexistente. Ejemplos: A.D. Giannini, Guido Zanobini, Ezio Vanoni, Geraldo Ataliba, Alfredo A. Becker, Norberto J. Godoy, Paulo de Barros Carvalho.

Además, sostienen que los preceptos del derecho tributario no son normas que constituyan una excepción a normas más generales. Si el derecho tributario es verdaderamente aquel derecho que codifica el modo según el cual se concreta el deber de la generalidad de los individuos de concurrir a la cobertura de los gastos públicos del Estado, las normas de derecho tributario se dirigen a la generalidad de ciudadanos sujetos al ordenamiento jurídico y regulan supuestos normales, de la misma forma que lo hacen otras normas que son conceptuadas ordinariamente como normas de derecho común.

El sistema jurídico -entendido como el conjunto de todas las normas positivas en vigor- es uno e inescindible. Para fines didácticos, es posible efectuar cortes metodológicos, separando determinadas materias, con la finalidad única de facilitar la primera aproximación al tema. De este modo, no se puede concebir la afirmación de la existencia de cualquier rama en términos absolutos. La distinción de las ramas del derecho es solo un expediente científico, de alcance meramente metodológico, con efecto puramente operacional, de facilitar el estudio.

Es innegable que, desde un punto de vista didáctico, es útil separar aquella materia que se acostumbra llamar derecho tributario y estudiarla separadamente. Esto es, inequívocamente, muy útil. Puede haber, por tanto, una autonomía didáctica del derecho tributario; para efectos de la enseñanza, podemos separar lo que llamamos derecho tributario del resto del derecho. Para que haya autonomía científica es necesario que un determinado sector del derecho tenga principios propios, categorías propias, institutos propios y técnicas propias.

El ordenamiento jurídico es uno e indescomponible. Sus elementos -las unidades normativas- se hallan irremediamente entrelazados por los vínculos de jerarquía y por las relaciones de coordinación, de tal modo que intentar conocer reglas jurídicas aisladas, como si prescindiesen de totalidad del conjunto, sería ignorarlo, en cuanto sistema de proposiciones prescriptivas.

La división en numerosas ramas facilita el acceso cognoscitivo. Solamente eso. A pesar de ahí, cualquier empeño de profundización teórica significará, para el científico, encontrarse con la totalidad integradora del sistema, en toda su complejidad y pujanza. La tentativa de dar verticalidad a la pesquisa desubicará al estudioso, inmediatamente, colocándolo frente a la plenitud indivisible del ordenamiento global. Se ve, de este modo cuan efímera y superficial es la separación de los sectores jurídico-positivos en ramas (derecho civil, constitucional, administrativo, tributario, comercial, procesal, etc.), que gana sentido, apenas y tan solamente, como expediente técnico de ingreso en el orden jurídico vigente.

Se puede concluir, entonces, que dar estatuto de autonomía a la ciencia del derecho tributario, aunque fundados en el aislamiento de la identidad semántica del vocablo tributo, es cometer un exceso que un análisis más agudo del fenómeno jurídico de la incidencia no puede autorizar. Mejor será que hablemos de autonomía para fines didácticos o expositivos.

De acuerdo a lo manifestado, debemos desechar que pueda calificarse como autónoma a una rama del orden jurídico y por ende al derecho tributario. Entendemos que lo realmente autónomo no es cada rama en que continuamente se divide un orden jurídico nacional, si no precisamente éste con respecto a otros órdenes jurídicos nacionales. Incluso en este ámbito va ganando terreno, cada día más, la influencia e interdependencia de los distintos órdenes jurídicos nacionales e, incluso la subordinación de éstos a los órdenes supranacionales e internacionales, en un proceso que nos parece necesario y altamente conveniente.

Por lo demás, el pensamiento consiste no en tomar las cosas aisladamente y sin que tengan que ver con otras, sino en buscar sus conexiones, sus nexos que las juntan en una realidad coherente. Unas se apoyan en otras, se iluminan recíprocamente, permiten así comprenderlas.

Solamente así puede brotar esa luz que ilumina las cosas, las descubre y pone de manifiesto, que llamamos verdad.

Conclusiones. En un plano teórico o doctrinario, me cobijo bajo la bandera que niega la autonomía, por lo menos como principio. Para ello, hago más las razones expuestas por quienes niegan una autonomía que vaya más allá de satisfacer fines prácticos relativos a la docencia, la investigación o la exposición. No obstante, creo que ello no permite desatender el hecho de que el Código Civil y el Código Tributario chilenos acogen y dan cierta prioridad al principio de la especialidad, aunque este principio puede también ser considerado un principio que no es propio del derecho tributario, sino que tiene, dentro del derecho chileno, naturaleza y alcance más general.

En particular, el Código Tributario establece una primacía para todo lo previsto en el mismo y en las demás leyes tributarias, restringiendo -en forma ya expresa o implícita- la aplicación de otras normas ajenas al ámbito tributario. Incluso pienso que, en lo no previsto por el Código y la legislación tributaria, sólo puede recurrirse a normas ajenas al ámbito tributario, en la medida en que la norma que queremos invocar tenga jerarquía superior al Código Tributario o pueda ser calificada como “norma de derecho común”<sup>9</sup>.

“11. Fuentes supletorias. a) Artículo 2° del Código. Es necesario destacar la disposición enunciada en el epígrafe por su carácter general y por la interpretación descuidada de que ha sido objeto.

Ante todo, recordemos su tenor literal: En lo no previsto por este código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales (art. 2°, CT).

---

<sup>9</sup> Bibliografía N° 6, Tomo I, páginas 52 a 55.

Para la disposición recién transcrita, tenemos algunos comentarios y precisiones que se tornan necesarios, ya que se trata de un artículo de gran importancia, que se ha prestado para varios equívocos.

En primer lugar, las normas cuyo uso autoriza el artículo comentado deben aplicarse en el marco del propio Código Tributario o en aquel de las leyes que versan sobre impuestos fiscales internos. Según se ha explicado, lo afirmado es consecuencia de lo previsto en el art. 1° del mismo Código y de las facultades o competencia que detenta el SII, conforme a su ley orgánica.

En segundo término, el recurso a otras leyes para aplicarlas al ámbito recién descrito, solo procede bajo dos condiciones:

(i) Que se trate de lo no previsto en el Código Tributario y demás leyes tributarias (con más precisión, de lo no previsto en las leyes que versan sobre impuestos fiscales internos). Luego, en lo previsto en el Código y leyes mencionadas, no cabe el recurso a otros Códigos o leyes. De este modo, si en los primeros se prevén las penas de los delitos que ellos contemplan, se indica al sujeto activo o a los responsables de los mismo, no cabe aplicar el Código Penal u otras leyes (ajenas al ámbito tributario) que regulen las mismas materias, y

(ii) Que las disposiciones que se pretende aplicar sean normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales.

Esta condición es la que presenta mayores dificultades, ya que, en la práctica y sin mayor análisis, tales normas han sido identificadas con aquellas contenidas en leyes generales, lo que constituye un error.

De partida, si el Código hubiese querido hacer una remisión a las normas o leyes generales, lo habría hecho en forma más sencilla, clara y directa.

El solo hecho de que el Código hable de normas de derecho común contenidas en leyes generales, demuestra que “normas de derecho común” y normas o “leyes generales” no son ni pueden ser la misma cosa, para los



finés que nos ocupan. Esto se ve corroborado, ya que de acuerdo al texto que comentamos, las “normas de derecho común” pueden estar contenidas indistintamente en leyes generales “o especiales”.

Como consecuencia de lo dicho, no hay una remisión indiscriminada a las leyes generales ni a todo su contenido, sino sólo a aquellas normas que forman parte de ellas y que, adicionalmente, tienen el atributo de ser “normas de derecho común”. Y parece superfluo recordar que norma y ley no son la misma cosa.

Consultamos ahora al diccionario donde encontramos que común significa: 1. Dichos de una cosa: Que, no siendo privativa de nadie, pertenece o se extiende a varios. 2. Corriente, recibido y admitido de todos o de la mayor parte. 3. Ordinario, vulgar, frecuente y muy sabido.

De lo anterior se desprende que la norma de derecho común: (i) No puede ser privativa de una sola ley o rama del derecho, sino debe pertenecer o extenderse a varias leyes o ramas del derecho. (ii) Debe ser corriente, recibida y admitida de todas o de la mayor parte de las leyes o ramas del derecho.

Si bien la primera acepción excluye la aplicación de un buen número de leyes, nos inclinamos por la segunda, más exigente, que guarda mayor armonía con el texto del artículo analizado, en especial, en cuanto permite que las normas de derecho que vamos a utilizar estén contenidas alternativamente en leyes generales o “especiales”.

La opción que hemos escogido se condice también con el hecho de que el Código de la especialidad, para dar cabida, dentro de los procedimientos tributarios a las “Disposiciones comunes a todo procedimiento”, que son disposiciones generales e incluso, como su nombre lo indica, comunes en un sentido más amplio que aquel, evidentemente más restringido, del

artículo 2° que nos interesa, consideró necesario hacerlo en forma expresa en el artículo 148 del Código Tributario.

La legislación tributaria no tiene una remisión de este calibre ni al Código Penal, ni a ningún otro Código o ley y, por el contrario, contiene remisiones a disposiciones claramente definidas; algunas de ellas aparecen en la siguiente sección b.

Si bien los alcances atribuidos por algunos autores a las normas de derecho común no concuerdan plenamente con el significado que se ha expuesto, consigno el significado atribuido a las mismas por esos autores para mejor ilustración del lector.

La posición más cercana a la expuesta es la de Ezio Vanoni, para quien la norma de derecho común es la norma que, al estar basada sobre principios generales, sirve para la generalidad de los casos, con referencia a todas las relaciones jurídicas y a todas las personas que se encuentren sujetas a la ley. La norma excepcional es aquella norma que, en virtud de específicas consideraciones, no encaja en los principios generales del derecho acogidos por el ordenamiento positivo.

También similar es la posición de Arturo Alessandri y otros, quienes afirman: Normas de derecho común son las dictadas para la totalidad de las personas, la totalidad de las cosas o la totalidad de las relaciones jurídicas. Normas de derecho especial son las dictadas para una determinada clase de personas, cosas o relaciones jurídicas, en razón de ofrecer esa determinada clase de peculiaridades que exigen apartarla de la disciplina general de las cosas comunes, respecto de las cuales las especiales no resultan inspiradas en un principio antitético sino en el mismo principio general de las cosas comunes, pero con ciertas rectificaciones o modalidades que constituyen una adaptación de éste. Por eso, porque no hay contraposición sino una simple matización o adecuación, las normas de derecho general o común suplen los vacíos de las del derecho especial.

La importancia de la distinción se refleja en la posibilidad de la aplicación de unas respecto de otras.

Como anota Barbero, las normas generales admiten ser aplicadas indirectamente, sobre todo por analogía, en todo el ámbito en que imperan, incluso en el derecho especial, en aquella parte en que éste no las haya derogado”<sup>10</sup>.

Por ahora, dejemos estas ideas hasta acá, y continuemos con el análisis del argumento de Gambardella.

3.2.2. El pago de impuestos es una práctica que tiene como bien interno el reconocimiento recíproco, según el cual la formación de identidad de los sujetos depende del reconocimiento intersubjetivo, pues instituciones como la propiedad privada dependen del reconocimiento que los demás en la sociedad hacen de esa propiedad, y los impuestos son necesarios para mantener saludable a esa sociedad porque funcionan como mecanismos de redistribución de riqueza, la que a su vez posibilita el que los demás reconozcan la propiedad de uno debido a que de esta forma, se les estaría reconociendo como individuos considerados como fin. En cambio, una

---

<sup>10</sup> Bibliografía N° 6, Tomo I, páginas 288 a 291.

justificación meramente instrumental (o tesis de la dependencia) niega que la posibilidad de desarrollarnos completamente como individuos es una empresa colectiva, pues se limita a considerar la faz puramente económica de la obligación tributaria. Esta idea tiene una visión bastante injusta, pero me cuesta determinar si lo está siendo respecto de la tesis de la dependencia en particular, o respecto del derecho chileno entendido como sistema en general. Pero puedo ver de dónde viene.

Sucede que uno podría considerar completamente válidos en el fondo los planteamientos de esta idea, de no ser porque, como se dijo antes, el ordenamiento jurídico chileno es un todo unitario. Nuestro sistema, y cada una de sus ramas, se relacionan y encajan entre ellas, se influyen entre ellas. Incluso si fuera cierto que nuestro derecho tributario actual (o hasta justo antes de regir la ley 20.780 y con ella la NGA) es uno que trata y ve a los individuos como sujetos meramente económicos, y concibe la obligación tributaria en su faz estrictamente económica, de eso no se sigue que nuestro derecho no haga nada por tratar a las personas como fines, cumpliendo el mismo objetivo que el insertar la idea del reconocimiento recíproco en nuestro sistema busca. Y aunque así fuera, no estoy seguro que el formular

argumentos de *lege ferenda* y mediante ellos motivar una modificación legal tan fuerte como fue la ley 20.780 (y posterior ley 20.899, habiendo ya ingresado por el gobierno del actual Presidente don Sebastián Piñera Echeñique un tercer proyecto de ley de modificación fuerte del sistema tributario chileno, en un lapso de aproximados 5 años), porque en ese caso la ley tiene el problema de las declaraciones de voluntad en general: a pesar del elemento histórico de interpretación, una vez formulada la declaración que la ley contiene, la declaración en sí se vuelve de hecho independiente de lo que su propio emisor diga al respecto, que es justamente la razón por la que por ejemplo, en las normas de interpretación de los contratos se establece que la cláusula se interpreta siempre en contra de quien la redactó, en caso de duda. Y el estar modificando una legislación tan importante para la vida nacional como es la tributaria, por condicionar entre otras cosas, las decisiones financieras y de inversión de todo tamaño de personas y contribuyentes, no hace muy atractivo que digamos el invertir dinero en Chile. Porque si quien puede cambiar las reglas lo hace solo porque puede, es válido para los demás preguntarse si mantendrá su palabra al comprometerse a no cambiar de nuevo las reglas ya establecidas. Y no es que esté sosteniendo que ya no hacen falta más reformas tributarias en

Chile, pues si hay algo que debe estar sujeto a cambio, por tener un fuerte componente político, es la tributación; pero también debe ser posible, decidido ya el qué hacer y por cuestiones de razonabilidad abstracta (y casi sentido común), que el cambio de algo tan importante se haga previo concienzudo, específico y multidisciplinario estudio de cómo lograr de la mejor forma posible lo que se quiere hacer, para no tener que hacerlo dos (o tres) veces y que quede “bien”. Y es este tipo y/o nivel de estudio lo que creo que hizo falta en su oportunidad, y lo que trato de denotar mediante este documento.

3.2.3. ¿Puede el derecho penal punir la afectación del bien interno “reconocimiento”? Es posible hablar, en sede penal tributaria, de una “accesoriedad normativa-conceptual”, entendida como la incorporación de conceptos tributarios en los tipos penales, los cuales no necesariamente deben tener un contenido idéntico, determinando previamente su carácter normativo o descriptivo. “no es tarea de la Justicia Penal definir la existencia y alcance de las obligaciones tributarias en juego, sino constatar tal existencia y alcance, y resolver las cuestiones estrictamente penales en el caso concreto (dolo, culpabilidad, error, etc.)”. Sin embargo, es falso que la

razón por la cual se pagan impuestos sea la misma por la cual se impone una pena en materia penal tributaria: Este punto es terriblemente importante. Porque la tesis de la independencia, que a su vez defiende la inserción de la NGA, supone que si se logra separar la justificación de la obligación tributaria, de la justificación del delito tributario, entonces se puede plantear (mediante la afirmación de autonomía del derecho tributario) que la NGA coexiste con el delito tributario como está actualmente planteado. Sería un caso análogo a cuando nos encontramos frente a un engaño en un contrato, en que podría sostenerse que éste vicia el consentimiento y sería anulable, sin que ello obste a una eventual querrela por delito de estafa (o el que se configure en el hecho específico). Y claro, si pueden coexistir una consecuencia civil y otra penal para el mismo hecho, con mayor razón deberían coexistir una tributaria y otra penal.

El problema aquí viene dado por dos cuestiones. La primera de ellas, es que la tesis de la independencia confunde la cuestión de la justificación del delito tributario versus la de la obligación tributaria, con la cuestión por la extensión de acción del delito tributario versus la obligación tributaria. Pues incluso si uno cree en la existencia del bien jurídico “reconocimiento

recíproco” o cualquiera relacionado, como justificación del delito tributario, eso no dice nada sobre la extensión del delito en sí. Me gustaría introducir ahora una idea consistente en que, a pesar de no estar de acuerdo con lo que diré (pues en realidad diré que el efecto de la NGA se manifiesta sobre la totalidad, y no solo sobre una parte, del artículo 97 N° 4), creo que es lo mínimo que la posición de la independencia debería conceder, y es que hay un poderoso argumento de texto para sostener que al menos hasta alrededor de unos doce millones de pesos actuales, los delitos tributarios relacionados con la simulación se encuentran derogados.

En efecto, la ley 20.780, publicada en el Diario Oficial el 29.09.2014, modificó el sistema de tributación de la renta e introdujo varios ajustes al sistema tributario, entre ellos la inclusión de una cláusula general anti elusión que está contenida en los nuevos artículos 4° bis, 4° ter, 4° quáter y 4° quinquies del Código Tributario. Para efectos de este argumento, copiaré ahora las normas relevantes.

*Artículo 4° quáter.- Habrá también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de*



*los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.*

***Artículo 4° quinquies.-** La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los artículos 4° ter y 4° quáter será declarada, a requerimiento del Director, por el Tribunal Tributario y Aduanero competente, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 160 bis.*

*Esta declaración sólo podrá ser requerida en la medida que el monto de las diferencias de impuestos determinadas provisoriamente por el Servicio al contribuyente respectivo, exceda la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la presentación del requerimiento (...)*

El inciso segundo del artículo 4° quinquies, establece el límite de 250 UTM para que el servicio pueda presentar requerimiento. Y resulta evidente, así planteado, que en el derecho tributario hoy en día, un abuso o simulación que acarree una diferencia de impuestos inferior a 250 UTM (que al día de hoy son alrededor de 12 millones de pesos chilenos), es tributariamente irrelevante. Pues debido a la redacción del inciso segundo, parece casi imposible defender que se le entregue una facultad al servicio,

pareciera ser más sensato verlo como una restricción legal estricta. Y quizá sea interesante en este punto, para efectos del cómo pensar el principio de legalidad en materia tributaria, que esta restricción así planteada podría verse como análoga a las salidas alternativas que se le otorgan como posibilidades al fiscal del Ministerio Público, en las causas penales generales, por supuesto con la gran diferencia que allá fue necesario especificarlas y restringirlas en su aplicación por la delicadeza del derecho penal; pero eso en el derecho tributario el legislador no lo consideró tan necesario, probablemente porque al final del día se trata de dinero y, considerando la necesidad de recaudación y escasez de recursos en la fiscalización, sea más razonable perseguir las aglomeraciones más grandes o sustanciosas de posibles impuestos evadidos o defraudados quitándole a los respectivos funcionarios la responsabilidad administrativa eventual por ignorar cierto grupo de asuntos. Lo importante es, que con motivo de esta norma el servicio puede y debe derechamente ignorar abusos y simulaciones, aunque tuviere todos los antecedentes al frente para ganar, siempre que la diferencia de impuesto sea superior a 250 UTM.

Y esto importa, porque como se planteó antes (y es en realidad generalmente conocido en el mundo jurídico), el derecho penal es la *ultima ratio*, la última reacción del derecho ante las ofensas que hacen peligrar los bienes jurídicos más importantes para la existencia de la sociedad. Claro, también se planteó antes que concordaba con la afirmación que decía que la NGA son normas tributarias, y no penales, está bien. Pero asimismo, se planteó que existe la accesoriedad del derecho penal respecto del derecho tributario, esta es una idea que dentro de ciertos márgenes, la tesis de la independencia y que defiende la NGA acepta, lo que significa que lo que haga el derecho tributario con la elusión mediante simulación, afecta el cómo debe tomar el derecho penal esa situación también.

Es cosa de pensarlo un poco. ¿Es posible que el Ministerio Público deba investigar y seguir un juicio penal por un impuesto defraudado avaluado en, por decir, 7 millones de pesos, si el mismo SII no puede perseguir tributariamente la suma?

***Artículo 162.-*** Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá

*también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.*

*En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querrela fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. En todo caso, los acuerdos reparatorios que celebre, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 de este Código.*

*Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior.*

*La circunstancia de haberse iniciado el procedimiento por denuncia administrativa señalado en el artículo anterior, no será impedimento para que, en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, se interponga querrela o denuncia. En tal caso, el Juez Tributario y Aduanero se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querrela o efectuado la denuncia.*

*La interposición de la acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la determinación de los impuestos adeudados; igualmente no inhibirá al Juez Tributario y*

*Aduanero para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente.*

*El Ministerio Público informará al Servicio, a la brevedad posible, los antecedentes de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones de delitos comunes y que pudieren relacionarse con los delitos a que se refiere el inciso primero.*

*Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre alguno de esos delitos, el Servicio los solicitará al fiscal que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si presentará denuncia o interpondrá querrela, o si requerirá que lo haga al Consejo de Defensa del Estado. De rechazarse la solicitud, el Servicio podrá ocurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.*

El inciso primero del artículo 162 del Código Tributario, establece que solo a requerimiento del SII podría el Ministerio Público perseguir a alguien por delito tributario. Lo que significa que en el ejemplo planteado, si el Director quisiera, podría querellarse contra el contribuyente a quien le detecta una diferencia de impuesto por 7 millones de pesos (asumiendo por supuesto que esa diferencia se construye sobre un supuesto de hecho que sea al menos en principio subsumible con alguna norma penal-tributaria), pero no podría iniciar nada ante el Juez Tributario y Aduanero por expresa disposición del artículo 4° quinquies inciso segundo. Y obviamente, uno

podría objetar a esto la posibilidad que justamente ese haya sido el fin de esta configuración, esto es, que el Director mediante la facultad de fiscalización conociera de hechos potencialmente constitutivos de abuso o simulación, los denunciara al Ministerio Público para que éste especificara mediante una investigación penal el verdadero monto de la diferencia de impuestos, y luego se lo remitiera al servicio para que con esa información en las manos, éste pudiera perseguir además tributariamente al contribuyente. Pero así planteado, parece poco eficiente, como para proyectar eso en la mente del legislador de la ley 20.780.

Entonces, si no se genera opción, ¿qué debería pasar? Como dije no estoy de acuerdo con esto, pero la tesis de la independencia debería aceptar al menos que los hechos que revistieren carácter de delito relacionados con la simulación son penalmente irrelevantes si la diferencia de impuestos es inferior a 250 UTM. Porque si al derecho tributario esas situaciones no le importan, ¿por qué al derecho penal, a la *ultima ratio*, habrían de importarle? Pero sigamos con el análisis.

3.2.4. Para cuestionar la referida tesis de la dependencia, hay que mostrar que el derecho tributario no busca sancionar ninguna conducta, de manera que no responde a la misma lógica del derecho penal. En este sentido, se diferencia por ejemplo la aplicación del principio de legalidad en materia tributaria y penal, así como es admisible en el derecho tributario incorporar criterios substantivos de aplicación de las normas vigentes (como es el caso de la cláusula general antielusión). El derecho penal tributario no depende de la justificación del derecho tributario, sino de que éste sea capaz de proveer las categorías legales que expliquen adecuadamente los casos que supondrían un incumplimiento del deber tributario y así definan el momento en que el derecho penal se vuelve relevante: Como se dijo en el apartado anterior, a pesar que aquí planteo que es más que esto, la justificación del delito tributario no depende de la justificación del derecho tributario directamente, porque esa es una cuestión del legislador que tiene que ver con la política; pero sí depende de su extensión. El derecho penal-tributario, es derecho tributario, pero también es derecho penal, y debe calzar con aquel en todas sus normas y principios fundacionales, lo que incluye el que, si algo cambia en el derecho tributario, es necesario revisar de qué forma ese cambio afecta al derecho penal.

Ahora, es evidente que el derecho tributario de hecho sí sanciona conductas. Lo que pasa es que aquí, la tesis de la independencia hace un uso tramposo del concepto sanción, que induce al lector a error, pues el que una norma sancione una conducta no implica un castigo, sino meramente una consecuencia que puede bien ser positiva, como en el caso de la norma del galardón, regulado en el D.L. N° 1939, de 1977, en sus artículos 42 y siguientes como un derecho del denunciante de existir una herencia yacente, equivalente al 30% del valor líquido de los bienes respectivos (artículo 42 inciso 3°). En el sentido de ser una consecuencia, por supuesto que el derecho tributario sanciona (o “establece consecuencias de”) conductas, específicamente establece la consecuencia de realizar el hecho gravado establecido en la ley. Cuando un determinado hecho natural tiene relevancia para el derecho tributario, ese hecho se convierte en un hecho jurídico tributario, que tiene sanción (o consecuencia) tributaria, la cual consiste en la obligación de pagar el impuesto que se establezca en función de la base imponible y tasa respectivas.



Y esto es importante porque permite clarificar dónde está el error de la tesis de la independencia, respecto de la aplicación, contenido y relevancia del principio de legalidad en materia tributaria. Recordando lo dicho en el apartado 3.1.1. de este capítulo, sobre el derecho tributario como una red de palabras, sucede que la responsabilidad por el diseño de esa red, es del Estado. La importancia de aplicar el principio de legalidad tal como se piensa en el derecho penal, viene dada porque el contribuyente (entendido como sujeto de derecho en el marco de una relación jurídico-tributaria con el Fisco), de aplicarse el principio como diría la tesis de la independencia (y permitiendo el uso de criterios y conceptos substantivos), queda en posición de desigualdad respecto de otros sujetos de derecho en el marco de otras relaciones jurídicas de otras naturalezas. Pues lo que la certeza jurídica manda es que todo individuo tenga la posibilidad de conocer las razonables consecuencias jurídicas de sus actos, con el fin de poder calcular el riesgo y beneficio de su conducta en la sociedad.

Uno podría llegar por otro lado al mismo punto de pensamiento, y decir que aplicar el principio de legalidad en materia tributaria como se aplica en la penal (esto es, observando estrictamente el principio de reserva legal y

considerando que *nullum tributum sine lege*), viene dada también por la norma de clausura de nuestro sistema. Si todo lo que no está prohibido está permitido, entonces es condición del sistema el saber específicamente qué está permitido (o en este caso, considerando el concepto de sanción aplicado a este caso, hace falta saber exactamente cuál es la consecuencia de realizar determinada decisión económica o financiera). En el resto de ramas del derecho, como el civil, es razonable dejar cosas al desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina, como de hecho ha pasado en el caso de la responsabilidad extracontractual, en que de un puñado de normas del Código Civil se ha construido todo un castillo argumentativo de reglas y excepciones (y así y todo la última vez que vi quedaba todavía un mundo de cosas por desarrollar, como cuáles serían las causales de justificación de responsabilidad civil aceptables fuera del caso fortuito y la fuerza mayor, si las hubiere). Y en ese sentido por supuesto que es atendible el argumento de la tesis de la independencia, en cuanto a que es jurídicamente posible que un mismo hecho tenga consecuencias civiles y penales, pero solamente con el fin de decir cosas como que debe haber, en teoría al menos, alguna semejanza entre las potenciales causales de justificación de realizar una conducta típica penal, y las de realizar un delito civil, por ejemplo. Pero la

diferencia esencial entre esa situación del derecho civil frente al penal, y la del derecho tributario frente al penal, es que el derecho civil es común, y el tributario es especial.

En el caso del derecho civil y el penal, si nos detenemos a analizar el punto un poco, para el caso de una estafa mediante contrato viciado de dolo, una conciliación civil es procesalmente distinta de un acuerdo reparatorio penal porque solo el segundo tiene, en ciertos casos, la virtud de llevar al imputado hacia el sobreseimiento, cosa que el acta de conciliación por sí misma no puede lograr y que es lo que motiva la renuncia de acciones expresa por escrito en esos casos, y que típicamente se inserte la cláusula en que las partes se comprometen a asistir a la audiencia de acuerdo reparatorio respectiva en el procedimiento penal para el caso en que el Juez de Garantía respectivo lo estimare necesario. Pero aunque no son lo mismo para efectos procesales, la verdad es que en el fondo del conflicto jurídico, ambas por separado son la solución del mismo, que desde un principio era la existencia o no de una deuda (relacionada con el contrato, o con la expectativa subyacente que cada una de las partes tenía sobre el mismo) y por qué valor sería esa deuda, de existir. Lo que pasa es que el sistema,

buscando una forma de solucionar los conflictos antes que éstos se susciten, le da la posibilidad de usar el mecanismo judicial y el monopolio estatal de la fuerza, a quien se crea víctima de un hecho que revistiere carácter de delito, y para terminar con esa verdadera Espada de Damocles que es la querrela o denuncia e investigación respectivas para el imputado, es necesario obtener el sobreseimiento, pero esa es una diferencia procesal, y no tiene que ver directamente con la naturaleza del conflicto de fondo. Tan cierto es esto, que a pesar de no ser procesalmente lo mismo, en la audiencia de acuerdo reparatorio ningún imputado de hecho lo acepta sin renuncia expresa de todas las acciones asociadas, para el caso de haberse cumplido las obligaciones pactadas; e incluso si se diera el caso de una conciliación donde no hubo renuncia de acciones penales, y por lo mismo el proceso penal sigue su curso a pesar de haberse ya solucionado la parte civil, el tribunal de todas formas está obligado, en la mayoría de los casos al menos, a considerar lo realizado por el imputado como una eventual circunstancia atenuante de responsabilidad penal, lo cual no es facultativo para el tribunal en función del principio penal *in dubio pro reo*, del que se deduce como es sabido, que es necesario interpretar las normas penales de cualquier forma que beneficie al imputado. Y esto denota incluso hasta el

momento final la fuerte relación entre el derecho penal y lo que suceda en las demás ramas del derecho. Por eso es posible que un sujeto realice conductas completamente racionales, según las reglas del juego legal, para salvaguardar sus intereses. En el caso del contrato nulo por viciado de dolo, es posible que el sujeto activo del dolo civil estuviere cometiéndolo para obtener tiempo de cumplir su obligación de pagar la renta, por ejemplo. Y que calculando que en el futuro con certeza tendrá fondos, pues espera la venta de un inmueble de su familia que está en fase final de partición. Así, para ese sujeto es sensato firmar ahora y pagar después, pues sabe que podrá lidiar con la totalidad de las consecuencias legales de su conducta (al fin y al cabo, un arrendador estafado solo quiere que le paguen). Y si esto es verdadero para la relación entre el derecho civil y el penal, ¿por qué no lo sería para la relación del tributario con el penal, si aquí ya no es derecho común con especial, sino (por decir, para efectos del planteamiento) derecho especial (el tributario) con especialísimo (el penal-tributario)? Me cuesta entender de qué forma las afirmaciones que la NGA contiene respecto a la elusión, su contenido y efectos, contribuyen a dar certeza jurídica a los operadores económicos. Los efectos tributarios de una operación son, efectivamente, efectos económicos, los impuestos que se

pagan por una operación en el marco de un negocio, son efectivamente un costo del negocio en sí, y el no poder anticipar cuánto será ese impuesto, o cuándo habría que pagarlo, o cuál es la consecuencia exacta de no pagarlo, son circunstancias que dificultan la ejecución del negocio. Y recordemos que por la lógica del hecho gravado en sí, si no se verifica el evento no hay tributo que pagar; que un eventual y razonable inversionista probablemente querrá dejar lo menos posible de su negocio al azar (o a la voluntad de un tercero que ni siquiera conoce, al menos); y que entre más grande sea el negocio, más aprehensivo será el inversionista (con razón, por supuesto).

Ahora, con lo dicho, puedo plantear que el derecho tributario solo tiene aplicación una vez que el negocio sucede efectivamente, y se verifica el hecho imponible establecido en la ley. De esto se sigue, que es condición previa y necesaria de la aplicación del derecho tributario a una determinada situación de hecho, el que un individuo ejerza su autonomía de la voluntad. Y la certeza jurídica es condición de la autonomía de la voluntad, pues si todo lo no permitido está prohibido, entonces saber exactamente qué está prohibido o permitido con prevenciones es necesario para decidir qué hacer, en el entendido que la mejor decisión es la que considera toda la

información que sea relevante y esté disponible al momento de decidir, y la totalidad de las consecuencias legales de una determinada conducta parecen deseables de saber en casi cualquier situación.

Así, la certeza jurídica y la igualdad ordenan que el derecho tributario aplique el principio de legalidad como se aplica en sentido penal.

Otra cuestión es la determinación de cuándo el derecho penal se vuelve relevante, y que está fuertemente relacionada con la certeza que el derecho tributario es capaz de entregar. Porque en principio, si las circunstancias gatillantes de la obligación tributarias son claras, determinadas y taxativas, entonces todo contribuyente que se encuentre en ellas sabrá si cae en ellas o no (pudiendo siempre quedar los llamados casos difíciles, por supuesto, pero esos la verdad usualmente son pocos y para eso están la judicatura y los recursos procesales); pero si se usan criterios substantivos entonces queda siempre al juicio de quien aplique el criterio (fuera de qué tan substantivo éste sea) la pregunta por si el contribuyente se encuentra en una situación subsumida en la norma tributaria de que se trate o no, y por lo mismo, será difícil establecer cuál es la situación de hecho relevante para

efectos de la legislación penal-tributaria. De hecho, en el modelo que plantea la tesis de la independencia, pareciera posible que el Juez Tributario y Aduanero termine decidiendo una cuestión penal, pues como se dirá en el siguiente capítulo, no es cierto (o en este documento defendemos la idea según la cual no es cierto) que haya una simulación lícita y otra ilícita, sino que hay una sola, y que podría darse la situación en que el TTA decrete la simulación y luego el Juez de Garantía se encuentre con una cuestión ya calificada de conformidad con el derecho tributario. Esto se desarrollará más adelante.

3.2.5. Se identifica el objeto de protección de los delitos tributarios como la decisión democrática sobre el gasto público en la formación del patrimonio público. Se protege la dimensión política del patrimonio público porque no hacerlo implica dejar abierta la posibilidad de tratar a los demás sin reconocerlos, de forma instrumental o meramente económica. La idea que subyace es una comprensión del derecho tributario que supone que no haya espacio para el uso instrumental del derecho por los individuos o algún grupo político (...) “[Así, el derecho tributario] comprende realidades sociales que son verdaderos bienes públicos, y su lesión tiene un carácter



autónomo, y no dependiente en cuanto estadio previo a la lesión de un bien jurídico individual: A pesar que es tentador aquí decir que de hecho las normas penal-tributarias han sido utilizadas instrumentalmente por grupos políticos en tiempos no tan remotos, y que eso es un argumento de hecho más a la tesis de fondo defendida en este documento, en vez de eso plantearé un argumento de fondo a esta idea.

El argumento planteado aquí por la tesis de la independencia, confunde la justificación de la existencia del delito tributario, con la pregunta por su extensión, que es una idea que ya se ha planteado previamente. Una cosa es la necesidad de existencia del delito tributario, otra completamente distinta es, por ejemplo, qué calibre de diferencia de impuestos deberíamos considerar relevantes (y para ello me remito a lo dicho respecto del artículo 4º quinquies), o qué tan grave debería ser la o las penas en el marco de su protección mediante la creación de tipos penales o la modificación de los existentes. Razonablemente hablando, cualquier operador jurídico estaría de acuerdo en la necesidad de existencia de los delitos tributarios, pero en hasta dónde llegan es en lo que hay desacuerdo.

Y de hecho uno podría decir que la reciente práctica pública de los delitos tributarios, denota que su extensión no debería ser tan amplia como la tesis de la independencia querría. Porque en el caso “Penta”, uno de los más connotados dentro del derecho penal económico de los últimos años en Chile, los principales imputados fueron finalmente condenados a sufrir la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva consistente en la sujeción de los condenados al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales. Específicamente, se dispuso la establecida en el artículo 17 ter d) de la Ley 18.216, consistente en la obligación de cumplir un programa formativo sobre ética en la dirección de empresas. Se estimó que la medida más adecuada e idónea era la de cumplir un programa tendiente a reforzar algunos de los ámbitos de la reinserción social destinada a evitar la comisión de nuevos delitos, particularmente vinculados con los ámbitos personales y laborales de los condenados, atendido el contexto en el cual se perpetraron los delitos, esto es, la evasión de impuestos en operaciones realizadas en las empresas controladas por los sentenciados, de modo que un programa formativo sobre ética en la

dirección de empresas, o reforzamiento a través de un programa sobre ética (que pueda contener, entre otras y además de las actividades del programa vinculadas con la actividad personal de los involucrados, comprenda o abarque la necesidad de adoptar políticas sobre “*compliance*” en el desarrollo de la actividad empresarial o de elevar las exigencias de tales políticas o reglamentación interna en las empresas), resultaría adecuado para elevar los estándares de comportamiento o actuación de los penados en sus relaciones laborales y evitar conductas inadecuadas, más aún las delictivas. Específicamente, fueron enviados a asistir a un curso presencial cerrado al público, impartido por una institución reconocida por el Estado de Chile, de duración aproximada 150 horas. Desde un punto de vista positivo, permitiría incidir en la elaboración de objetivos y módulos del plan de estudios para el perfil de los condenados y según las necesidades evaluadas en el caso; además, su inicio se podría programar para cualquier momento en que se estimara pertinente. La desventaja en ese caso, era que los penados podrían solo interactuar con sus compañeros de causa, pues no había más alumnos para el curso de ética y esperar a que aparecieran no tenía sentido (porque no pasaría). Viendo eso, y evaluando el revuelo que en su momento se causó, la impresión que queda es más la de un

espectáculo para los medios que la de una real intención de aplicar la ley tributaria por los operadores involucrados.

3.2.6. [Sobre la elusión, y] usando el ejemplo del artículo 97 N° 4 inciso tercero, ¿son las maniobras fraudulentas más amplias que el engaño? ¿Son las conductas elusivas maniobras fraudulentas? En otras palabras ¿es punible la elusión a través del artículo 97 N° 4 inciso 3°? Y por otra parte, ¿en qué se diferencia el concepto de fraude utilizado como “maniobras fraudulentas” de aquel utilizado al establecer la norma de sanción como “lo defraudado? Cabe preguntarse por qué las conductas elusivas no podrían considerarse dentro del tipo penal en cuestión si consideramos una comprensión amplia de las “maniobras fraudulentas” diferentes a la simulación: Para responder a la primera parte de esta idea, está el siguiente capítulo, pero para adelantar un poco, y respondiendo a la segunda idea, me remito lo dicho en el apartado 3.1.1. de esta sección, sobre la comprensión del derecho tributario como una red de palabras, y el concepto de elusión como aquella conducta que logra atravesar las separaciones de la red, sin tocarla. Si a esto sumamos la aplicación del principio de legalidad, tenemos que si la conducta no cae dentro de lo que las normas tributarias prevean

como supuesto de hecho del nacimiento de una obligación tributaria, entonces la conducta no es sancionable penalmente por no estar penada la elusión.

### 3.3. Consideraciones sobre la Teoría de la Independencia.

Habiendo analizado y planteado respuestas a los argumentos detrás de la NGA, es claro que al menos existe un serio vacío argumentativo y jurídico en sus fundamentos. Para continuar la idea y evaluar qué tan grave y profundo es ese vacío, revisaremos en el próximo capítulo el concepto de simulación para empezar a revisar la interacción práctica que pensamos debería ser la conclusión de interpretar la NGA en el marco del Derecho chileno.

### **CAPÍTULO III**

## **LA CONDUCTA EN DISCORDIA: EL CONCEPTO DE SIMULACIÓN**

#### **1. Fuentes utilizadas y ubicación.**

Para la confección de esta parte, me he valido del trabajo de don Gonzalo Vergara Quezada titulado “La despenalización de la simulación por la ley 20.780”, disponible como material electrónico y en el anexo de este documento, y se ubica en la bibliografía bajo el número 11. El construir mi argumento sobre la base del trabajo de Vergara, es lo que origina el que la afirmación (segura) de fondo de esta tesis sea que se encuentran tácitamente derogados solamente los delitos tributarios relacionados con la simulación, pero sin perjuicio de ello, en el Capítulo IV me aparto (ligeramente a veces, fuertemente en otras) con el fin de plantear el núcleo de mi argumento.

## **2. Análisis sobre el concepto de simulación y su relación con la tesis planteada.**

### 2.1. Resumen previo.

Para facilitar el análisis de las ideas expuestas y a modo de introducción, procedo ahora a citar las conclusiones del trabajo de Vergara.

Tras el examen detallado de los principios y reglas aplicables, es posible concluir que la simulación fue despenalizada por la Ley N° 20.780. A este resultado se puede llegar de tener en cuenta que la regulación antielusiva general de la Ley N° 20.780 es posterior al artículo 97 N° 4 del Código Tributario y, además, aquella ley establece un tratamiento más beneficioso que el contemplado en ese artículo. Es decir, se cumplen los dos parámetros que, en nuestro derecho, tienen por efecto despenalizar una conducta.

Esta despenalización ha ocurrido, muy probablemente, por error, pero a pesar de ello es necesario recordar que los errores del legislador tienen efectos jurídicos, por lo que, al aplicar los principios constitucionales relacionados con la materia estudiada, solamente parece ser sostenible que lo que ha hecho la Ley N° 20.780 es despenalizar la simulación. Es decir, cuando de la simulación de un acto resulta un perjuicio al erario nacional porque se pagan menos impuestos que los debidos, solamente se podría accionar mediante la normativa antielusiva general, sin que sea una alternativa válida recurrir a la vía penal.

Si bien la administración fiscal ha sostenido que la diferencia entre la simulación como elusión y la simulación como evasión estaría en el dolo o malicia y en el procedimiento y sede de determinación, ello es un error, porque, ni el dolo ni la malicia describen conductas, sino que son instituciones jurídicas que se relacionan con la posibilidad de reprochar una conducta típica a un individuo, y el procedimiento elegido no altera la naturaleza del ilícito. Así lo dicho, como es inconcebible la existencia de la simulación accidental de un acto, no es plausible que la conducta descrita en la nueva regulación antielusiva general no sea idéntica a la descrita en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

Así las cosas, incluso desde el punto de vista de la lógica **la simulación no puede ser, al mismo tiempo, elusión y evasión, es decir, una infracción tanto indirecta como directa de una regla tributaria.**

Por lo mismo, sólo queda hacer un llamado a todos los involucrados en establecer las políticas tributarias para que se corrija este error por ley, derogando las referencias a la simulación en la normativa antielusiva general, de manera que la simulación de un acto que busca engañar a la administración fiscal para desfigurar el real monto del tributo, vuelva a su cauce normal, que es tener un tratamiento penal, porque como examinamos, ello siempre fue una forma de cometer un fraude fiscal, por lo que no parece ser deseable la situación actual, debido a que traslada a los jueces la corrección de un grave error legislativo.

## 2.2. Desarrollo semi original del argumento.

A continuación, inserto aquí una cita cuasi literal del trabajo de Vergara, con el fin de mostrar sus argumentos en la forma más pura posible y sobre ella comentar lo necesario para este trabajo.



(...) Algunos de los errores de la Ley N° 20.780, como por ejemplo, no haber dispuesto la suspensión de la prescripción de la acción para aplicar la multa a los asesores. Este error requería una corrección legal, considerando que la interpretación administrativa es inoponible a los tribunales. Si bien volveremos más adelante sobre esto, es posible adelantar que el origen del problema es que la Ley N° 20.780 creó un sistema procedimental, que podríamos llamar híbrido, a falta de un mejor término, en el que la multa es aplicada por la administración fiscal, y no por el juez. El adjetivo utilizado obedece a que la participación en la conducta sancionada por la administración se determina en un procedimiento judicial, que precede a la aplicación de la multa administrativa. Por lo mismo, no existían normas para integrar esta peculiar regulación, considerando que en nuestro derecho, la multa es impuesta por un juez, o es aplicada por la administración. En este último caso, el juez controla el acto administrativo sancionatorio al conocer del contencioso-administrativo. Por lo dicho, esta superposición de sistemas, excluyentes entre sí, hacía casi imposible la integración del derecho común, por ejemplo, para establecer la interrupción o la suspensión de la prescripción, si consideramos que tanto el procedimiento judicial como el administrativo presuponen que la multa será impuesta por quien conoce del procedimiento, no por un tercero.

(...) En lo que resulta relevante del estudio de la simulación en el derecho chileno, para efectos de determinar sus efectos tributarios, podemos mencionar que hace bastante tiempo nuestros autores han llegado a un consenso sobre algunos puntos esenciales de la institución, entre ellos, **la definición de la simulación.**

Así lo dicho, es posible constatar que la mayoría de los juristas nacionales entiende que, en consideración de las reglas del Código Civil chileno y de los principios que informan a nuestro derecho, la simulación **es una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del**

**real.** Esta definición coincide, a grandes rasgos, con las características esenciales de la institución comentada que nos entregó Ferrara.

Lo anterior es relevante por dos motivos. El primero es que **la propia administración fiscal recurrió a la definición** de Francesco Ferrara (planteada por éste en “La simulación de los negocios jurídicos”, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953) **en su instrucción sobre la nueva regulación antielusiva general** (esto es, la conocida Circular 65 de 2015), por lo que no cabe lugar a dudas que estamos hablando de la misma institución jurídica. El segundo motivo que vuelve importante lo indicado, es que **esto descarta la aplicación a la normativa nacional antielusiva general de teorías que podríamos calificar frente a nuestro derecho vigente como de *lege ferenda*, que se construyen a partir de conceptos jurídicos que expresamente rechazan la definición de Ferrara**, que como hemos visto, es la que de mejor manera se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico.

(...) Como indicamos al inicio, la simulación ha sido sancionada en el Código Penal como un delito, el que requiere que ella se realice en perjuicio de otro. La Corte Suprema ha destacado que el delito de simulación de contrato es, en esencia, una variante del delito de estafa. **La principal diferencia entre los delitos del Código Penal y del Código Tributario en los cuales la simulación es sancionada, está en que los primeros exigen que se produzca el daño patrimonial como consecuencia de la simulación, sin el cual no es sancionable la simulación, en cambio, los delitos tributarios que se podían cometer al simular actos jurídicos bilaterales no requerían de un resultado para que el delito se consumara** (Van Weezel, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 46).

**El fraude tributario común, ha estado contemplado en lo que ahora es el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.** Procede de la redacción del texto original la parte del mencionado número que indica “el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a

ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o burlar el impuesto”. La norma reproducida resulta evidentemente útil para sancionar todo tipo de fraudes tributarios, porque está apropiadamente descrita la conducta reprochada, a saber, ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas, por lo que no parece razonable la existencia de otros tipos penales tributarios, a menos que ellos demuestren una conducta que tenga mayor reproche o mayor peligrosidad. Del texto transcrito es fácil criticar el uso del término doloso, sobre el que luego volveremos, pero es posible adelantar que esa palabra simplemente da cuenta del tipo de reproche de la acción tipificada, pero aquel término no describe conducta alguna.

Como vimos hace un momento, la simulación es una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del real. Si a lo dicho agregamos que, para efectos penales, existe consenso en nuestro medio que cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad es, en esencia, un medio suficiente para considerar aquel engaño como una conducta defraudatoria, podremos comprender con facilidad por qué la simulación fue siempre perfectamente sancionable en Chile al configurar la conducta descrita en el inciso primero del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, previamente transcrito.

A pesar de ello, la política criminal en materia de impuestos ha sido generosa en establecer nuevos supuestos especiales que van separando conductas que, previamente, eran perfectamente sancionables, sea por aplicación de las reglas del Código Penal o del Código Tributario. Esta expansión de los tipos penales especiales va creando toda clase de problemas técnicos. Por ejemplo, vuelve más difícil la aplicación de las reglas sobre el concurso de delitos, se presta para discutir si estaba o no antes sancionada la conducta contemplada en un nuevo delito, etc. Por exceder con creces el ámbito de este estudio, no analizaremos estas dificultades en la aplicación de la ley penal impositiva, más que en lo que sea relevante para este estudio.

Así lo dicho, en 1980 **se agregó al artículo 97 N° 4 del Código Tributario el inciso 3° que se refiere expresamente a la simulación.** El inciso sanciona con una pena mayor que la contemplada en el inciso 1° a quien “simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan”. **Sin entrar en el análisis de lo poco afortunada que es la expresión “una operación tributaria”, en condiciones que lo que se simula es un acto jurídico bilateral,** del que normalmente da cuenta una factura (es preciso recordar que la factura es un documento mercantil que da cuenta del resumen de una transacción, por lo que antiguamente la administración se querrelaba por el delito de falsificación de documento mercantil en casos de facturas falsas en las que se usaban los datos de un tercero que no participaba en el delito. José Toledo Espinosa querellante SII 2006, Pedro Alquilino Torres Espejo querellante SII 2007, y Raúl Francisco Marín Sotomayor y otros querellante SII 2012, entre otras), **es posible señalar que desde la vigencia de aquella nueva regulación la simulación pudo ser utilizada para cometer dos delitos tributarios diferentes.** De esta manera, si la simulación tenía por efecto rebajar la base imponible de cualquier tributo, pero no se obtenía una devolución de impuestos, era aplicable el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario; en cambio, si de la simulación, además, tenía por efecto obtener una devolución de impuestos, se configura el ilícito del inciso 3° del número antes mencionado, que contempla una pena más alta.

(...) **Analicemos un momento la relación de la falsedad con la simulación. Si bien, como vimos al inicio, la simulación de contrato, fuera del ámbito tributario, puede llegar a configurar un delito específico, ella podría perfectamente ser utilizada para cometer el delito de estafa.** Ello es un ejemplo de cómo los delitos especiales pueden contener elementos de otros delitos que sancionan conductas más genéricas.

**Respecto de la falsedad** es necesario indicar que no existe un deber genérico de decir la verdad, lo que también puede ser visto como el hecho

que no toda declaración no veraz es punible. Por lo mismo, **la falta de veracidad en una declaración es castigada cuando alguien se encuentra compelido por la ley a decir la verdad.** Estas obligaciones legales están formuladas de un modo negativo, es decir, la ley no dispone “se prohíbe matar”, ni ordena “se debe no matar”, sino que ella aplica una sanción penal al que mate a otro. De esta forma, los delitos que sancionan conductas en las que se incurre en falsedad, como los delitos tributarios, implícitamente contienen la obligación de decir la verdad, en este caso, se debe declarar el verdadero monto del impuesto adeudado al fisco.

Ahora, pasando a analizar los efectos de la simulación en materia tributaria, es posible indicar que como el delincuente tributario desea no ser detectado en una fiscalización, recurre a documentos que pueden contener datos falsos. Por ello, **como lo ha señalado la doctrina respecto de otros delitos especiales, la falsedad es un medio para cometer el delito, no es un fin en sí misma.** La referida falsedad, ligada a la obligación de declarar la verdad al fisco, puede ser simplemente ideológica, es decir, los documentos han sido emitidos y suscritos por quienes aparecen haciéndolo, pero los datos que proporcionan los documentos son falsos. La falsedad puede ser, además, material, es decir, junto con no ser reales los hechos, el emisor de los documentos o el que los suscribe es una persona diferente de aquella que aparece en el documento.

Así las cosas, **desde la perspectiva del derecho tributario, la simulación supone una falsedad ideológica,** debido a que, a pesar que se encuentra obligado a declarar el verdadero monto del tributo, el delincuente tributario se pone de acuerdo con alguien más para hacer creer que un acto jurídico que no existe, es real, o que el acto que existe es diferente al real, ello, con el objeto de engañar a la administración fiscal. Es importante destacar que en materia de delitos tributarios **esto puede ocurrir antes o después que ocurra el hecho gravado,** sin ir más lejos, las devoluciones de impuestos fraudulentas por exportaciones requieren en la práctica del delincuente tributario una extensa actividad previa a la ocurrencia del delito, a saber, la creación de una cadena de sociedades que aparecen como

proveedores regulares no impugnados por el Servicio de Impuestos Internos.

Veamos ejemplos hipotéticos y simples de simulación para analizar sus consecuencias tributarias. En un **caso de simulación relativa**, es decir, cuando existe un acto real, pero se presenta ante terceros con la apariencia de otro diferente, las partes, dos personas naturales que no determinan su resultado según contabilidad completa, se pueden poner de acuerdo para hacer creer a la administración que han celebrado un comodato respecto de un yate u otro bien de gran valor, en condiciones que el contrato real es un arrendamiento, con ello ocultan el ingreso de una de ellas, que luego no se declara en perjuicio (al menos potencial) del interés fiscal.

En un **caso de simulación absoluta**, o sea, cuando las partes declaran que existe un acto, pero realmente no existe acto alguno, si quienes figuran como partes son dos contribuyentes del impuesto al valor agregado, una puede tener en un período mensual un crédito fiscal del impuesto al valor agregado de tal magnitud, que le permita simular con otra parte una compraventa afecta a aquel tributo, lo que tendrá por efecto que para él el débito ocasionado por la operación absolutamente simulada se limite a rebajar el crédito del período respectivo, por lo que no deberá realizar ningún desembolso porque no tiene que pagar tributo alguno, pero para su contraparte en la simulación, el crédito por la compra simulada tendrá por efecto que aparecerá como que no debe pagar tributo alguno en el período correspondiente, produciendo de esta forma un perjuicio al interés fiscal.

En cambio, **en el caso de la falsedad material, ella normalmente escapará a la simulación en su significado civil, porque supone que el emisor o el suscriptor del documento es diferente, de manera que quien aparece como parte en el documento, no lo es.** Igualmente se puede tratar de la adulteración posterior de un documento después de haber sido suscrito, por ejemplo, agregando un cero de más al monto pagado para crear la impresión que los gastos son mayores. En estos casos no existe un acuerdo entre quien figura como suscriptor del documento con quien lo

presenta ante la administración. Es más, normalmente en estos casos quien figura como titular del documento ignora que sus datos han sido utilizados para cometer un delito.

Alguien podría pensar que al ser la simulación una institución civil, la existencia de ella sería una cuestión prejudicial civil, pero ello es incorrecto. Al efecto, debemos recordar en este punto que en materia penal no se ejerce la llamada acción de simulación, es decir, no persigue la declaración de nulidad del acto simulado y tampoco se busca determinar la validez o no del mismo. En sede penal la controversia es más simple que eso, ya que ella versa sobre la existencia o no del engaño que implica la simulación, y si ese engaño habría permitido un menor pago de tributos o la obtención de una devolución de impuestos. Así, en estos casos, como acertadamente indica Diez Duarte, la simulación para el tercero perjudicado es un hecho jurídico, no un acto jurídico.

(...) Así las cosas, **la elusión es una infracción indirecta a una norma tributaria, en la que se ven quebrantados sus propósitos pero no su letra, de esta forma, la simulación de contratos que rebajen la carga tributaria, o que permitan obtener una devolución de impuestos, son infracciones directas a normas tributarias penales contempladas en el artículo 97 N° 4 incisos 1° y 3°, respectivamente, del Código Tributario. Por lo mismo, en nuestro país la simulación no servía para eludir los tributos, por lo menos desde que fue dictado el Código Tributario en 1960, porque ella era una infracción directa de la ley penal tributaria, por lo mismo, cruzaba el umbral de la elusión, al ser, precisamente, evasión.**

Es por ello, que cada vez que la administración fiscal detectó que podía presentarse un caso de simulación, recurrió a la antigua facultad de investigar los delitos tributarios, ahora llamada recopilación de antecedentes, y presentó acciones penales, cobrando, además, los tributos que procedían. Esto, porque la simulación, en definitiva, solamente es una herramienta para desfigurar el verdadero monto del tributo, presentando ante la administración fiscal un acto jurídico que no es real, lo que crea la

apariencia, por ejemplo, que los gastos son mayores que los reales, por lo que el tributo parece ser menor al adeudado.

En este punto se hace necesario mencionar, como parte importante del argumento que Vergara trata de plantear, que su idea (y la que aquí se defiende) tiene como uno de sus supuestos más importantes, la idea de ser una sola la potestad sancionatoria del estado, sin importar la sede o naturaleza del tribunal donde se la concrete en una sanción específica y determinada. Por lo mismo, no cambia tampoco la naturaleza jurídica de la norma sancionatoria, el que termine siendo en definitiva aplicada por un tribunal que no sea penal. Lo relevante, para que la aplicación de la norma sea susceptible de crítica desde el lente de los límites del *ius puniendi*, es que imponga una pena. Al efecto, la Contraloría General de la República, mediante Dictamen N° 14.571, de 2005, estableció que los principios que inspiran al Derecho Penal eran aplicables igualmente al Derecho Administrativo Sancionatorio, señalando que:

[D]ebe anotarse que, tal como lo han sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General en su Dictamen N° 50.013 bis, de 2000, y la doctrina existente sobre la materia, la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del



Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario.

Como se manifestó en dicho dictamen, así lo reconocen numerosos autores, entre los que se encuentra Miguel Sánchez Morón, según el cual ‘la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo *ius puniendi*, de donde se deduce que les son aplicables grosso modo los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del derecho penal’ (Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Editorial Tecnos SA., Madrid, 1996, p. 263).

La misma tesis ha sido sostenida, entre otros, por Alejandro Nieto (*Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993) y Juan J. Zornoza Pérez (*Editorial Civitas S.A.*, Madrid, 1992).

En nuestro país, Enrique Cury Urzúa sostiene, a propósito de los ilícitos gubernativos (administrativos), que la diferencia respecto de los penales es exclusivamente cuantitativa. Entre ambos sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la sanción penal.

Respecto del ilícito disciplinario, este tratadista señala que, dada su integración dentro del género del ilícito administrativo, son aplicables las mismas razones dadas recién para afirmar que entre aquél y el penal no existe sino una diferencia de grado (Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 78).

En el mismo sentido se han manifestado Ramiro Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas, quienes, después de señalar que ‘tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa son manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado’ -Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas ‘Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)’, en Revista Actualidad Jurídica N° 8, Julio 2003, p. 286-, agregan que ‘la identidad material o sustantiva entre las sanciones penales y las administrativas [es] la vía racional y justa para establecer las reglas básicas a las cuales debe sujetarse tanto el establecimiento legal como el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración’ (p. 288).

El criterio antes reseñado ha sido igualmente recogido por el Tribunal Constitucional en fallo del 27 de Diciembre de 1996, rol N° 244, sobre proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, el que sostuvo en su considerando 9° que ‘los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado’.

Por lo demás, esta Contraloría General ha sostenido que en el ámbito administrativo, en aquellos casos en que no existe un texto legal claro e inequívoco, resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes a otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente (Dictamen N° 39.447, de 1994), por lo que una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora, lo que ha sido confirmado en temas tales como la irretroactividad de las normas sancionadoras -conforme al cual sólo pueden aplicarse aquellas sanciones que estaban vigentes al momento de cometerse la falta investigada, a menos que ésta tenga asignada una sanción menor de acuerdo con la nueva legislación, en cuyo caso corresponderá aplicar precisamente la sanción más benigna o favorable al funcionario aun cuando haya sido establecida con posterioridad (Dictámenes N°s. 45.905 y 88.303, ambos de 1976; 20.991, de 1984; 25.961, de 2000; 3.858 y 6.926, ambos de 2001; y 38.075, de

2002, entre otros)-; el principio non bis in ídem (Dictámenes N°s. 27.108, de 1969; 21.815, de 1983; y 41.736, de 2004); la prohibición de la analogía en cuanto a las sanciones (Dictámenes N°s. 21.464, de 1989; y 29.136, de 1999), y el principio pro reo (Dictámenes N°s. 81.058, de 1974; 16.141, de 1977; y 20.991, de 1984), entre otras materias.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en sentencia N° 479, de 2006, manifestó que:

[A] la misma conclusión consignada en el considerando sexto de sujeción de la actividad sancionadora de la administración al principio de legalidad, ha de arribarse en virtud de lo prescrito en el artículo 19 N° 3 del Texto Fundamental. Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como ya se ha dicho en fallos anteriores ‘... los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado;’ (considerando 9 de la sentencia de 26 de Agosto de 1996, rol 244). Es así como tanto el principio de tipicidad como de legalidad, establecidos en los dos últimos incisos del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, rigen, por mandato constitucional, la actividad sancionadora de la administración.

Ese criterio ha sido confirmado por la Excma. Corte Suprema en fallo de 26 de julio de 2011 (autos ingreso N° 5455-2009), al señalar que:

Se entiende que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común en el *ius puniendi* único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia.

De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al Derecho Penal.

Así, es posible dar por establecida la unidad de la potestad sancionatoria del Estado, dentro del ordenamiento jurídico chileno.

Podemos entonces continuar revisando el argumento de Vergara.

(...) Debemos ahora revisar qué ocurría con partícipes en un delito que no eran los contribuyentes del impuesto evadido.

Del estudio de los casos judiciales sobre delitos tributarios vemos que las calidades de autor y coautor han sido atribuidas a quienes de alguna forma participan en el delito tributario. En el caso de los asesores y otros partícipes que no son el contribuyente del impuesto evadido, nuestros tribunales han debido enfrentar el problema de establecer si es el delito tributario uno especial propio y, consecuentemente, han debido resolver si se comunica la calidad especial de contribuyente, cuando la solución al primer problema es positiva. A continuación, veremos esto con mayor detalle.

(...) El sujeto activo de un delito es quien lleva a cabo la conducta típica. Usualmente, el sujeto activo será cualquier persona natural. Sin embargo, a veces la ley exige una cualidad especial, en cuyos casos la doctrina entiende que se trata de delitos con sujeto activo cualificado. Cuando la característica especial es una calidad sin la que el delito no puede ser cometido, la doctrina clasifica el delito como especial propio. El ejemplo clásico de esto es el delito de cohecho, porque si no existe un empleado público involucrado, no se configura delito alguno. En cambio, cuando la calidad especial constituye una circunstancia que la ley tiene en cuenta para establecer una pena más gravosa, el delito es clasificado como especial impropio. El ejemplo clásico de esto es el delito de parricidio, que sin la calidad especial de familiar en cierto grado correspondería al delito de homicidio. En el caso del delito especial propio, la calidad exigida por la ley plantea un problema práctico importantísimo en los casos en los que uno de los partícipes del delito carece de aquella calidad. Este es el problema de la comunicabilidad de la cualidad exigida en la ley al tipificar la conducta.

Como se ha hecho presente, en nuestro país no existe consenso respecto de cómo resolver el problema de la comunicabilidad, ello, ni en la jurisprudencia ni entre los autores. Sin perjuicio de lo dicho, **es posible observar una tendencia a favor de la comunicabilidad. En el caso particular de los delitos tributarios, es posible detectar una solución con un resultado equivalente, [que es] sostener que no son delitos especiales.** Por lo mismo, al examinar las resoluciones de nuestros tribunales superiores de justicia recaídas en casos de delitos tributarios veremos que en muchas ocasiones se ha fallado que los delitos tributarios no exigen una calidad especial en el autor, **lo que tiene el mismo efecto que resolver que la calidad especial de contribuyente se comunica a quien no lo es, porque no estaba obligado a pagar tributo alguno, sin embargo, está involucrado en el delito.** Ahora, cuando se ha fallado que esa calidad se exige, podremos ver que, alternativamente, se ha decidido que dicha calidad se comunica y que ello no ocurre.

Entonces, si bien no existe unanimidad respecto a la solución al problema de la comunicabilidad de la calidad de contribuyente de un impuesto en los delitos tributarios, **existe una tendencia a castigar a todos los partícipes como autores o coautores conforme a lo dispuesto en la norma que fija el delito que la doctrina considera especial propio.** Cuando la discusión judicial ha sido llevada a analizar la participación de los asesores en los ilícitos tributarios, lo que se ha presentado en casos del delito tributario del artículo 100 del Código Tributario que sanciona al contador, el resultado de esta discusión ha sido nuevamente que sí el asesor puede llegar a ser autor o coautor del delito.

Así se ha dicho, quien diseñe o planifique una simulación de un contrato que tenga por resultado el pago de menores tributos, o el que diseñe o planifique cualquier otro fraude tributario, será autor o coautor de un delito tributario.

**Ahora, la Ley N° 20.780 agregó el nuevo artículo 100 bis al Código Tributario** que dispone lo siguiente: “La persona natural o jurídica respecto de quien se acredite haber diseñado o planificado los actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación, según lo dispuesto en los artículos 4° ter, 4° quáter, 4° quinquies y 160 bis de este Código, será sancionado con multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente. Con todo, dicha multa no podrá superar las 100 unidades tributarias anuales”.

Considerando lo previamente indicado respecto del principio ***non bis in ídem*** y de la unidad de la potestad sancionatoria estatal, solamente queda por mencionar que en el **artículo 18 del Código Penal**, recogiendo los principios básicos del derecho sancionatorio que hemos mencionado y estudiado antes, dispone en su inciso 2° que si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento, luego, en su inciso tercero agrega que si la

ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

**[Tema aparte es el de la sanción a los representantes legales y directores de las personas jurídicas que planificaron y diseñaron la simulación]** (...) El inciso segundo del artículo 100 bis dispone que “en caso que la infracción [de haber diseñado o planificado los actos simulados] haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada será aplicada a sus directores o representantes legales si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión”.

**Lo primero que debemos notar es que la norma dice que “la sanción será aplicada a” los directores o representantes legales, y no dice “la sanción será aplicada también” a los directores o representantes legales. Es decir, en el caso de las personas jurídicas, no se sanciona a los empleados de ella que diseñaron y planificaron la simulación, sino que se sanciona a quienes tenían un deber de supervisión o dirección, y lo infringieron.**

Lo dicho no es menor, porque **cambia el bien jurídico protegido**, debido a que quedan sin sanción quienes participaron en la simulación y son multados quienes infringen un deber, es decir, quienes no actuaron debiendo hacerlo.

Con esto, **de la misma forma, cambian los hechos que deben ser acreditados en el juicio**, porque si bien la representación legal, tal como su nombre lo sugiere, es atribuida por la ley a una persona, en materia tributaria esta asignación de representación es efectuada para efectos de las notificaciones que debe hacer la administración fiscal, en cambio, esta normativa sanciona a los representantes legales que infrinjan deberes muy

particulares, los de supervisión y dirección. Es decir, **la aplicación de la multa requiere acreditar una relación entre quienes planificaron y diseñaron la simulación, y los representantes legales y directores sancionados. Dicha relación debe ser un deber de supervisión o dirección, el que dependerá de la estructura interna de cada persona jurídica involucrada en estos hechos. Por lo mismo, ilustrando lo señalado con un ejemplo hipotético, si pensamos en una gran auditora, no podría ser sancionado el gerente de finanzas,** debido a que no tendría el deber de supervisar al área de asesoría que habría recomendado al cliente simular un acto jurídico.

**Lo dicho confirma la despenalización de la simulación en materia tributaria, porque en este caso persona alguna es castigada por esta acción, sino que se sanciona la infracción al deber de prevenir la acción.**

(...) Ahora es necesario examinar si los procedimientos para calificar un hecho que está tipificado como un ilícito penal, y la sede en la que esta calificación se lleva a cabo, alteran la naturaleza del mismo.

**Una de las características peculiares de los delitos tributarios es que ellos pueden ser objeto, alternativamente, de dos procedimientos, tramitados por tribunales diferentes, para la aplicación de sanciones dispares. Esta posibilidad de seguir dos caminos o vías procesales, en dos sedes diferentes, no modifica la naturaleza delictiva del hecho sancionado.**

A la posibilidad de recurrir a dos sedes completamente diferentes, se suma el hecho que la decisión respecto de qué es y qué no es un delito tributario, en definitiva, es tomada en el momento en el cual se decide ejercer la acción exclusiva que la ley entrega al director del Servicio de Impuestos Internos, que es el funcionario facultado para optar por una de



estas dos vías. Esto tiene una importancia clave en esta materia, como veremos.

[Por aplicación del] artículo 161 N° 10 del Código Tributario, la administración fiscal debe recopilar los antecedentes necesarios para que el director de esa institución decida si acciona conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del mismo cuerpo legal. Ahora, el mencionado artículo 162 del Código Tributario ha sido interpretado en el sentido que la acción de la administración fiscal en contra de una persona medianamente individualizada es un requisito de procesabilidad. Es decir, nuestros tribunales superiores de justicia han resuelto que sin una querrela o denuncia del director del Servicio de Impuestos Internos, o del Consejo de Defensa del Estado actuando a petición de dicho servicio, no es posible condenar a persona alguna por un delito tributario.

(...) Ahora, esta acción puede estar dirigida en contra de personas individualizadas o no, como ocurre cuando se dirige en contra de quienes resulten responsables. En otras palabras, los juicios por delitos tributarios solamente pueden ser iniciados por una denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, o del Consejo de Defensa del Estado actuando a requerimiento del director de la primera institución, pero incluso cuando un proceso se inicia de esta forma, en él no pueden ser condenadas personas contra las cuales no fue dirigida de forma alguna la acción penal de la administración tributaria.

Entonces, si un funcionario de la administración fiscal detecta un hecho que puede llegar a ser considerado un delito tributario o recibe una denuncia en igual sentido, se deben recopilar los antecedentes necesarios, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 N° 10 del Código Tributario, para que el director del Servicio de Impuestos Internos fundamente la decisión a la que se refiere el artículo 162 del mismo código. Esta última decisión implica necesariamente que el director puede concluir que no existe un ilícito penal tributario, en cuyo caso ordenará que se continúen con las acciones de cobro que procedan. Pero si la conclusión a la

que llega el director de la administración fiscal es que existe un ilícito tributario sancionable con multa y pena privativa de libertad, entonces puede optar por denunciar o querellarse, es decir, recurrir a la justicia criminal, o simplemente decidir que se notifique un acta de denuncia para que el juez tributario y aduanero decida que el ilícito penal ha existido y aplique solamente la multa.

**Si bien la facultad del director de elegir la vía punitiva (juzgado penal o juzgado tributario y aduanero) es discrecional, ella no puede ser arbitraria, porque en nuestro derecho la arbitrariedad es siempre ilegal.** Por lo mismo, se ha resuelto que si la administración fiscal está en conocimiento que todo un sector económico actúa de una misma forma, pero solamente recurre en contra de un actor, sin que existan motivos suficientes que permitan establecer diferencias sustanciales en su conducta, las que justifiquen la acción criminal en el caso particular, el actuar del Servicio de Impuestos Internos es arbitrario, lo que tiene como consecuencia que el tribunal debe desechar su acción penal.

**Esta opción del director de la administración fiscal no altera en nada el carácter sancionatorio de la actividad del juez, por lo que se aplican los principios que rigen el *ius puniendi* estatal,** sin las morigeraciones que según vimos, a veces aplican a las sanciones administrativas. Así, nuestra Corte Suprema ha resuelto que los procedimientos penal y administrativo sancionatorio a los que puede dar lugar la decisión del artículo 162 del Código Tributario ostentan una naturaleza común, por lo que ambos se rigen por los mismos principios. Ahora, esta postura del supremo tribunal es una aclaración expresa de la materia, pero que coincide con lo resuelto en otras causas recaídas en procedimientos iniciados por actas de denuncia.

(...) [**Otro argumento para sostener la despenalización, surge de analizar la relación entre la simulación y el delito de evitar, disminuir o postergar la aplicación de los impuestos global complementario y adicional**]. La simulación, en la regulación de la Ley N° 20.780, para ser

sancionada penalmente, requiere el cumplimiento de varios supuestos, establecidos en el artículo 14 letra E), N° 1 letra b) de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que presenta un desafío enorme al intérprete, como pasamos a ver.

Esta norma parte con una prohibición, a saber, “las empresas, entidades o sociedades domiciliadas, residentes, establecidas o constituidas en Chile que obtengan rentas pasivas de acuerdo a los criterios que establece el artículo 41 G, no podrán ser utilizadas en forma abusiva para diferir o disminuir la tributación de los impuestos finales de sus propietarios, socios o accionistas”. **Cabe preguntarse cómo se pueden utilizar las empresas nacionales que obtengan rentas pasivas de forma abusiva para ese propósito, cuando la consecuencia natural de crear una empresa es la separación para efectos impositivos entre la empresa y su dueño, y el diferimiento lo dispone la ley.** Así, por ejemplo, el empresario individual es una figura jurídica completamente tributaria, porque no tiene efectos diferentes al impositivo. Entonces, si como veremos en un momento, esta norma se integra con los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, cabe preguntarse lo siguiente: **¿Cómo puede ser elusiva una institución que ha sido pensada por el legislador para producir exclusivamente efectos tributarios?**

Ahora, como se realiza una remisión al artículo 41 G de la Ley Sobre Impuesto a la Renta, esta regulación no aplica si la sociedad que recibe dividendos invierte directamente en una sociedad de rentas activas.

**El segundo problema de esta norma es que exige para la aplicación del impuesto multa del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta sobre el capital, que se determine la existencia de abuso o simulación,** como queda en evidencia de su texto que dispone “De acuerdo a lo anterior, cuando se haya determinado la existencia de abuso o simulación conforme a lo dispuesto en los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, se aplicará respecto del monto de tales inversiones la tributación dispuesta en el artículo 21, sin perjuicio de la aplicación de los

impuestos que correspondan a los beneficiarios de las rentas o cantidades respectivas y las sanciones que procedieren”. Así, **esta regla supone que se lleva a cabo la declaración de elusión en conformidad con las reglas agregadas al Código Tributario por la Ley N° 20.780, lo que no es menor para efectos de la regla penal que nos interesa comentar.**

Luego el artículo contiene una norma contradictoria, porque antes se remitió a los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, que disponen que el Servicio de Impuestos Internos debe probar la elusión, en cambio esta norma señala: “En todo caso, el contribuyente podrá acreditar que las inversiones fueron realizadas con sumas que corresponden a su capital o a ingresos no constitutivos de renta”. Tras esto, agrega una presunción simplemente legal, que lleva a pensar que la regla anterior es una especie de excepción puesta antes que sea enunciada la regla, porque se indica: “presumiéndose, salvo prueba en contrario, que cuando el capital propio tributario del contribuyente excede de la suma de su capital y de los referidos ingresos no constitutivos de renta, tales inversiones se han efectuado, en el exceso, con cantidades que no han cumplido totalmente con los impuestos de la presente ley, procediendo entonces las aplicación de lo dispuesto en el referido artículo 21”.

Finalmente el artículo dispone que: “No obstante lo anterior, cuando se determine que los actos, contratos y operaciones respectivos se han llevado a cabo **maliciosamente** con la finalidad de evitar, disminuir o postergar la aplicación de los impuestos global complementario o adicional, ello será sancionado conforme a lo dispuesto en el primer párrafo, del número 4 del artículo 97 del Código Tributario”. Aquí la norma llega a su punto más problemático. Primero, desde el punto de la redacción, es redundante indicar que algo que se sanciona con una pena se realiza maliciosamente, lo que se presta para las discusiones antes señaladas, porque la malicia implica la posibilidad de reprochar la conducta al actor que, pudiendo actuar de forma diferente, decidió realizar el hecho punible, pero esta regulación agrega la expresión “con la finalidad de”, es decir, parece reiterar que se exige un tipo especial de dolo, el dolo directo.

Ahora, nuevamente **el problema de esta norma es que confunde la tipificación de una conducta con la posibilidad de reprocharla, porque, descartado que se pueda abusar de las formas jurídicas o simular actos por accidente o descuido, siempre existirá dolo si se acredita que ha existido abuso o simulación**, por lo mismo, no existen diferencias entre la conducta punible y la conducta no sancionada, porque la finalidad exigida es “evitar, disminuir o postergar la aplicación de los impuestos global complementario o adicional”.

Ahora, se presenta un problema procedimental en esta regulación, al exigir que se determine primero que ha existido elusión, se está estableciendo una cuestión prejudicial civil. Es decir, primero debería existir un juicio para determinar la elusión, tras lo cual debería llevarse a cabo un juicio penal. No ahondaremos en esta materia por escapar a nuestro objetivo, pero mencionarla sirve para ilustrar lo problemática que es toda esta regulación.

[En este punto, se hace necesaria la pregunta]: **Si no tuviera la ley 20.780 el efecto de derogar parte del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, ¿qué pasaría?**

Como examinamos, **el dolo no es parte del hecho típico sancionado y es inconcebible la existencia de simulación culposa, por lo mismo, no se observa que la simulación como delito tributario pueda ser diferente de la simulación como acto de elusión (sic)<sup>11</sup> del tributo**. Es decir, lo que ha ocurrido es que una misma conducta ha recibido una tipificación posterior más favorable, por lo tanto, ha quedado despenalizada.

**Sin embargo**, para demostrar la relevancia de los principios antes expuestos, es conveniente preguntarse qué ocurriría si el efecto de la Ley N° 20.780 respecto de la simulación con efectos tributarios no fuera la

---

<sup>11</sup> Posible fe de erratas: “evasión” seguramente, para coherencia.

derogación de parte de los hechos típicos del artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

**Si asumimos como cierta la afirmación que la simulación de un acto jurídico es, al mismo tiempo, elusión y evasión, o dicho de otra forma, la simulación es, al mismo tiempo, una infracción indirecta de la ley tributaria y una infracción directa de la ley penal tributaria,** la consecuencia que resta sería, además de contradictoria, algo que desafía, entre otros principios constitucionales, al de igualdad ante la ley, porque **se crearía una especie de triple elección de la acción por parte de la administración:**

- a) Buscar la aplicación de la pena privativa de libertad más la multa respecto de todos los involucrados en los tribunales criminales.
- b) Solicitar solamente la aplicación de la multa respecto del contribuyente en los tribunales tributarios y aduaneros
- c) Pedir la declaración de simulación en los tribunales tributarios y aduaneros multando solamente al asesor.

En los tres casos se cobrarían los impuestos evadidos o eludidos, según sea la acción de la administración, pero claramente **en el tercer caso el único sancionado sería quien diseñó o planificó la elusión. Esta solución es solamente aparente, porque violenta prácticamente todos los principios constitucionales que hemos analizado, por lo mismo, debería ser rechazada.**

Así lo expuesto, este error requiere que el legislador actúe y se deroguen las referencias a la simulación en la normativa antielusiva general, y se repongan los efectos penales de la simulación, considerando que cuando esta institución es utilizada para rebajar de forma artificial la carga impositiva, lo que se está haciendo es cometer un fraude tributario.

### 3. Comentarios, acuerdos y desacuerdos. Toma de posición.

A continuación se hará el mismo ejercicio hecho previamente con Gambardella, esto es, resumir las principales ideas de Vergara e ir las comentando desde mi posición:

3.1. La definición de la simulación como una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del real coincide, a grandes rasgos, con las características esenciales de la institución comentada que nos entregó Ferrara en su obra “La simulación de los negocios jurídicos”. Esto es importante porque **el SII recurrió a la definición de Ferrara en su instrucción sobre la NGA**, lo que descarta la aplicación de teorías de *lege ferenda*, que se construyen a partir de conceptos jurídicos que expresamente rechazan la definición de Ferrara: Se planteó al analizar la tesis de la independencia, que la visión que plantea como subyacente a la idea de reconocimiento recíproco y su inserción mediante la NGA, al ordenamiento chileno, era justamente *lege ferenda*. Es un error propio de nosotros los abogados, el creer que mediante

una modificación legal puede cambiarse la sociedad, como si fuera ésta un reflejo de aquél, en circunstancias que la lógica misma de existencia del derecho dice que es al revés, el derecho es el reflejo de la sociedad. Es ésta la que debe cambiar primero, antes que una modificación legal tenga sentido. Claro, en su oportunidad se esgrimió como objetivo de la reforma tributaria que se concretó mediante la ley 20.780 el financiar las fuertes reformas al sistema educacional del último gobierno de Michelle Bachelet, pero de eso no se sigue la necesidad, ni menos corrección, de la idea de modificar el sistema tributario en la forma que se hizo, para ello.

**3.2. El fraude tributario común ha estado contemplado en lo que ahora es el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, y es útil para sancionar todo tipo de fraudes tributarios, pues para efectos penales, cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad es una conducta defraudatoria, por lo que la simulación fue siempre perfectamente sancionable en Chile al configurarse con ella la conducta descrita en la norma citada:** A mi juicio, este es otro argumento que refuerza la falta de necesidad de tanta modificación a nuestro sistema legal.



3.3. Sin embargo, el legislador en 1980 agregó al artículo 97 N° 4 del Código Tributario el inciso 3° que se refiere expresamente a la simulación. Desde la vigencia de aquella nueva regulación, la simulación pudo ser utilizada para cometer dos delitos tributarios diferentes, pues si tenía por efecto rebajar la base imponible de cualquier tributo, pero no se obtenía una devolución de impuestos, era aplicable el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario; en cambio, si tenía por efecto obtener una devolución de impuestos, se configura el ilícito del inciso 3°, que contempla una pena más alta. Este es uno de los pocos supuestos en que tiene real sentido una modificación al derecho penal tributario, para agravar una conducta ya sancionada por aumentar, a juicio del legislador, el desvalor de la conducta.

3.4. Analizando un momento la relación de la falsedad con la simulación, puede decirse que si bien la simulación de contrato, fuera del ámbito tributario, puede llegar a configurar un delito específico, ella podría perfectamente ser utilizada para cometer el delito de estafa (lo que es un ejemplo de cómo los delitos especiales pueden contener elementos de otros

delitos que sancionan conductas más genéricas). Ahora bien, respecto de la falsedad, no existe un deber genérico de decir la verdad, lo que implica que no toda declaración no-veraz es punible, sino solo cuando alguien se encuentra compelido por la ley a decir la verdad. Los delitos que sancionan conductas en las que se incurre en falsedad, como los delitos tributarios, implícitamente contienen la obligación de decir la verdad, en este caso, declarándose el verdadero monto del impuesto adeudado al fisco: Esto es una afirmación bastante segura de hacer sobre los derechos tributarios. Y tendrá relevancia al momento de analizar los efectos que acarrearía el que la tesis planteada en este documento fuera acogida por los tribunales de justicia.

**3.5. Ahora, pasando a analizar los efectos de la simulación en materia tributaria,** y al igual que en otros delitos especiales, **la falsedad es un medio para cometer el delito,** no es un fin en sí misma. La referida **falsedad, es específicamente una falsedad ideológica,** debido a que a pesar que se encuentra obligado a declarar el verdadero monto del tributo, el delincuente tributario se pone de acuerdo con alguien más para hacer creer que un acto jurídico que no existe, es real, o que el acto que existe es

diferente al real, todo ello con el objeto de engañar a la administración fiscal. En cambio, en el caso de la falsedad material, ella normalmente escapará a la simulación en su significado civil, porque supone que el emisor o el suscriptor del documento es diferente, de manera que quien aparece como parte en el documento, no lo es: La relevancia de este punto radica en que de ser cierto, vuelve imposible la existencia de una simulación culposa, pues ésta supone una falsedad ideológica que conceptualmente supone la voluntad positiva de ocultar un acto por otro o de desfigurar los verdaderos montos del real. Esto se revisará más abajo.

3.6. La **elusión** es una infracción **indirecta** a una norma tributaria, en la que se ven quebrantados sus propósitos pero no su letra, mientras que la **simulación** de contratos que rebajen la carga tributaria, o que permitan obtener una devolución de impuestos, son infracciones **directas** a normas tributarias penales contempladas en el artículo 97 N° 4 incisos 1° y 3°, respectivamente, del Código Tributario. **Por lo mismo, en nuestro país la simulación no servía para eludir los tributos**, por lo menos desde que fue dictado el Código Tributario en 1960, **porque ella era una infracción directa de la ley penal tributaria**, por lo mismo, cruzaba el umbral de la

elusión, al ser, precisamente, evasión: Aquí queda en evidencia una de las más serias dificultades que la tesis de la dependencia tendría que enfrentar, que es la negación de la posibilidad de ser la simulación, al mismo tiempo, una elusión y una evasión tributaria.

**3.7. Existe una sola la potestad sancionatoria del estado, sin importar la sede o naturaleza del tribunal donde se la concrete en una sanción específica y determinada. Por lo mismo, no cambia tampoco la naturaleza jurídica de la norma sancionatoria, el que termine siendo en definitiva aplicada por un tribunal que no sea penal.** Lo relevante, para que la aplicación de la norma sea susceptible de crítica desde el lente de los límites del *ius puniendi*, es que imponga una pena: La importancia de este punto radica en que la imposición de una condena a un contribuyente determinado, a sufrir una pena pecuniaria en un proceso tributario, produciría cosa juzgada en un proceso penal, debido a que ya habría sufrido un castigo de naturaleza penal y el principio *non bis in ídem* prohíbe que un sujeto sea perseguido dos veces por el mismo hecho. Recordemos al efecto, que la cosa juzgada en materia penal es distinta de la civil, que se construye sobre el artículo 177 del Código de Procedimiento. En sede penal, las

partes son el imputado, por un lado, y el Estado, por el otro, siendo el hecho en sí, independientemente de su calificación jurídica, el tercer pilar de la cosa juzgada. Y así, se replicaría la misma estructura en sede tributaria y penal, si se diera el caso de un contribuyente que sufre una pena pecuniaria, y luego penalmente fuere perseguido por los mismos hechos que le causaron la multa previamente.

3.8. En el caso de los asesores y otros partícipes que no son el contribuyente del impuesto evadido, nuestros tribunales han debido enfrentar el **problema de establecer si es el delito tributario uno especial propio** y, consecuentemente, han debido **resolver si se comunica la calidad especial de contribuyente**, cuando la solución al primer problema es positiva. En nuestro país no existe consenso respecto de cómo resolver el problema, ni en la jurisprudencia ni entre los autores. Sin perjuicio de ello, es posible observar una tendencia a favor de la comunicabilidad. En el caso particular de los delitos tributarios, es posible detectar una solución con un resultado equivalente, que es sostener que no son delitos especiales, lo que tiene el mismo efecto que resolver que la calidad especial de contribuyente se comunica a quien no lo es, porque no estaba obligado a pagar tributo

alguno, y sin embargo, está involucrado en el delito. Sobre esta base, existe una tendencia a castigar a todos los partícipes como autores o coautores conforme a lo dispuesto en la norma que fija el delito que la doctrina considera especial propio: Apropriadome de los datos y conclusiones al respecto que Vergara aporta, diré que para efectos de mi posición en este documento, los tributarios tienen la naturaleza jurídica de ser delitos especiales impropios, esto es, de aquellos en que por un lado se requiere una calidad especial para ser autor, que es la de contribuyente, pero por otro lado, para el caso en que aparezcan dentro del hecho otros sujetos que no sean contribuyentes, tienen un tipo penal residual que resulta aplicable para los sujetos que no cuenten con la calidad especial de contribuyente.

Al respecto corresponde hacer una precisión. Hay quien afirma que éstos delitos son comunes, pues la calidad de contribuyente no denota ninguna calidad especial, lo que si bien en principio es cierto, no niega que de una determinada obligación tributaria, en el desarrollo de la cual sucedió uno o varios hechos que pudieren revestir carácter de delito, solo hay un sujeto contribuyente y todos los demás son partícipes no-contribuyentes. Podría sostenerse que en el caso de una simulación mediante falsedad ideológica

para disminuir el pago de IVA, técnicamente hay dos contribuyentes porque ambas partes del contrato simulado van a agregar la operación a sus contabilidades; pero eso no derriba el argumento planteado aquí pues cada uno es contribuyente de su propia obligación tributaria, por lo que dependiendo del supuesto podría aplicársele distintos tipos especiales a cada uno, o un tipo especial a uno y uno común a otro, o solo tipos comunes a todos (para el caso de acogerse esta tesis).

3.9. Ahora, la Ley N° 20.780 agregó un nuevo artículo 100 bis al Código Tributario. Considerando el principio *non bis in ídem* y la unidad de la potestad sancionatoria estatal, solamente queda por mencionar el **artículo 18 del Código Penal que dispone en su inciso 2° que si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento:** Esta norma es la que permite plantear, en el próximo capítulo, la derogación de los delitos tributarios relacionados con la simulación.

3.10. Caso del artículo 14 letra E), N° 1 letra b) de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Del análisis de esta norma cabe preguntarse, ¿cómo se pueden utilizar las empresas nacionales que obtengan rentas pasivas de forma abusiva para ese propósito, cuando la consecuencia natural de crear una empresa es la separación para efectos impositivos entre la empresa y su dueño, y el diferimiento lo dispone la ley? **¿Cómo puede ser elusiva una institución que ha sido pensada por el legislador para producir exclusivamente efectos tributarios?:** He aquí una manifestación legal de la confusión conceptual que trae la palabra elusión. Los operadores chilenos no se han puesto de acuerdo en qué debe entenderse por elusión, cómo designarlo con palabras, y ya fue regulado, denotándose que en este caso al menos, para que la norma tenga sentido, es necesario afirmar que la elusión es completamente lícita. Esto provoca que sigan apareciendo más y más sinsentidos que solo dificultan la comprensión del sistema por quienes deben aplicarlo.

**3.11. Si no tuviera la ley 20.780 el efecto de derogar parte del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, ¿qué pasaría?** Si asumimos como cierta la afirmación que la simulación de un acto jurídico es, al mismo tiempo,



elusión y evasión, o dicho de otra forma, la simulación es, al mismo tiempo, una infracción indirecta de la ley tributaria y una infracción directa de la ley penal tributaria, la consecuencia que resta sería, además de contradictoria, algo que desafía, entre otros principios constitucionales, al de igualdad ante la ley, porque se crearía una especie de triple elección de la acción por parte de la administración: a) Buscar la aplicación de la pena privativa de libertad más la multa respecto de todos los involucrados en los tribunales criminales; b) Solicitar solamente la aplicación de la multa respecto del contribuyente en los tribunales tributarios y aduaneros; y c) Pedir la declaración de simulación en los tribunales tributarios y aduaneros multando solamente al asesor. En los tres casos se cobrarían los impuestos evadidos o eludidos, según sea la acción de la administración, pero claramente en el tercer caso el único sancionado sería quien diseñó o planificó la elusión. Esta solución es solamente aparente, porque violenta prácticamente todos los principios constitucionales que hemos analizado, por lo mismo, debería ser rechazada: Esto es justamente lo que me pregunté previamente (capítulo II, apartado 3.2.3., página 57), si acaso era sensato pensar que habría un caso en que el SII no pudiese perseguir tributariamente, por la restricción del

artículo 4° quinquies inciso segundo, pero aún pudiera querellarse por delito tributario y forzar al Ministerio Público a perseguir penalmente la conducta. Razonablemente, una lógica que lleve a afirmar algo de ese tipo, está equivocada.

Habiendo llegado a este punto, puedo dar por terminada la parte expositiva de esta tesis. A partir del siguiente capítulo comenzaré con el análisis propiamente tal del efecto derogatorio de la ley 20.780, argumentos a favor y en contra, posibles consecuencias esperables y propuesta de eventuales medidas a tomar.

**CAPÍTULO IV**

**LA DEROGACIÓN TÁCITA Y LA LEY 20.780. ARGUMENTOS A  
FAVOR Y EN CONTRA**

**1. Fuentes utilizadas y ubicación.**

Para la confección de esta parte, me he valido también de los trabajos ya mencionados hasta ahora en los capítulos anteriores, pero además especialmente, del eterno Tratado de Derecho Civil escrito por Alessandri, Somarriva y Vodanovic, el cual es un material impreso que no se encuentra en versión digital ni en este anexo, y se ubica en la bibliografía con el número 1.

**2. Análisis preliminar sobre el concepto de derogación tácita.**

Sostienen Alessandri, Somarriva y Vodanovic que

“(…) la derogación es la cesación de la eficacia de una ley en virtud de una disposición o de disposiciones de otra ley posterior. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria reemplazando o no sus disposiciones por otras. Háyase su fundamento en la evolución sin fin de la sociedad que

constantemente exige nuevas formas jurídicas que concuerden con el momento histórico en que se vive.

(...) La derogación puede ser expresa ó tácita. Hay derogación expresa cuando la nueva ley suprime la ley anterior, y tácita cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles con la de la antigua. El artículo 52 del Código Civil se refiere a esto.

(...) La derogación tácita pone de manifiesto la inutilidad del artículo final de muchas leyes chilenas y francesas, cuyo tenor declara abolidas todas las leyes anteriores contrarias a la presente, pero es dificultoso y en ocasiones imposible tener presente todas las leyes de diversa naturaleza y categoría que contienen disposiciones aisladas o incidentales sobre una materia determinada que posteriormente viene a ser regida por una ley especial. Para el autor de esta última puede en algunos casos resultar imposible la cita en particular de todos estos textos incluso con el auxilio de aparatos de computación”<sup>12</sup>.

Al respecto, ha llegado el momento dentro de este documento, de construir ordenadamente el argumento según el cual hubo derogación tácita de la simulación (y como se dirá, quizá de todo el artículo 97 N° 4) en el derecho penal-tributario. Porque la situación descrita en la cita del Tratado es justamente la que sostenemos que ocurre con la NGA y el artículo 97 N° 4: las nuevas disposiciones antielusivas que introdujo la NGA, regulan para efectos estrictamente tributarios supuestos de hecho que antes eran constitutivos de delito. Siendo incompatible una consecuencia menor en

---

<sup>12</sup> Bibliografía N° 1, páginas 196 y siguientes.

sede tributaria (determinada por la restricción del artículo 4° quinquies) con una mayor en sede penal (como sería si el SII tuviere efectivamente una triple opción como resultado de la NGA, capítulo III apartado 3.11., página 110), es necesario determinar el efecto jurídico exacto de introducir esa norma en nuestro sistema.

### **3. Formulación del argumento principal.**

#### 3.1. Fuentes de la formulación.

Para este apartado, me valdré de las ideas ya expuestas previamente hasta ahora, pero reordenadas con el fin de clarificar, como creo que debería ser, el silogismo jurídico que lleva a la tesis de fondo de este trabajo. Con el fin de no perder el hilo de las referencias, a continuación menciono el orden de los apartados de los capítulos anteriores de donde extraje el texto para esta parte, por si el lector quisiera seguir la forma en que se construyó.

1. Capítulo II, apartado 3.2.1;
2. Capítulo II, apartado 3;

3. Capítulo I, apartado 2.2;
4. Capítulo I, apartado 2.3;
5. Capítulo II, apartado 3.2.4;
6. Capítulo I, apartado 2.5;
7. Capítulo I, apartado 2.6;
8. Capítulo III, apartado 3.8;
9. Capítulo I, apartado 2.7;
10. Capítulo II, apartado 3.2.3;
11. Capítulo III, apartado 3.7;
12. Capítulo III, apartado 3.6;
13. Capítulo II, apartado 3.2.6;
14. Capítulo III, apartado 3.4;
15. Capítulo III, apartado 3.1; y
16. Capítulo III, apartado 3.2.

### 3.2. Argumento formulado.

Se previene que debido a que todo lo que aquí se dice es un resumen y reestructuración con observaciones de lo que se ha dicho hasta aquí, he

mezclado las ideas que he planteado antes con el texto que critico o del que me apoyo, según la ocasión.

El motivo de hacerlo de esta forma, es que como dije al principio, el argumento tiene demasiadas aristas y se explica más como sistema de tres dimensiones, que como lineal.

Con esa prevención, la idea de fondo de esta tesis puede formularse como sigue:

**1) Unidad de la Potestad Sancionatoria del Estado. Característica específica de la norma sancionatoria penal. Consecuencias:** Lo primero es plantear que la potestad sancionatoria del Estado es una sola, que es lo mismo que decir que es unitaria, lo que significa que sin importar la sede o naturaleza del tribunal donde se la concrete en una sanción específica y determinada, se trata del mismo poder estatal de castigar. De esto se sigue que la naturaleza jurídica de la norma sancionatoria no depende de quién o qué institución la aplique, aunque termine siendo en definitiva aplicada por un tribunal que no sea penal (como sería por ejemplo, el caso de los

Tribunales Tributarios y Aduaneros). Lo relevante para que la aplicación de una determinada norma sea susceptible de crítica desde el lente de los límites del *ius puniendi* estatal, es que la norma imponga una pena (que se define dicho sea de paso, como una privación de derechos, que a su vez puede ser de naturaleza pecuniaria -como la multa- o corporal -como el presidio y la reclusión-).

Ahora bien, en nuestro derecho, extrañamente y a diferencia de otras legislaciones, los delitos tributarios se encuentra regulados dentro del Código Tributario en lugar del Código Penal, lo que genera en principio el problema de cómo dilucidar si una norma específica es de naturaleza tributaria o penal dada su ubicación, y asumiéndose por supuesto la necesidad (y problema, a la vez) de regirse cada norma por las demás normas (y además principios) que le sean propios según su naturaleza. El primer criterio (y el principal que se usa aquí para ello) es cuál es la sanción (en el sentido de “consecuencia jurídica”, y no necesariamente de “castigo”) de la conducta determinada que la norma contemple. Si esa sanción o consecuencia se trata de una pena privativa de libertad, entonces la norma es penal; y si se trata de una multa u otra sanción de carácter económico o



pecuniario, se trata aún de penas, pero con la diferencia que la norma sería susceptible de aplicarse por un tribunal que no es penal (como en este caso, tributario, o como también podría ser civil) por tratarse de sanciones que no son privativas de libertad.

El Derecho Penal, por su parte, es la *ultima ratio* del derecho, que solo reacciona (pues solo debe reaccionar) cuando todos los otros mecanismos de respuesta, de todas las otras ramas del derecho, frente a los problemas que podrían socavar la base misma de la sociedad, fueron insuficientes o derechamente fallaron. La forma en que el Derecho Penal reacciona en el caso que nos convoca, son los delitos tributarios, cuyas normas y estudio constituyen el llamado Derecho Penal Tributario.

**2) Relación entre el Derecho Penal, el Tributario, y el Derecho Penal Tributario. Derecho común y especial.** Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho Civil es el más común de todos, y que a su respecto, tanto el Derecho Penal (contenido en el Código Penal) como el Tributario (del Código Tributario) son derechos especiales.

Habiendo dicho esto, es claro también que el Derecho Penal Tributario, es el más especialísimo de todos (en el tema que nos convoca), y que por lo mismo depende, para su configuración, primero del Derecho Tributario de fondo (para especificar el tributo del que se trate, su hecho imponible, la tasa y los obligados tributarios respecto del mismo) y luego del Derecho Penal (en cuanto a qué son y cómo interactúan frente a los delitos tributarios, categorías que son específicamente penales como las de autoría, participación, *iter criminis*, y un largo etcétera, todo lo cual es consistente con el principio de accesoriadad del derecho penal).

**3) Autonomía del Derecho Tributario. Relación con el Derecho Penal.** Ahora bien, es necesario establecer que el Derecho Tributario, si bien puede reconocerse como una disciplina autónoma con sus principios, conceptos, definiciones y calificaciones propios, no existe en el vacío, sino que es una estrella más del universo representado por el sistema jurídico chileno. Y desde esa perspectiva, debe ser posible (y de hecho es jurídicamente necesario, por una cuestión de coherencia interna del sistema)

poder plantear una lógica tributaria que sea internamente consistente en sí misma (dentro de las normas y principios propiamente tributarios) y que además encaje con las demás ramas del derecho (especialmente el penal), conformándose así el todo orgánico que el sistema debe ser (y dentro del cual los delitos tributarios se encuentran en la mitad de ambas ramas del derecho, penal y tributario, y por lo mismo deben ser analizados -y de ese análisis extraerse conclusiones- que encajen con los principios y normas de ambos).

Por esto es, que si algo cambia en el derecho tributario, es necesario revisar de qué forma ese cambio afecta al derecho penal y/o a otras ramas del derecho en general.

Un ejemplo de lo dicho hasta ahora puede verse claramente si revisamos la relación del derecho civil con el penal (siendo el primero derecho común, y el segundo derecho especial). Si tomamos el caso hipotético de una estafa mediante contrato viciado de dolo, una conciliación civil sería procesalmente distinta de un acuerdo reparatorio penal (como solución jurídica a la situación) porque solo el segundo tiene, en ciertos casos, la

virtud de llevar al imputado hacia el sobreseimiento (que extingue la responsabilidad penal), cosa que el acta de conciliación por sí misma no puede lograr (y que es lo que motiva tanto la renuncia de acciones expresa por escrito en esos casos, como el que se inserte la típica cláusula en que las partes se comprometen a asistir a la audiencia de acuerdo reparatorio respectiva en el procedimiento penal para el caso en que el Juez de Garantía respectivo lo estimare necesario). Pero aunque no son lo mismo para efectos procesales, la verdad es que en el fondo del conflicto jurídico, ambas por separado son de hecho la solución del mismo, que desde un principio era la existencia o no de una deuda (relacionada con el contrato, o con la expectativa subyacente que cada una de las partes tenía sobre el mismo) y por el valor de esa deuda, de existir. Lo que pasa es que el sistema, buscando una forma de solucionar los conflictos antes que éstos se susciten, le da a la víctima la posibilidad de usar el mecanismo judicial y el monopolio estatal de la fuerza, y para terminar con esa verdadera Espada de Damocles que son la querrela o denuncia e investigación respectivas para el imputado, es necesario obtener el sobreseimiento. Pero esa es una diferencia procesal, de forma, y no tiene que ver directamente con la naturaleza inicial del conflicto de fondo. Tan cierto es esto, que a pesar de no ser

procesalmente lo mismo, en la audiencia de acuerdo reparatorio ningún imputado de hecho lo acepta sin renuncia expresa de todas las acciones asociadas, para el caso de haberse cumplido las obligaciones pactadas; e incluso si se diera el caso de una conciliación donde no hubo renuncia de acciones penales, y por lo mismo el proceso penal siguiera su curso a pesar de haberse ya solucionado la parte civil, el tribunal de todas formas está obligado, en la mayoría de los casos al menos, a considerar lo realizado por el imputado como una eventual circunstancia atenuante de responsabilidad penal, lo cual no es facultativo para el tribunal en función del principio penal *in dubio pro reo* (del que se deduce como es sabido, que es necesario interpretar las normas penales de cualquier forma que beneficie al imputado, artículo 18 del Código Penal). Y esta circunstancia, a mi juicio, denota la fuerte relación entre el derecho penal y lo que suceda en las demás ramas del derecho. Porque si todo esto es cierto para la relación entre el Derecho Civil y el Penal, ¿por qué no lo sería para la relación del Derecho Tributario con los demás (especialmente el Penal y el Penal Tributario)?

Esto es relevante porque de ser cierto, entonces la cosa juzgada (que en materia penal es distinta de la civil, que se construye sobre el artículo 177

del Código de Procedimiento) sería aplicable entre las sedes penal y tributaria para efectos de las sanciones. En efecto, en sede penal, las partes son el imputado, por un lado, y el Estado, por el otro, siendo el hecho (gravado o no, como evento material en sí, independientemente de su calificación jurídica), el tercer pilar de la cosa juzgada. Dada la unidad de la potestad sancionatoria del estado, el contribuyente que hubiere sufrido una pena pecuniaria, y luego penalmente fuere perseguido por los mismos hechos que le causaron la multa previamente, tendría excepción de cosa juzgada en el proceso penal, debido a que ya habría sufrido un castigo de naturaleza penal por esos hechos y en esa circunstancia el principio *non bis in ídem* prohíbe que un sujeto sea perseguido dos veces. Y la necesidad de interpretar toda esta situación de esta forma, vendría dada otra vez, por el principio *in dubio pro reo*, artículo 18 del Código Penal.

**4) Principio de legalidad en materia penal y tributaria. Aplicación e interpretación distinta del principio según la rama en que se lo analice. Relevancia de la discusión. Argumentos constitucionales.** Quienes defienden la Norma General Antielusiva (NGA, en adelante), sostienen que existen diferencias en la aplicación del principio de legalidad en materia

tributaria y penal, así como que es admisible en el derecho tributario incorporar criterios substantivos de aplicación de las normas vigentes (como es el caso de la NGA).

Conviene ahora detenernos en el por qué la legalidad debe tratarse de idéntica forma en el derecho tributario, que como se hace en el penal.

Sucede que en el mundo económico, es el Estado el encargado de crear el marco según el cual los particulares deben moverse. Al respecto, uno podría invocar el Orden Público Económico (OPE) y el Principio de Subsidiariedad del Estado como un primer principio constitucional sobre el cual construir la necesidad de aplicar la legalidad tributaria de la misma forma que la penal, porque es responsabilidad del Estado mismo el diseñar el modelo regulativo de la mejor forma posible, y decidir asimismo cuándo y de qué forma habría que modificar ese modelo según las necesidades y circunstancias. Y es parte fundamental del OPE que el Estado sea claro en la determinación de ese modelo y les deje, en su carácter de subsidiario, el juego específico del mercado a los particulares.

La necesidad de claridad de la norma tributaria puede construirse además, a partir del principio constitucional de igualdad en la ley y ante la ley. En efecto, pensándolo un poco, si toleráramos la aplicación de “criterios substantivos” en la interpretación de las normas tributarias, el contribuyente (entendido como sujeto de derecho en el marco de una relación jurídico-tributaria con el Fisco), quedaría en posición de desigualdad respecto de otros sujetos de derecho en el marco de otras relaciones jurídicas de otras naturalezas, pues la aplicación de criterios substantivos de la magnitud que la NGA permite, no tiene parangón en el derecho chileno (lo que constituye una desigualdad en la ley). Lo que la certeza jurídica manda es que todo individuo tenga la posibilidad de conocer las consecuencias jurídicas razonables de sus actos, con el fin de poder calcular el riesgo y beneficio de su conducta en la sociedad; con la NGA en cambio, queda siempre al juicio de quien aplique el criterio (fuera de qué tan substantivo éste sea) la pregunta por si el contribuyente se encuentra en una situación subsumida en la norma tributaria de que se trate o no, y por lo mismo, será difícil establecer cuál es la situación de hecho relevante para efectos de la legislación penal-tributaria (debiendo entonces atenernos, a la larga, a la jurisprudencia tributaria). Quedaría entonces



abierta la puerta a la discrecionalidad, al eventual activismo judicial, y a todos los vicios de la judicatura a la que se le entregan demasiadas atribuciones por el sistema (que sería una desigualdad ante la ley).

En el resto de ramas del derecho, como el civil, es razonable dejar ciertas cosas al desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina, como de hecho ha pasado en el caso de la responsabilidad extracontractual, la cual se ha construido a partir de un puñado de artículos del Código Civil y un notable esfuerzo intelectual de la doctrina y jurisprudencia; pero la diferencia esencial entre esa situación del derecho civil frente al penal, y la del derecho tributario frente al penal, es que el derecho civil es común, y el tributario es especial. Las categorías del derecho civil obedecen a situaciones muy generales del diario vivir, jamás podrán abarcar todas las situaciones que se presenten, y de ahí viene la necesidad de dejar una ventana abierta a la evaluación caso a caso por el juez; pero las categorías tributarias, en cambio, obedecen a situaciones que el legislador ha estimado necesario regular de formas muy específicas (de lo cual ya es fuerte señal el cómo están redactados los artículos 1º, 2º y 4º del Código Tributario) y que implican meterse a un ámbito que en nuestro derecho es increíblemente

delicado, como es la propiedad (de lo cual es un notable ejemplo, la densa regulación que recibe ese derecho en la Constitución de Chile, artículo 19 N° 24). Por lo mismo, se hace especialmente delicado el poder hacer cálculos racionales de las potenciales consecuencias de tomar una determinada decisión por sobre otra, para lo cual es necesario el poder determinar con exactitud las consecuencias jurídicas de cada una.

También puede plantearse un problema de libertad, diciendo que aplicar el principio de legalidad en materia tributaria como se aplica en sede penal (esto es, observando estrictamente el principio de reserva legal y considerando que *nullum tributum sine lege*), es necesario debido a la norma de clausura de nuestro sistema. En efecto, si en virtud de la autonomía de la voluntad puede decirse que todo lo que no está prohibido está permitido, entonces es condición del sistema para ejercer la libertad de acción dentro del mismo el saber específicamente qué está permitido, lo que implica saber qué está prohibido (o dicho en otras palabras, considerando el concepto de “sanción” aplicado a esta situación como “consecuencia jurídica”, haría falta saber exactamente cuál es la consecuencia de realizar determinada decisión económica o financiera por sobre otra). El sistema no

puede declarar libertad general y luego enviar a los agentes a caminar a oscuras: sin iluminación no puede haber camino libremente elegido, pues falta información para seleccionar el mejor camino posible. He ahí que la certeza jurídica es condición necesaria de la libertad.

Por todo esto, solo si se aplicara el principio de legalidad tributaria, de la misma forma que se la piensa en el derecho penal, sería posible que un sujeto realizara conductas completamente racionales, según las reglas del juego legal, para salvaguardar sus intereses. Porque en el mismo caso del contrato nulo por vicio de dolo mencionado antes, es posible que el sujeto activo del dolo civil estuviere cometiéndolo para obtener tiempo de cumplir su obligación de pagar la renta, por ejemplo, calculando que en el futuro con certeza tendrá fondos, pues está por recibir fondos de la venta de un inmueble en fase final de partición. Así, para ese sujeto es sensato firmar ahora y pagar después, pues sabe que podrá lidiar con la totalidad de las consecuencias legales de su conducta (al fin y al cabo, un arrendador estafado solo quiere que le paguen). Y si esto (el darle la posibilidad a cada sujeto determinado de realizar conductas completamente racionales, según las reglas del juego legal y para salvaguardar sus intereses) es verdadero y

deseable para la relación entre el derecho civil y el penal, ¿por qué no lo sería para la relación del tributario con el penal, si aquí ya no es derecho común con especial (como serían el civil y el penal, respectivamente), sino más bien derecho especial (el tributario) con uno especialísimo (el penal-tributario)? Los efectos tributarios de una operación son, efectivamente, efectos económicos, y los impuestos que se pagan por una operación en el marco de un negocio, son efectivamente un costo del negocio en sí. El no poder anticipar cuánto será ese impuesto, o cuándo habría que pagarlo, o cuál es la consecuencia exacta de no pagarlo, son circunstancias que dificultan la ejecución del negocio. Y recordemos que a) por la lógica del hecho gravado en sí, si no se verifica el hecho no habrá entonces tributo que pagar; que b) un eventual y razonable inversionista probablemente querrá dejar lo menos posible de su negocio al azar (o a la voluntad de un tercero que ni siquiera conoce, al menos, como en el caso de un eventual juez activista); y c) que entre más grande sea el negocio, más aprehensivo será el inversionista (y con razón, por supuesto).

En conclusión, estoy con la dogmática tributaria según la cual el hecho imponible es el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y

cuya realización origina el nacimiento de la obligación. Hay grandes parecidos entre la tipicidad penal y la “tipificación del tributo”, en el sentido de que el hecho imponible opera como presupuesto o hipótesis de la norma tributaria. Y desde esta perspectiva, la elusión tributaria no es ilícita en el sentido de que aquel que realiza los negocios elusivos choque con una prohibición legal. La creación de la ventaja fiscal patrimonial se realiza sin que se experimente violación de la ley de ningún tipo, y el esquivar la realización del hecho imponible previsto en la ley, aparece como una expresión de habilidad de las partes, de su malicia, si se quiere, pero siempre dentro de los límites de un juego legal creado por el Estado.

#### **5) Distinción de la evasión y de la elusión. Propuesta conceptual.**

Cuando se decide reforzar la ley tributaria mediante el castigo penal de conductas dirigidas a la evasión fiscal, como lo exige el programa del poder constituyente, es preciso distinguir netamente los supuestos de la elusión y la evasión, para dar cumplimiento al axioma *nulla lex (poenali) sine necessitate* relativo al principio de la necesidad (o de la economía) del derecho penal. La tipificación de las conductas que constituirán delito tributario, debe ser hecha en términos estrictamente descriptivos (o de juicio

de hecho) y nunca valorativos (o de juicio de valor), de forma que quede garantizada la posibilidad de decidir y fundamentar la verdad de su enunciación.

El principio de la legalidad penal en sentido lato proscrib[e] las normas penales en blanco, esto es, aquéllas cuyos supuestos de hecho está descrito por normas reglamentarias (o de otra índole cualquiera que no sea de rango legal). El principio de la estricta legalidad prescribe que el contenido de los supuestos típicos esté dotado de significado unívoco y preciso de modo que sea posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y verificables en la realidad según criterios objetivos.

Para cumplir con las exigencias de este principio el legislador debe evitar la composición de figuras delictivas formadas por conceptos jurídicos indeterminados (como serían el Orden Público, las Buenas Costumbres o la Seguridad Nacional), por elementos valorativos (como sería por ejemplo el concepto de Legítima Razón de Negocios), o de cualquier otra naturaleza que no permitan verificaciones o refutaciones sino exclusivamente

valoraciones (que, en cuanto a tales, no pueden ser ni verdaderas ni falsas, pues dependen del sentir de quien aplica el criterio).

Frente a esto, el problema del Derecho Penal Tributario (y del Derecho Tributario en general) es que la materia de la cual se trata es particularmente proclive para inducir al legislador al desconocimiento de las exigencias del principio de la legalidad expresado en los axiomas *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege y nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Sin embargo, como tales exigencias del principio de legalidad constituyen el contenido de principios y normas constitucionales, la sanción del Código Tributario en acatamiento al programa legislativo, pero desconociendo las exigencias del principio de la legalidad, esto es, la referida vinculación negativa del legislador a la Constitución, estaría viciada de inconstitucionalidad.

Desde esta perspectiva, propongo una forma de visualizar el Derecho Tributario, que permite distinguir claramente la evasión de la elusión y es bastante simple.

Primero que todo, plantear que entiendo el Derecho Tributario como uno conformado por tipos tributarios, donde se establecen los elementos de la obligación tributaria (el hecho gravado, la base imponible y la tasa), y puede expresarse metafóricamente como una red. Esta red, cuyos hilos serían los tipos tributarios, se encuentra conformada por palabras (que a su vez componen los enunciados normativos en que consisten las normas o tipos tributarios), y adolece de los mismos problemas de todo sistema conformado por palabras: en este punto me valgo de las objeciones planteadas a Kelsen por Hart en “El Concepto de Derecho”, donde Hart plantea el problema de la textura abierta del derecho diciendo que como las palabras tienen múltiples significados, y cada norma está compuesta de más de una palabra, entonces todas las normas tienen un potencial indefinido de significados según la combinatoria de las palabras específicas que contenga, todo ello para sostener en el fondo que la discrecionalidad judicial en la interpretación de la ley era una suerte de mal necesario. Los ejemplos más simples que se usan para explicar esto son el de si acaso aquella norma que, por decir, castiga con un día de reclusión el dormir en las estaciones de trenes, está sancionando a cualquiera que duerma ahí (incluido quien está sentado esperando su tren durante el día por treinta minutos y se queda



dormido sentado), o solo a quienes se escabullan de noche para quedarse dentro de la estación por guarecerse del frío; o (aterrizando el argumento al caso tributario) el de si aquella otra norma que gatilla impuesto por sacar copias de llaves, aplicaría para el caso en que uno sacara la copia de una tarjeta magnética que sirve como llave de una puerta.

Todo esto en el fondo, implica que no importa qué tan bien detallada esté una norma, o un sistema de normas, siempre será necesario un ejercicio de interpretación para determinar si un supuesto específico de hecho, está o no regulado por una cierta norma en especial o sistema en general, y ahí está también la conexión con el punto anterior, sobre el principio de legalidad tributaria.

Ahora bien, dicho todo esto, desde la posición que defiende la elusión se explica como una infracción indirecta a una norma tributaria (o tipo tributario), en la que se cumple su letra en el sentido de no verificarse el supuesto de hecho previsto en ella pero se defrauda su propósito (que era lograr prever el supuesto económico en el tipo tributario y de esa forma, generar el nacimiento de la obligación tributaria); mientras que la evasión

es una infracción directa a normas tributarias penales (como serían por ejemplo una simulación de contratos que rebajen la carga tributaria, o que permitan obtener una devolución de impuestos, contempladas en el artículo 97 N° 4 incisos 1° y 3°, respectivamente, del Código Tributario). Por lo mismo, en nuestro país la simulación nunca ha servido para la elusión de impuestos, por lo menos desde que fue dictado el Código Tributario en 1960, porque ella era una infracción directa de la ley penal tributaria, cruzando la línea de la elusión y pasando a ser directamente evasión.

Volviendo a la metáfora del Derecho Tributario como una red de palabras, considerándose esta red y su textura abierta, el ser atrapado por ella y sin embargo atravesarla rompiéndola, sería evasión, que por supuesto sería ilícita en todos los casos; pero encontrar la forma de pasar entre las necesarias aberturas de la red (que justamente vienen condicionadas por la textura abierta, pero no únicamente por ella, pues dependen también de los errores de previsión que el Estado cometa en su diseño) sería elusión, completamente lícita e irreprochable desde la perspectiva legal. Notará el lector que así planteados, los conceptos de elusión y evasión propuestos en este punto encajan perfectamente con la idea de ser ellas, respectivamente,

una infracción indirecta de una norma o tipo tributario e infracción directa de la ley penal-tributaria.

A modo de resumen de lo dicho hasta ahora: Si todo lo no prohibido está permitido, y nuestro derecho es un sistema en sí, donde cada rama debe saber hacer calzar sus propias normas y principios con las de los demás, para conformar un todo coherente y unitario; considerando que el derecho y sus normas se componen de palabras, lo que implica el eterno problema de la textura abierta del derecho; y además considerando que el derecho penal específicamente funciona como *ultima ratio*, protegiendo aquellos bienes jurídicos que son fundamentales para la sociedad, entonces podemos sostener que cuando el Derecho Tributario modifica su postura respecto a la elusión, entonces lo que diga y haga el Derecho Tributario por supuesto que afecta al Derecho Penal Tributario (que no es una rama independiente, sino que es la intersección de los conjuntos “Derecho Penal” y “Derecho Tributario”).

#### **6) Punibilidad de la elusión. Situación anterior a la ley 20.780.**

Siguiendo el análisis de la elusión, y usando el ejemplo del artículo 97 N° 4

inciso tercero, ¿es el concepto de “maniobras fraudulentas” más amplio que el “engaño”? ¿Son las conductas elusivas “maniobras fraudulentas”? En otras palabras ¿es punible la elusión a través del artículo 97 N° 4 inciso 3°? Y por otra parte, ¿en qué se diferencia el concepto de fraude utilizado como “maniobras fraudulentas” de aquel utilizado al establecer la norma de sanción como “lo defraudado”? Cabe preguntarse por qué las conductas elusivas no podrían considerarse dentro del tipo penal en cuestión si consideramos una comprensión amplia de las “maniobras fraudulentas” diferentes a la simulación.

La respuesta viene desde la concepción de elusión y evasión propuestas (sea como vulneración indirecta tributaria y directa penal respectivamente, o ambas comprendidas desde la idea del derecho tributario como red de palabras), y es que la elusión no es punible porque no puede jamás caer dentro del concepto “maniobra fraudulenta”.

En efecto, todas las fuentes que investigué al respecto, se reconducían a tratar de explicar el concepto de “fraude” y su relación con el de “engaño”, con el fin de llenar de contenido al de “maniobras fraudulentas”. Sin

embargo, creo que el análisis correcto es el opuesto. Uno debería partir por la pregunta de qué sería una “maniobra lícita”, para efectos de no ser subsumida bajo el concepto de “fraudulenta”, pues si es calificable de lícita, entonces no puede ser fraudulenta (notable excepción sería la doctrina civil -no tributaria- de abuso del derecho, la cual escapa completamente a los márgenes de este trabajo. Al abuso tributario del derecho, nos referiremos al final del argumento). Y para eso, viene bien citar el caso del artículo 14 letra E), N° 1 letra b) de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Del análisis de esta norma cabe preguntarse, ¿cómo se pueden utilizar las empresas nacionales -que obtengan rentas pasivas- de forma abusiva para ese propósito, cuando la consecuencia natural de crear una empresa es la separación para efectos impositivos entre la empresa y su dueño, y el diferimiento del pago del tributo lo dispone la ley? O dicho en otras palabras, ¿cómo puede ser elusiva una institución que ha sido pensada por el legislador para producir exclusivamente efectos tributarios? Solo puede concluirse que si la conducta es lícita, no puede ser fraudulenta (no en sentido Tributario ni Penal Tributario), y que la confusión conceptual de fondo viene dada porque el legislador (no en sentido abstracto, sino concreto de quiénes son las personas específicas que toman la decisión en el

Congreso) típicamente posee pocos conocimientos del derecho tributario (y a veces, del derecho en general). No se trata de defender un argumento tecnocrático en la creación de la ley, pero es razonable esperar de los agentes del Estado un conocimiento acabado de la materia a regularse cuando se trata de cosas tan especializadas como los impuestos.

¿Por qué todo esto es importante? Porque en el derecho chileno, la norma de clausura es que todo lo no prohibido expresamente, está permitido. Uno podría objetar que los conceptos de Orden Público y Buenas Costumbres, siendo en sí mismos de los llamados conceptos jurídicos indeterminados constituyen así y todo un límite jurídico a la libertad general que acarrea el poder hacer todo lo que no esté prohibido; pero el hecho es que la autonomía de la voluntad del derecho privado es el modelo desde el cual se construye todo nuestro derecho. Nuestro sistema jurídico de normas, responde a un modelo económico neoliberal, donde se exacerban las libertades y se minimizan los derechos, de lo cual es un ejemplo la educación (que se consagra como libertad de elegir en vez de derecho, que sería justiciable por los tribunales, a diferencia de la libertad de elección), y otro ejemplo sería el trabajo (que también se regula como libertad de elegir

dónde y/o con quién trabajar, pero no es exigible como “derecho al trabajo”). Y desde esa perspectiva, el sistema completo viene construido sobre una lógica de mercado, una lógica en la que el Estado se limitó a condicionar el juego de la vida mediante la dictación del sistema de normas que conocemos como Derecho. Así, la elusión se presenta realmente como un problema de astucia, un problema condicionado por la textura abierta del derecho, originada en un error del Estado al crear el tipo tributario, y por lo mismo lo razonable no es odiar a quien se aprovecha del juego, sino al juego en sí que quedó con vacíos desde el origen (y que no han sido arreglados sino más bien empeorados por el diseñador).

**7) Punibilidad de la evasión. Autoría, participación y resultado en los delitos tributarios.** El fraude tributario común está contemplado en lo que ahora es el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, y es útil para sancionar todo tipo de fraudes tributarios, pues para efectos penales, cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad es una conducta defraudatoria.

Sobre la autoría y participación, hay quien afirma que estos delitos son comunes, pues la calidad de contribuyente no denotaría ninguna calidad especial. Si bien en principio esto es cierto, no niega la circunstancia que, de una determinada obligación tributaria (en el desarrollo de la cual sucedió uno o varios hechos que pudieren revestir carácter de delito), solo hay un sujeto contribuyente (y todos los demás son partícipes no-contribuyentes).

Podría sostenerse que en el caso de una simulación mediante falsedad ideológica para disminuir el pago de IVA, por ejemplo, técnicamente hay dos contribuyentes porque ambas partes del contrato simulado van a agregar la operación a sus contabilidades; pero eso no derriba el argumento planteado aquí pues cada uno es contribuyente de su propia obligación tributaria, y dependiendo del supuesto podrían aplicárseles distintos tipos penales especiales a cada uno, o un tipo especial a uno y uno común a otro, o solo tipos comunes a todos (para el caso de acogerse esta tesis).

Por esto, afirmo que la naturaleza jurídica de los delitos tributarios es la de ser, en cuanto a la exigencia de calidades especiales del autor, delitos especiales impropios, esto es, de aquellos en que por un lado se requiere



una calidad especial para ser autor, que es la de contribuyente; pero por otro lado, para el caso en que aparezcan dentro del hecho otros sujetos que no sean contribuyentes, tienen un tipo penal residual que resulta aplicable para los sujetos que no cuenten con la calidad especial. Respecto de los autores que no sean contribuyentes, y con el fin de establecer cuál sería el tipo penal residual, sería importante considerar, como se dijo en el punto anterior, que los delitos tributarios son de aquellos que por su mera existencia conminan al contribuyente a decir la verdad sobre el monto del impuesto que le adeuda al Fisco.

Finalmente, sobre el resultado, un sector de la doctrina, por la cual tomo postura, estima que en los delitos tributarios el resultado es un elemento del tipo penal, razón por la cual no se encontrarían consumados cuando no se haya producido perjuicio Fiscal. Si nos atenemos a que el bien jurídico protegido por los delitos tributarios es el patrimonio del fisco, no hay duda de que desde la perspectiva de su legalidad, en sentido amplio, el tipo penal debe comprender el perjuicio fiscal.

## **8) Sobre la simulación. Relación de la falsedad con la simulación.**

Llegados a este punto, se hace necesario tratar específicamente el concepto de simulación, debido a que como se dirá, la NGA contempla un concepto de simulación “para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento” (artículo 4º quáter).

¿Qué es una simulación? Es una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del real.

Esta definición coincide, a grandes rasgos, con las características esenciales de la institución que planteara Ferrara en su obra “La simulación de los negocios jurídicos”. Esto es importante porque el Servicio de Impuestos Internos recurrió a la definición de Ferrara en su instrucción sobre la NGA (Circular 65 de 2015), lo que descarta la aplicación de teorías de *lege ferenda*, que se construyen a partir de conceptos jurídicos que

expresamente rechazan la definición de Ferrara. Esto es relevante porque es un error propio de nosotros los abogados, el creer que mediante una modificación legal puede cambiarse la sociedad, como si fuera ésta un reflejo de aquél, en circunstancias que la lógica misma de existencia del derecho dice que es al revés: el derecho es el reflejo de la sociedad, es ésta la que debe cambiar primero, antes que una modificación legal tenga sentido. Claro, en su oportunidad se esgrimió como objetivo de la reforma tributaria que se concretó mediante la ley 20.780 el financiar las fuertes reformas al sistema educacional del último gobierno de Michelle Bachelet, pero de eso no se sigue la necesidad, ni menos corrección, de la idea de modificar el sistema tributario en la forma que se hizo para ello.

Respecto de la relación de la falsedad con la simulación, puede decirse que no existe un deber genérico de decir la verdad, lo que implica que no toda declaración no-veraz es punible, sino solo cuando alguien se encuentra compelido por la ley a decir la verdad. En ese sentido, los delitos que sancionan conductas en las que se incurre en falsedad, como los delitos tributarios, implícitamente contienen la obligación de decir la verdad (en este caso, declarándose el verdadero monto del impuesto adeudado al fisco).

Así, dado que la simulación, a partir del concepto de Ferrara, solo permite el dolo directo (por ser la que se contempla en el artículo 97 N° 4 inciso 1° una falsedad ideológica donde siempre habrá concierto de voluntades), entonces la falsedad contenida en la simulación constituye en todos los casos una conducta defraudatoria, y se hace evidente que siempre fue perfectamente sancionable en Chile al configurarse con ella la conducta descrita en la norma citada.

**9) La ley 20.780 y la Norma General Antielusiva (NGA):** La ley 20.780, publicada en el Diario Oficial el 29.09.2014, modificó el sistema de tributación de la renta e introdujo varios ajustes al sistema tributario, entre ellos la inclusión de una cláusula general anti elusión que está contenida en los nuevos artículos 4° bis, 4° ter, 4° quáter y 4° quinquies del Código Tributario.

**Artículo 4° bis.-** *Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijan los hechos imposables, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados,*

*cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles.*

*El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes.*

*No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imposables establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imposables en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente.*

*En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quáter.*

*Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los artículos 4° quinquies y 160 bis.*

**Artículo 4° ter.-** *Los hechos imposables contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que,*

*individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.*

*Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria.*

*En caso de abuso se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imposables establecidos en la ley.*

**Artículo 4° quáter.-** *Habrá también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.*

**Artículo 4° quinquies.-** *La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los artículos 4° ter y 4° quáter será declarada, a requerimiento del Director, por el Tribunal Tributario y Aduanero competente, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 160 bis.*

*Esta declaración sólo podrá ser requerida en la medida que el monto de las diferencias de impuestos determinadas provisoriamente por el Servicio al contribuyente respectivo, exceda la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la presentación del requerimiento.*

*Previo a la solicitud de declaración de abuso o simulación y para los efectos de fundar el ejercicio de ésta, el Servicio deberá citar al contribuyente en los términos del artículo 63, pudiendo solicitarle los antecedentes que considere necesarios y pertinentes, incluidos aquellos que sirvan para el establecimiento de la multa del artículo 100 bis. No se aplicarán en este procedimiento los plazos del artículo 59.*

*El Director deberá solicitar la declaración de abuso o simulación al Tribunal Tributario y Aduanero dentro de los nueve meses siguientes a la contestación de la citación a que se refiere el inciso anterior. El mismo plazo se aplicará en caso de no mediar contestación, el que se contará desde la respectiva citación. El precitado término no se aplicará cuando el remanente de plazo de prescripción de la obligación tributaria sea menor, en cuyo caso se aplicará éste último. Terminado este plazo, el Director no podrá solicitar la declaración de abuso o simulación respecto del caso por el que se citó al contribuyente o asesor.*

*Durante el tiempo transcurrido entre la fecha en que se solicite la declaración de abuso o simulación, hasta la resolución que la resuelva, se suspenderá el cómputo de los plazos establecidos en los artículos 200 y 201.*

*En caso que se establezca la existencia de abuso o simulación para fines tributarios, el Tribunal Tributario y Aduanero deberá así declararlo en la resolución que dicte al efecto, dejando en ella constancia de los actos jurídicos abusivos o simulados, de los antecedentes de hecho y de derecho en que funda dicha calificación, determinando en la misma resolución el*

*monto del impuesto que resulte adeudado, con los respectivos reajustes, intereses penales y multas, ordenando al Servicio emitir la liquidación, giro o resolución que corresponda. Lo anterior, sin perjuicio de los recursos que, de acuerdo al artículo 160 bis, puedan deducir el Servicio, el contribuyente o quien resulte sancionado con las multas que pudieren aplicarse.*

Con la NGA, se introdujo el artículo 4° quáter que establece un concepto de simulación para efectos tributarios. La pregunta relevante es si acaso ese concepto tiene efectos sobre las normas penal-tributarias respectivas, específicamente el artículo 97 N° 4 del Código Tributario. Al respecto, empezaremos el análisis desde la perspectiva más moderada, y llegaremos al final a la más extrema, que es la derogación total de la norma.

El inciso segundo del artículo 4° quinquies, establece el límite de 250 UTM para que el servicio pueda presentar requerimiento (de declaración de abuso o simulación tributaria). Y resulta evidente, así planteado, que en el derecho tributario hoy en día, un abuso o simulación que acarree una diferencia de impuestos inferior a 250 UTM (que al día de hoy son alrededor de 12 millones de pesos chilenos), es tributariamente irrelevante. Pues debido a la redacción del inciso segundo mencionado, parece casi



imposible defender la otra posibilidad de interpretación, que sería que con la introducción de la NGA al sistema tributario chileno, se le entregó una facultad al Servicio de Impuestos Internos. Pareciera ser más sensato verlo como una restricción legal de perseguir, por irrelevantes, los abusos y simulaciones que acarrearán un perjuicio fiscal menor a 250 UTM. Y quizá sea interesante en este punto, para efectos del cómo pensar el principio de legalidad en materia tributaria, que esta restricción así planteada podría verse como análoga a las salidas alternativas que se le otorgan como posibilidades al fiscal del Ministerio Público, en las causas penales generales (por supuesto, con la gran diferencia que allá fue necesario especificarlas y restringirlas en su aplicación por la delicadeza del Derecho Penal; pero eso, en el Derecho Tributario el legislador no lo consideró tan necesario, probablemente porque al final del día, considerando la necesidad de recaudación y escasez de recursos para aumentar la fiscalización, era mejor perseguir las aglomeraciones más grandes o sustanciosas de posibles impuestos evadidos o defraudados, quitándole a los respectivos funcionarios la responsabilidad administrativa eventual por ignorar cierto grupo de asuntos).

Lo importante es, que con motivo de esta norma el servicio puede y debe derechamente ignorar abusos y simulaciones, aunque tuviere todos los antecedentes al frente para ganar un juicio tributario, siempre que la diferencia de impuesto sea inferior a 250 UTM. Y esto importa, porque como se planteó antes, el Derecho Penal es la *ultima ratio*, la última reacción del derecho ante las ofensas que hacen peligrar los bienes jurídicos más importantes para la existencia de la sociedad. Asimismo, se planteó que existe la accesoriedad del Derecho Penal respecto del Derecho Tributario. Esto significa, como se ha dicho, que lo que haga el Derecho Tributario con la elusión/evasión mediante simulación (o en general), afecta el cómo debe tomar el Derecho Penal esa situación también. Pues es cosa de pensarlo un poco, ¿es posible que el Ministerio Público deba investigar y seguir un juicio penal por un impuesto defraudado avaluado en, por decir, 7 millones de pesos, si el mismo SII no puede perseguir tributariamente la suma? La respuesta de este documento, es un rotundo no.

El argumento principal para defender la coexistencia de las normas penales y la NGA, por contraparte, es que sería posible diferenciar la justificación de la obligación de pagar impuestos, de la de imponer una

pena por delito tributario. Y sobre eso, planteo que si bien puede ser falso que la razón por la cual se pagan impuestos sea la misma por la cual se impone una pena en materia Penal Tributaria, para este argumento eso resulta irrelevante, pues lo que se cuestiona aquí no es la justificación de la existencia de los delitos tributarios, sino su extensión (o rango de acción) en relación con la obligación tributaria. Pues incluso si uno cree en la existencia del bien jurídico “reconocimiento recíproco” o cualquiera relacionado, como justificación del delito tributario (que es lo que plantean quienes defienden la introducción al sistema chileno de la NGA), eso no dice nada sobre la extensión de la protección y amenaza del delito en sí, sino solo sobre su existencia. Si el Derecho Tributario se da el lujo de ignorar, por expresa voluntad del legislador, los abusos y simulaciones de valor inferior a 250 UTM, no se justifica que el Derecho Penal ejerza su protección.

Ahora, quienes defienden la existencia de la facultad del servicio, dicen que según el inciso primero del artículo 162 del Código Tributario (que establece que solo a requerimiento del SII podría el Ministerio Público perseguir a alguien por delito tributario), si el Director quisiera podría

querrellarse contra el contribuyente a quien le detecta una diferencia de impuesto por 7 millones de pesos (asumiendo claro, que esa diferencia se construye sobre un supuesto de hecho que sea al menos en principio subsumible con alguna norma penal-tributaria), pero no podría iniciar nada ante el Juez Tributario y Aduanero por expresa disposición del artículo 4° quinquies inciso segundo. El objetivo del diseño de la norma, al parecer, sería que el Director del Servicio de Impuestos Internos, mediante la facultad de fiscalización, conociera la existencia de hechos potencialmente constitutivos de abuso o simulación y los denunciara al Ministerio Público para que éste especificara, mediante una investigación penal, el verdadero monto de la diferencia de impuestos, y luego se lo remitiera al SII para que con esa información en las manos, éste pudiera perseguir además tributariamente al contribuyente. Pero así planteado parece poco eficiente, como para proyectar eso en la mente del legislador de la ley 20.780.

Entonces, si no se genera opción, ¿qué debería pasar? En principio, quien defiende la NGA debería aceptar, al menos, que los hechos que revistieren carácter de delito relacionados con la simulación son penalmente irrelevantes si la diferencia de impuestos es inferior a 250 UTM. Porque si

al Derecho Tributario esas situaciones no le importan, ¿por qué al Derecho Penal, a la *ultima ratio*, habrían de importarle?

Luego de eso, es posible ir más allá y decir que no solo es que se hayan vuelto irrelevantes las diferencias de impuesto menores a 250 UTM, sino que es todo el artículo 97 N° 4, en lo referente a la simulación, el que ya no puede aplicarse por derogado. Pues en efecto, si el Derecho Tributario tiene ahora su propio concepto de simulación, y dentro de las normas que introdujeron ese concepto de fondo hay además normas procesales de cómo perseguir judicialmente los hechos que se calificaren como simulación, entonces el Derecho Penal queda automáticamente fuera. Como se dijo, dados los conceptos que cada norma en juego utiliza, el fraude tributario siempre fue castigable mediante el artículo 97 N° 4 inciso 1°, y la NGA lo único que hizo fue introducir una consecuencia jurídica distinta para el fraude tributario mediante simulación. Siendo esa norma posterior, y dado el principio de accesoria del Derecho Penal, la ley 20.780 modificó el sistema tributario, y junto con él vino a alterar completamente la configuración del Derecho Penal Tributario en cuanto a la simulación. Todo

esto se sigue de lo argumentado hasta ahora, y especialmente del artículo 18 del Código Penal, *in dubio pro reo*.

**10) Análisis final. El abuso tributario del derecho. La derogación total del artículo 97 N° 4 del Código Tributario.** Para terminar, formularé aquello que vengo planteando desde el inicio, que es el argumento sobre el cual sería posible afirmar que la totalidad del artículo 97 N° 4 del Código Tributario se encuentra derogado, y no solo en cuanto a la simulación sino en cuanto a todas las hipótesis posibles, por estar todas esas hipótesis también cubiertas por las normas de la NGA, que son posteriores. Al efecto, transcribo el actual artículo 4° ter del Código Tributario, que establece que

*Artículo 4° ter.- Los hechos imponibles contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.*

*Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria.*

*En caso de abuso se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imposables establecidos en la ley.*

El inciso primero del citado artículo 4° ter establece que se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando:

- Se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado; o
  
- Se disminuya la base imponible; o
  
- [Se disminuya] la obligación tributaria; o
  
- Se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación,

mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.

Aquí las preguntas son simples:

a) Delitos del inciso 1° del artículo 97 N° 4 del Código Tributario:

- Primer delito contenido en el Inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: “Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda”. Una conducta subsumible en esta norma, ¿no podría calificarse jurídicamente como abuso tributario también, en su segunda faz (de “disminuirse la base imponible o la obligación tributaria”)? Al fin y al cabo, la presentación de una declaración de impuestos se trata de un acto jurídico (pues quien lo realiza quiere generar efectos jurídicos, fuera que el acto en sí posee objeto, causa y formalidades), y tiene por único fin el causar como efecto inducir al Fisco a la liquidación de un impuesto inferior



al que corresponde, lo que constituye un efecto meramente tributario. Me remito a lo planteado en el último párrafo del punto 9 anterior, que resulta aplicable también aquí.

- Segundo delito contenido en el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: “La omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas”. Una conducta subsumible en esta norma, ¿no podría calificarse jurídicamente como abuso tributario también, en su primera faz (de “evitar total o parcialmente la realización del hecho gravado”)? Al fin y al cabo, la omisión maliciosa es un acto jurídico (pues quien lo realiza quiere generar efectos jurídicos, fuera que el acto en sí posee objeto y causa), y tiene por único fin el causar como efecto inducir al Fisco a la liquidación final de un impuesto inferior al que corresponde, lo que constituye un efecto meramente tributario. Me remito a lo planteado en el último párrafo del punto 9 anterior, que resulta aplicable también aquí.

- Tercer delito contenido en el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: Se sanciona “la adulteración de balances o inventarios o

la presentación de estos maliciosamente falseados”. Una conducta subsumible en esta norma, ¿no podría calificarse jurídicamente como abuso tributario también, en su segunda faz (de “disminuirse la base imponible o la obligación tributaria”)? Al fin y al cabo, la adulteración de balances e inventarios, y la presentación de estos falseados, se trata de un acto jurídico (pues quien lo realiza quiere generar efectos jurídicos, fuera que el acto en sí posee objeto y causa), y tiene por único fin el causar como efecto inducir al Fisco a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponde, lo que constituye un efecto meramente tributario. Me remito a lo planteado en el último párrafo del punto 9 anterior, que resulta aplicable también aquí.

- Cuarto delito contenido en el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: “El uso de boletas, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores”. Una conducta subsumible en esta norma, ¿no podría calificarse jurídicamente como abuso tributario también, en su segunda faz (de “disminuirse la base imponible o la obligación tributaria”)? Al fin y al cabo, al usar boletas, notas de crédito o facturas en su contabilidad, el contribuyente está efectivamente realizando actos jurídicos (pues quien los realiza quiere generar efectos jurídicos, fuera que

el acto en sí posee objeto y causa), y tiene por único fin el causar como efecto inducir al Fisco a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponde, lo que constituye un efecto meramente tributario. Me remito a lo planteado en el último párrafo del punto 9 anterior, que resulta aplicable también aquí.

- Quinto delito contenido en el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario: El empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto. Una conducta subsumible en esta norma, ¿no podría calificarse jurídicamente como abuso tributario también, en su segunda faz (de “disminuirse la base imponible o la obligación tributaria”)? Al fin y al cabo, un “procedimiento doloso” cuyo objetivo es “ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas” constituye claramente un acto jurídico (pues quien lo realiza quiere generar efectos jurídicos, y el acto en sí posee objeto, causa y formalidades), y tiene por único fin el causar como efecto inducir al Fisco a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponde (lo que surge obviamente de la expresión final “o a burlar el impuesto”), lo que constituye un efecto meramente tributario. Me

remito a lo planteado en el último párrafo del punto 9 anterior, que resulta aplicable también aquí.

b) Delito del inciso 2° del artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

Sanciona a los contribuyentes afectos al impuesto a las ventas y servicios y otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar. Una conducta subsumible en esta norma, ¿no podría calificarse jurídicamente como abuso tributario también, en su segunda faz (de “disminuirse la base imponible o la obligación tributaria”)? Al fin y al cabo, al realizar “maniobras tendientes a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar”, los contribuyentes estarían efectivamente realizando actos jurídicos (pues las maniobras son un acto, y la ley define el fin), pues quienes las realizan quieren generar efectos jurídicos (fuera que el acto en sí posee objeto y causa), y tiene por fin el causar como efecto un aumento del verdadero

monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, lo que constituye un efecto meramente tributario. Me remito a lo planteado en el último párrafo del punto 9 anterior, que resulta aplicable también aquí.

c) Delito contemplado en el inciso 3° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Sanciona al que “simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan”. Dado que en virtud del principio *in dubio pro reo* sería aplicable la pena asociada al inciso 1°, se restringiría de hecho la excesiva penalidad de esta norma, y por ello nos remitimos a lo dicho respecto del inciso 1°.

d) Delito contemplado en el inciso final del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Sanciona al que “maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en el N° 4 del artículo 97”. Dado que esta es la figura residual, que operaría cuando ninguna de las otras contenidas en el cuestionado artículo 97, en principio parece difícil que una conducta sea subsumible en esta norma y no en las otras; adicionalmente, lo dicho en este punto atentaría también contra la aplicación práctica de este inciso final del N° 4.

Sin embargo, la pregunta y respuesta pareciera la misma que en los otros casos, y así se hará: una conducta subsumible en esta norma, ¿no podría calificarse jurídicamente como abuso tributario también, en su segunda faz (de “disminuirse la base imponible o la obligación tributaria”)? Otra vez, me remito a lo planteado en el último párrafo del punto 9 anterior, que resulta aplicable también aquí; por supuesto que lo es, pues se trata de un acto jurídico cuyo fin es generar efectos jurídicos, y que cuenta con objeto, causa y formalidades.

#### **4. Consideraciones.**

Uno de los objetivos de este trabajo, era conseguir la elaboración de un argumento lo suficientemente lógico y razonable como para ser presentado en tribunales. Si un apartado de este trabajo tenía que lograr eso, es el anterior. Por supuesto que se echan de menos varias citas de normativa que le darían muchísimo más peso aún a la idea, pero creo que el objetivo de formular la idea de forma clara y comprensible, aunque finalmente fuere desechada, ha quedado cumplido. Y esto es relevante porque es desde el lente del argumento, ahora ordenadamente formulado, que serán comprensibles las afirmaciones y deducciones que se harán de aquí al final del texto.

**CAPÍTULO V**

**EFFECTOS POTENCIALES DE LA DEROGACIÓN DE LOS**

**DELITOS TRIBUTARIOS**

**1. Fuentes utilizadas y ubicación.**

Para la confección de esta parte, me es difícil triangular de dónde exactamente saqué las ideas que me llevaron a formular lo que digo en este capítulo, sin embargo, puedo sin problemas indicar las clases de Derecho Penal Económico y de Código Tributario del profesor don Eduardo Morales, quien además guía esta investigación.

En todo caso, me he valido de múltiples fuentes, de aquéllas que contribuyen a crear en quien investiga una visión más precisa del objeto de estudio, pero no alcanzan a ser lo suficientemente relevantes como para convertirse en fuentes directas o párrafos citados. Rescato del Ministerio Público Fiscalía de Chile, el Oficio FN N° 487/2016, de 05 de agosto de 2016, el cual es un material impreso que también se encuentra en versión



digital en este anexo, y se ubica en la bibliografía con el número 2; y la Revista Jurídica del Ministerio Público N° 57, de diciembre de 2013, donde encontré un par de artículos muy interesantes para este documento, y que se encuentran en la bibliografía bajo los números 4 y 7, y en los anexos digitales.

## **2. Derogación tácita del artículo 162 del Código Tributario.**

El primer efecto que causaría el que se acogiera la tesis aquí expuesta en tribunales, sería el tener que declarar derogado el artículo 162. Y esto es evidente, pues esa norma se refiere a la facultad discrecional del Director del SII de ejercer la acción penal o la acción de cobro de impuestos. Pero si las normas sobre delitos tributarios ya no reciben aplicación por haberse regulado en otra norma la conducta que aquéllas regulaban, entonces la facultad discrecional del Director no tiene objeto jurídico.

Lo mismo puede decirse respecto de los delitos dependientes del tipo del 97 N° 4, debido a que no tienen pena asociada (como el artículo 64 de la ley 16.271, por ejemplo).

### **3. Fin de la restricción del Ministerio Público para perseguir delitos tributarios de oficio. La denuncia anónima sería efectiva.**

Otra cosa que acarrearía el que esta tesis fuera correcta, es que el Ministerio Público podría ejercer la acción penal pública respecto de los hechos que antes revestían carácter de delito. Lo que sucede es que esos hechos ya no podrán ser calificados de conformidad con el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, por lo que se hace necesario evaluar la posibilidad de aplicar tipos penales comunes que castiguen residualmente, a falta del tipo especial, la conducta de que se trate. Aquí se vuelve relevante el haber afirmado que los delitos tributarios son, en cuanto a su naturaleza jurídica, delitos especiales impropios, de aquellos que si bien exigen una cualidad especial del autor para configurarse, cuentan con una figura residual genérica para el caso en que aquella calidad especial no se verifique en los hechos.

Sobre esta consecuencia en particular, es interesante mencionar el Oficio FN N° 487/2016, de 05 de agosto de 2016, emitido por el Ministerio

Público, Fiscalía de Chile, donde básicamente la fiscalía hace un ejercicio argumentativo bastante interesante, con el fin de encontrar vacíos en la aplicación del artículo 162 del Código Tributario, y poder perseguir de oficio los delitos tributarios en algún supuesto al menos. El oficio se acompaña en los anexos de este documento, para su revisión por el lector como material digital.

#### **4. Aumento potencial del número de contribuyentes responsables.**

Si el Ministerio Público puede ahora perseguir todo hecho que revistiere carácter de lo que fue el artículo 97 N° 4, entonces es claro que ahora hay una mayor potencial nómina de imputados penales por delitos contra el Fisco, pues el único límite es la capacidad investigativa de la institución. Y si bien esto en la práctica puede no causar muchas diferencias en el corto ni mediano plazo, es claro que en el largo sí sucederá, pues podría fortalecerse el efecto preventivo general y especial de la pena (que ya no sería tributaria sino más bien penal común, pero susceptible de aplicarse a muchísimos sujetos más).

## **5. Aumento de la recaudación.**

Si el Ministerio Público puede perseguir de oficio, se hace más probable la aplicación de salidas alternativas donde el SII no intervenga pero haya recaudación para las arcas fiscales, como la Suspensión Condicional del Procedimiento con condición de pagos a título de indemnización por ejemplo, o el Procedimiento Simplificado y Abreviado donde el imputado acepte la aplicación de esas normas y el pago de una multa en la condena, a cambio de la atenuante de Colaboración Sustancial.

En principio es difícil anticipar cuál será la postura del servicio frente a esto, pues si bien realmente todo esto podría aumentar la recaudación, es claro que la visión de la sociedad frente al sistema podría verse fuertemente sacudida por esto, y los efectos de esa sacudida son imprevisibles.

En todo caso, lo más probable es que el servicio prefiera mantener en su mano la amenaza general de existir normas tan fuertes como los delitos tributarios del artículo 97 N° 4, en vez de pronunciarse por la tesis de este documento.

**6. Derogación de todos los demás tipos que se remiten al artículo 97 N° 4 del Código Tributario.**

Evidentemente, si un determinado tipo penal se remite, para la determinación de la pena que trae aparejada, a otro tipo penal que está derogado, entonces el primer tipo también está derogado, pues ya no es una norma penal.

Se dijo anteriormente, que a diferencia del resto de normas, que establecen sanciones en el sentido de consecuencias jurídicas de conductas, las penales establecen sanciones en sentido estricto, consistentes en penas conceptualizadas como privaciones de derechos, y pueden ser corporales (como el presidio, la reclusión) y pecuniarias (como la multa).

Ahora bien, si la norma penal deja de contener una pena, por haberse derogado la otra norma a la que debía remitirse el intérprete en su aplicación, entonces la primera norma deja de ser penal, puede sostenerse que hasta deja de ser norma, porque no estableciendo consecuencia jurídica

alguna a la conducta que regula (con motivo de la NGA y su efecto en el artículo 97 N° 4), pierde el requisito fundamental que una construcción intelectual debe cumplir para ser calificable como norma.

Ejemplos de estas normas que perdieron la pena a la que se remitían, son:

- Las del artículo 14 letra E N° 1, letras a) y b), Ley de la Renta;

- La del artículo 97 inciso 6°, Ley de la Renta; y

- La del artículo 64 de la Ley 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

## **7. Consecuencias políticas. Necesidad de arreglar el problema.**

Es necesario reparar el entuerto, tanto actual como futuro. A esto se dedica el siguiente capítulo, así que por ahora sigamos con el análisis.

## **8. Revisión de procedimientos judiciales.**

El objetivo de este trabajo es explicar la teoría de derogación del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, pero aunque esté relacionado, no tiene que ver con analizar extensamente los efectos sobre los procesos judiciales por delito tributario que la teoría tendría.

Sin embargo, es interesante esbozar algunas líneas con el fin de colaborar a la discusión, en la que sí que se muestran otras ocasiones en que, a mi juicio, los tribunales superiores se toparon con situaciones parecidas a la aquí planteada, y lo que hicieron entonces.

Respecto de los procesos terminados, es claro que el artículo 9° del Código Civil regula la situación, estableciendo que no pueden modificarse las sentencias ejecutoriadas durante el tiempo intermedio de dictación entre la ley original, y la nueva que la interpreta, sin perjuicio de lo cual ésta se entenderá incorporada en aquélla. Pero hay que mencionar también, el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal, según el cual “si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare

después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte”. Evidentemente esto se conecta con el problema por cuál sería la correcta calificación jurídica del hecho antes calificado como delito tributario, pues solo en la medida en que aplicándose esa calificación el condenado quedare en mejor posición jurídica, la ley (NGA en conjunto con el tipo residual, en este caso) regiría la situación jurídicamente terminada.

Respecto de los procesos por iniciar, en cambio, es claro que aplica el artículo 18 del Código Penal, pero ahora tendríamos que distinguir: si el hecho que reviste carácter de delito tributario en los términos del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, fue cometido con anterioridad a la publicación de la ley 20.780, entonces recibiría aplicación el artículo 18 inciso segundo del Código Penal, y en ese caso “si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”, por lo que, otra vez, la nueva calificación del hecho que deje al imputado en la mejor posición jurídica, sería la correcta; ahora, si el



hecho hubiere sido cometido el mismo día o con posterioridad a la publicación en el Diario Oficial, de la ley 20.780, en ese caso la norma que aplicaría es derechamente aquella cuya calificación del hecho deje al imputado en la mejor posición jurídica, sin entrarse a considerar el artículo 18 del Código Penal, pues en este caso la norma del 97 N° 4 ya estaría derogada, así que el silogismo no requiere pasar por el artículo 18 para llegar a la parte resolutive. Y todo esto, en el entendido que si se dictare luego una ley que trajera de nuevo al mundo jurídico al artículo 97 N° 4 (o que reformulara completamente el sistema de delitos tributarios, que podría pasar), de todas formas los hechos que no se encontraren terminados y cayeren bajo el alero de la NGA, no se verían nuevamente regulados por el delito tributario vuelto a vivir. Pues justamente del artículo 18 del Código Penal se construye evidentemente el principio pro reo, y así no hay forma de sostener jurídicamente (y menos ante un tribunal de justicia) la aplicación del delito tributario a esta situación.

Dejé para el final los procesos en trámite, entre otras cosas porque hay mucho que decir.

Primero que todo, la relevancia de la tesis de fondo se muestra al momento de la discusión de las medidas cautelares. Pues si la pena abstracta del delito (en una calificación jurídica preliminar claramente, pero calificación jurídica al fin) disminuye con motivo de la ley 20.780 y el tipo penal residual que aplique, entonces disminuye la necesidad de intensidad en la medida, tanto porque la conducta aparece como menos peligrosa y/o con un menor desvalor de acción, como porque se hace menos probable la fuga (ya que el imputado queda técnicamente en mejor posición jurídica que con la aplicación del artículo 97 N° 4). Y esto encaja, con la circunstancia que en los inicios del caso Penta, a los principales imputados de la causa, los controladores del grupo, se les impuso la Medida Cautelar Personal consistente en la Prisión Preventiva, la cual fue luego atenuada por la Corte de Apelaciones de Santiago a Arresto Domiciliario Total. Pues si en una de las causas penal-tributarias más grandes de las últimas décadas, con impuestos defraudados por sumas multimillonarias, los tribunales estiman suficiente como medida cautelar un Arresto Domiciliario Total, entonces con mayor razón deberían ahora conceder medidas bastante menos gravosas que eso.

Luego, segundo, se manifiesta la relevancia de la tesis, frente al principio de Congruencia en materia Procesal Penal. Podría suceder que el cambio de calificación jurídica haga necesario demostrar una circunstancia del hecho punible que antes no era relevante, y en ese caso el imputado podría quedar en circunstancia de ser absuelto solo por eso.

Tercero, en relación a las multas, si bien el inciso final del artículo 18 del Código Penal establece que “en ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”; no obstante lo cual, al respecto creo que las multas no son indemnizaciones y por lo tanto no quedan comprendidas en la norma citada. Y como hay que admitir al menos la posibilidad teórica de la situación en que alguien tuviere derecho a que el Estado le restituyera una multa, se hace necesario delimitar el cómo se tramitaría esa devolución, y en qué casos el procedimiento debería ser distinto (por ejemplo, según en qué sede se impuso la multa cuya devolución se solicita).

Y aunque probablemente podrían plantearse varias más cosas relacionadas, voy a terminar ahora con una en especial, que es el cómo habría que hacer valer todo este argumento en un eventual procedimiento penal.

### **9. Necesidad de preparación de las instituciones respectivas.**

Razonablemente hablando, si lo planteado aquí es cierto, entonces es cuestión de tiempo hasta que la discusión se traslade en los tribunales de justicia. Y en ese caso, creo que pasaría lo siguiente.

Si un imputado por delito tributario, quisiera utilizar esta tesis, tendría que esperar a ser efectivamente condenado por alguna norma de las que he sostenido que se encuentran derogadas. Afirmo esto, porque en causa del Tribunal Constitucional Rol N° 3374-17, la defensa de Lawrence Golborne recurrió de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley 16.271, en relación con el artículo 97 N°4 inciso 1° y final del Código Tributario, por ser en su concepto el artículo 64, una ley penal en blanco. En ese momento, el señor Golborne era querellado, en el proceso 6873-

2014 del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, por hechos que en principio eran subsumibles en ambas normas. Su defensa quería en ese momento retrasar la realización de determinadas diligencias de investigación, pero el Tribunal resolvió que el recurso era inadmisibile, diciendo que aún en el evento de ser cierto todo lo que se planteó sobre el artículo 64 inciso 1° de la ley 16.271, ello correspondería a una cuestión que debe ser resuelta en las instancias judiciales correspondientes, tratándose así de un problema de infracción de la ley aplicable al caso concreto (cabe señalar, en todo caso, que hubo un voto por admitir a tramitación el recurso).

Así, pareciera que para tener máxima certeza sobre el test de admisibilidad del Tribunal Constitucional, uno tuviere que esperar a tener la resolución que explícitamente le hace aplicable la norma penal-tributaria que se encuentra derogada.

Durante el proceso penal, las normas más importantes en relación con el uso de esta teoría en un tribunal, son (todos del Código Procesal Penal):

- El artículo 263 c), que contiene la facultad del acusado de formular sus defensas, en relación con el 259 b);
  
- El artículo 277 b), que regula el contenido del auto de apertura del juicio oral;
  
- El artículo 314 inciso 2º, que *a contrario sensu* prohíbe el Informe de Peritos sobre puntos de derecho;
  
- El artículo 341 incisos 2 y 3, que contiene los supuestos bajo los cuales el tribunal penal puede condenar usando una calificación jurídica distinta de la postulada en el escrito de acusación;
  
- El artículo 342 letra d), que establece la necesidad de fundamento de la sentencia penal; y
  
- Los artículos 373 b) y 374 e), que regulan el error de derecho sustancial con influencia en lo dispositivo del fallo y la falta de fundamentación de la sentencia penal, respectivamente.

Ahora, una vez condenado el acusado (por delito tributario claro), primero interpone el recurso de nulidad por los artículos 373 b) y 374 e), del cual por ser la primera vez que se suscita la discusión sobre el argumento, conocerá la Corte de Apelaciones, y solo en una etapa teórica posterior, la Corte Suprema; luego, con el recurso ya en trámite, interpone Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, fundado en los argumentos como aquí se plantearon, buscando que el Tribunal Constitucional resuelva que efectivamente la ley 20.780 derogó tácitamente el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, y por lo mismo su aplicación resulta inconstitucional dada la configuración de nuestro derecho penal.

Esto significa que de los tribunales superiores, el Tribunal Constitucional tendrá la primera oportunidad para pronunciarse sobre la tesis, quedando la Corte de Apelaciones respectiva en segundo, y la Corte Suprema al final. Esto podría ser un problema, pues bien podría ser que una institución opine que la teoría está equivocada y la otra le dé la razón. Desde esa perspectiva, por una cuestión de coherencia del sistema,

pareciera recomendable que efectivamente las instituciones trataran el tema y decidieran una estrategia conjunta.

## **10. ¿Y ahora qué?**

Hasta ahora me he dedicado a desenmarañar una muy enredada madeja de ideas con el fin de aclarar lo más posible la posición que defiendo. Habiendo llegado a este punto, solo queda proponer, dentro de los razonables límites de este trabajo, qué hacer frente a la situación.



## **CAPÍTULO VI**

### **PROPUESTAS DE ACCIÓN FRENTE AL PROBLEMA**

#### **1. La necesidad de tomar medidas.**

Sin perjuicio de lo que uno en particular pueda pensar sobre la corrección o calidad, o incluso verosimilitud del argumento aquí defendido, es evidente que si resulta ser acogido por los tribunales de justicia, es imperioso tomar medidas, o al menos trazar un plan, de qué hacer desde la perspectiva del sistema jurídico para responder al problema.

#### **2. Medida de corto plazo: Reformular la calificación jurídica.**

La primera medida que estimo necesaria tomar, es comenzar a formular alternativas dentro del derecho penal común, para calificar jurídicamente aquellos hechos que antes se calificaban como delitos tributarios y se subsumían en el artículo 97 N° 4. Dependiendo de la situación, podría configurarse delito de Estafa genérico, o especial del 460 N° 8, o delito de

Entrega Fraudulenta, o de Apropiación Indebida. El determinar cuál de esas posibles calificaciones es la que en principio mejor funcione, se escapa a los márgenes de este trabajo, y en último caso será materia de resolución judicial.

En todo caso, lo que más preocupante parece desde esta perspectiva, es la aplicación del Principio de Congruencia del Derecho Procesal Penal. Pues ahora mismo, y asumiendo claro que los tribunales de justicia pudieran llegar a acoger esta tesis, un imputado por delito tributario con investigación cerrada y en etapa de acusación, podría quedar en posición de utilizar el citado principio más el argumento aquí planteado, para finalmente salir absuelto con motivo de una circunstancia que antes no era necesario demostrar pero con el nuevo tipo residual, sí. El problema de la calificación jurídica parece el más urgente de solucionar ahora mismo.

A modo meramente expositivo, encontré como posibles ejemplos, dos artículos donde el razonamiento contenido sobre los problemas que ahí se trataron, es muy parecido y podría verter alguna luz sobre lo que aquí se

plantea. Estos artículos fueron publicados en la Revista Jurídica del Ministerio Público N° 57, de diciembre de 2013.

## 2.1. Primer ejemplo.

El primero de ellos es el documento llamado “Algunos desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales en torno a los delitos contemplados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal” de doña Carmen Guzmán Valenzuela, y que se encuentra en la bibliografía bajo el número 4, y en los anexos digitales de este documento. A continuación cito el razonamiento ahí planteado, haciendo notar que el subrayado es mío.

Este texto lo cito porque contiene razonamientos sobre qué sucede cuando un tipo penal nuevo cubre completamente lo que un tipo anterior cubría, y los efectos jurídicos prácticos de ello. Claro, aquí se trata de un tipo penal interactuando con otro, y no de un tipo penal interactuando con un tipo tributario. Pero creo que esa es la única diferencia entre la situación que esta tesis plantea, y la contenida en el documento que ahora cito. Desde

esa perspectiva, todo lo demás indicado por los siguientes fragmentos sería íntegramente aplicable a lo que aquí planteo.

“El ilícito contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal sanciona “el promover o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menos en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”.

Si se compara esta descripción típica con la contenida en el inciso primero del derogado artículo 367 Bis del Código Penal, se puede observar que son prácticamente idénticas, en este entendido, la doctrina y jurisprudencia desarrollada a propósito de esta norma es aplicable al tipo penal actual; por lo demás, **los Tribunales de Justicia ya han indicado que hay continuidad del tipo penal regulado en el artículo 367 y el tipificado en el artículo 411 ter, ambos del Código Penal.** [El inciso primero de la norma en comento señalaba: “El que promoviere la entrada o salida de personas del país para que estas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales”].

(...) El artículo 1º, numeral dos de la ley 20507 derogó el artículo 367 bis del Código Penal. Sin embargo, **la dinámica propia de la trata de personas provocó que en algunas investigaciones llevadas por el Ministerio Público se persiguieran hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 20.507 y también hechos ocurridos con posterioridad a su publicación; lo que generó algunas discusiones penales de interés,** que se desarrollarán a continuación.

En relación con los efectos de la ley penal en el tiempo, cabe recordar que el **artículo 18 del Código Penal** señala que: “ningún delito se castigará

con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que pronuncie sentencia de termino se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.

Esta norma consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, esto es, que la ley vigente al momento de la comisión del delito es la que determina si una persona debe ser castigada por un ilícito, y en tal caso la pena que deberá imponérsele.

La excepción a este principio se presenta en **casos de retroactividad benigna**, esto es, la aplicación de una ley que no estaba vigente al momento de la comisión del delito, si ésta es más favorable al procesado y ha sido promulgada antes de dictarse sentencia de término. La doctrina considera que esta situación se da, entre otros casos, cuando la ley anterior es derogada, esto es, se aplica la ley penal vigente al momento de la comisión del delito cuando ésta ha sido derogada formalmente en su totalidad, pero sigue rigiendo materialmente, ya sea porque una nueva ley así lo establece o porque materialmente el hecho punible mantiene su carácter de tal en otra norma distinta a la derogada.

**Esta discusión se ha presentado con anterioridad en los tribunales, siendo resuelta por la Corte Suprema en el sentido de revelar la similitud entre el nuevo y el antiguo tipo penal y considerando especialmente la mantención de los verbos rectores y el bien jurídico protegido para resolver si hay continuidad del tipo penal en la nueva ley.**

En relación la situación concreta que presenta la derogación del artículo 367 bis del Código Penal por la ley 20.507, una primera cuestión

que fluye del título de la propia ley N° 20507, así como la Historia Fidedigna de dicho cuerpo legal, se refiere al hecho que esta ley se dictó para adecuar la legislación interna a los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia. En consecuencia, **en ningún caso el legislador tuvo una voluntad de eliminar el delito de trata de personas sino que, por el contrario, buscó perfeccionar la legislación nacional y modernizarla, para incentivar su persecución y sanción.**

Una segunda cuestión a considerar se refiere a que **no existen diferencias típicas sustanciales entre el tipo penal descrito en el derogado artículo 367 bis, inciso primero del Código Penal y el contenido en el artículo 411 ter del mismo código, en verdad, son prácticamente iguales.**

Por otra parte, del cotejo de esa norma con la del artículo 367 bis, inciso 2 del Código Penal, se deduce que el art 411 quáter moderniza la antigua nomenclatura contenida en el artículo 367 bis y la armoniza con la descripción del artículo 3° del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; ambos instrumentos ratificados por Chile.

**Los verbos rectores de captar, trasladar, acoger o recibir personas están comprendidos en los verbos rectores de promover o facilitar. Más aún, en el inciso final del artículo 411 quáter, el legislador sanciona también a quien promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas ya descritas (capturar, trasladar recibir o acoger).**

En cuanto a los medios comisivos, el artículo 411 quáter contempla varios de los señalados en el inciso segundo del artículo 367 bis del Código Penal: la violencia, la intimidación, el engaño. Respecto de otros, como el grave desamparo económico, se refiere a él usando una terminología más

moderna y omnicomprensiva como es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima. También hay una agravación de la pena cuando la víctima es menor de edad o existen ciertos tipos de parentesco y de relaciones entre ésta y el imputado.

[Se hace interesante insertar la **Sentencia Corte Suprema 21 de agosto de 2006, Rol N° 1647-2003, considerado noveno**: “Que el 12 de julio de 1999, se publicó la ley 19617 que introdujo importantes enmiendas en la regulación de los delitos sexuales. Constituyendo una modernización del lenguaje existente con antelación, lo que llevó a un perfeccionamiento del tipo penal en lo que respecta a la determinación de los actos concretos que constituyen el objeto de prohibición, puede concluirse que solo se produce un cambio en la estructura de este tipo de delitos, pero en ningún caso desaparece el verbo rector ni el bien jurídico protegido, simplemente se sistematiza de mejor forma las diferentes conductas constitutivas de lo que en la antigua legislación se incluía en el concepto de abusos deshonestos, y considerando décimo sexto, **es útil enfatizar que del cotejo de los verbos rectores y además elementos del tipo**, entre el artículo 366 anterior a la reforma de las leyes 19.617 y 19.927, con los preceptos originados por ellos, **surge de manifiesto que se mantiene total identidad de los verbos rectores y lo único que se hace, es organizar en distintas disposiciones las mismas conductas, lo que, en modo alguno ha implicado la supresión del delito mismo; al contrario, lo que se hace es reconocer de mejor forma la punibilidad de los diversos comportamientos, se entienden incluir**].

(...) Sobre esta discusión (la derogación del artículo 367 del Código Penal), en un caso investigado por el Ministerio Público por hechos acaecidos con antelación al 8 de abril de 2011, la defensa solicitó el sobreseimiento definitivo fundado en la aplicación del artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, cuando de hecho investigado no es constitutivo de delito, por estimar que la ley N° 20.507 había derogado el tipo penal descrito en el artículo 367 bis, de modo que el delito en él contenido ya no existía.

El Juzgado de Garantía respectivo rechazó la solicitud de sobreseimiento y luego la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 11 de junio de 2013, Rol N° 1300-3013, confirmó la resolución apelada señalando que: “Lo que se aprecia por el tribunal es que en definitiva acá se está ejerciendo el principio que contempla el artículo 341, vale decir, el principio de congruencia y eso tiene que ver absolutamente en relación a lo que significan los hechos contenidos en la acusación, son ellos los que en definitiva van a provocar la situación típica que va a estar traducida en la sentencia. El principio de congruencia implica automáticamente la figura típica que encierran los hechos; hechos que tendrán que calificarse durante la secuencia del juicio oral, razones por las cuales no se producen las circunstancias de la letra a) del artículo 250, y precisamente va a tener que calificarse oportunamente por la sentencia”.

La defensa reabrió esta discusión en sede de Tribunal Oral. El Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago recalificó los hechos por los cuales acusó al Ministerio Público, condenado por el delito del artículo 411 del Código Penal y sobre el particular indicó lo siguiente: “... Al respecto podemos señalar que el artículo 367 bis del Código Penal, actualmente derogado (derogado por la ley 20.507, publicada en el diario oficial el 8 de abril de 2011), pero que se encontraba vigente a la época de la ocurrencia de los hechos, decía en su inciso 1° “El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas al país para que estas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 20 a 30 unidades tributarias mensuales”. Dicho inciso es casi idéntico al actual 411 ter, solo diferenciándose en la pena, dado que lo actual es más beneficiosa, “reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”. En efecto, el actual 411 señala “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”... Ahora bien, la conducta tipificada en el artículo 411 ter en su forma simple es esencialmente la misma a aquella del artículo 367 bis inciso 1°, promover o facilitar la prostitución... Por otra parte,



siendo la figura contemplada en el artículo 411 ter más beneficiosa, conforme a la sanción impuesta, que aquella contempla en el inciso 1° del derogado artículo 367 bis del Código Penal se refería aquella al aplicar la pena... Por último, cabe agregar que si bien la norma del artículo 367 bis fue derogada por la ley 20.507, de 8 de abril de 2011, fue esa misma ley la que modificó los artículos 411 ter y quáter recogiendo la misma figura base y modificando y agregando otras calificadas... Luego, **la conducta descrita en el artículo 367 bis fue íntegramente contemplada en los nuevos números 411 ter y quáter, por lo que resulta evidente y no requiere de mayores análisis, que la trata de personas, antes llamada trata de blancas, sancionada en el artículo 367 bis fue subsumida en la nueva normativa, por lo que malamente podría considerarse que los hechos cometidos el año 2010 no son sancionables...** Por lo demás, **la discusión en cuanto a la aplicación del artículo 367 bis derogado o 411 ter, es solo para efectos de determinar cuál de aquellas normas le resulta más beneficiosa a los imputados, siendo la última de las mencionadas, la menos gravosa para ambos**".

La defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de este fallo, el que finalmente fue rechazado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago bajo los siguientes argumentos: "3°) Que de la sola lectura de **los preceptos transcritos precedentemente [411 ter y 367 bis inciso primer]**, y en los que se apoya el recurso de nulidad, se advierte que la conducta descrita en el artículo 367 bis inciso 1° -actualmente derogado- es prácticamente igual, al actual artículo 411 ter, en su forma más simple, **sólo difieren en la pena, ya que la norma actual resulta más beneficiosa**, reclusión menor en su grado máximo y multa de 20 unidades tributarias mensuales. En consecuencia el tipo penal es promover o facilitar la prostitución, en ambas disposiciones... 5°) Que la sentencia en estudio, en su considerando noveno, subsumió correctamente los hechos, en el ilícito contemplado en el artículo 367 bis -vigente a la fecha de ocurrencia de los ilícitos-, en relación con el artículo 411 ter ambos del Código Penal, por cuanto se cumplen las conductas descritas en ambas figuras, las que como ya se indicara son iguales y consisten en posibilitar, impulsar, iniciar, promover la prostitución... 6°) Que el recurso de nulidad se ha establecido para corregir un error de derecho y existirá este error cuando el mandato legal deba

cumplirse de determinada manera y la sentencia lo aplica de modo distinto. Vale decir se realizará una aplicación equivocada de la norma que tiene un sentido claro y una aplicación indiscutible. Y en este sentido, **no resulta aceptable la fundamentación del recurso, en cuanto sostiene que el tipo penal se encuentra derogado, ya que como se viene advirtiendo, ambas normas ya analizadas contienen idénticas conductas. En consecuencia, existe continuidad del tipo penal. De modo tal, que la circunstancia que la recurrente esgrime de inexistencia de norma que regule los hechos asentados y acreditados en la sentencia no es correcta. El legislador con la dictación del art, 411 ter, desde el punto de técnica legislativa, en definitiva alteró la sintaxis y solo modifico la pena del tipo, estableciendo una más benigna que la consignada en la antigua norma del artículo 367 bis, y así hoy en día la trata de personas, era lo que anteriormente se denominaba, trata de blancas...**<sup>13</sup>.

## 2.2. Segundo ejemplo.

El segundo artículo de la Revista Jurídica 57 del Ministerio Público que me parece muy atingente en este punto de la idea, es el titulado “Punibilidad de los fraudes cometidos mediante falsificación y uso de licencias médicas falsas”, de doña Verónica Rosenblut. El subrayado también es mío.

Este texto lo cito porque contiene razonamientos sobre los posibles efectos tácitamente derogatorios de una nueva ley regulando una situación ya anteriormente regulada, y qué sucede cuando la nueva ley solo regula

---

<sup>13</sup> Bibliografía N° 4, páginas 127-176.

una parte (aunque grande) de lo que regulaba la anterior, quedando algún supuesto fuera y, en relación a ese supuesto, si podría potencialmente estar aun vigente la norma antigua. A este respecto, la pregunta relevante es, ¿quedan supuestos cubiertos por el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, que no se encuentren también subsumidos en la definición de simulación (y/o abuso, de paso) de la NGA?

Hasta comienzos del mes de mayo de 2012, los fraudes cometidos contra el sistema de salud previsional por la obtención de beneficios improcedentes, se encontraban sancionados de manera genérica por un tipo penal especial que fue primitivamente introducido por el legislados en términos bastante similares, tanto es el artículo 38 de la ley N° 18.469, que **REGULA EL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCION DE LA SALUD Y CREA UN REGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD**, como en el artículo 23 de la ley 18.933, que **CREA LA SUPERINTENDENCIA DE INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL, DICTA NORMAS PARA EL OTORGAMIENTO DE PRESTACIONES POR ISAPRE Y DEROGA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 3, DE SALUD, DE 1981** (más conocida como Ley de Isapres), y que fueron recogidos en el DFL N°1 DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, que **FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 2.763, DE 1979 y DE LAS LEYES N° 18.933 Y N° 18.469.**

En efecto, mientras en **el artículo 168 del DFL N°1**, se recogía el texto del artículo 38 de la ley 18.469 estableciéndose que: “Las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de este Libro; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados en el inciso anterior”, **el artículo 174 inciso final del mismo decreto** era el encargado de recoger el texto del artículo 23 de la Ley 18.933, al señalar que: “El que sin tener calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley; y el beneficiario que, en igual forma, obtenga un mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo y medio. En igual sanción incurrirá el que coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos”, debiendo entenderse **de acuerdo con la ubicación sistemática de cada uno de dichos artículos**, que **la primera norma contenía las figuras penales aplicables a los usuarios del sistema previsional del Fondo Nacional de Salud, y la segunda, los ilícitos que cometían los usuarios del sistema privado de salud previsional**, siendo en consecuencia correcto para los efectos de perseguir este tipo de conductas, invocar tanto la comisión de los ilícitos contemplados en los artículos 168 y 174 del DFL N° 1, como la de los tipos penales contemplados en los artículos 23 de la Ley 18.933 y 38 de la Ley 18.469, aún vigentes.

**Sin embargo, con la publicación de la ley 20.585 sobre otorgamiento y uso de licencias médicas, el 11 de mayo del 2012, se introdujeron en el artículo 202 del Código Penal**, que hasta esa fecha era del siguiente tenor: “el facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”, **tres nuevos incisos, que pasaron a ser inciso segundo, tercero y cuarto, con los cuales se pretendió establecer una sanción especial para aquellos fraudes contra**

**el sistema de salud previsional cometidos mediante licencias médicas falsificadas**, al regularse, en el nuevo inciso segundo de dicho artículo, que: “El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de 25 a 250 unidades tributarias mensuales”.

Tal y como puede desprenderse a partir de lo señalado en el artículo 1° de la referida ley, dicha normativa tuvo por objeto: “establecer regulaciones que permitan asegurar el otorgamiento, uso correcto de la licencia médica y una adecuada protección al cotizante y beneficiarios de las instituciones de Salud Previsional y del Fondo Nacional de Salud, mediante la aplicación de medidas de control y fiscalización, y de sanciones respecto de las conductas fraudulentas, ilegales o abusivas relacionadas con dicho instrumento”.

En lo que se refiere a la sanción penal de las conductas de falsificación y uso de licencias medicas falsas, **el proyecto de ley** que fue presentado por el Ejecutivo de la época en el mes de diciembre de 2009, de acuerdo a lo señalado en su mensaje, **pretendía sancionar, mediante el establecimiento de una figura especial, fuera del Código Penal, a las personas que incurrieran en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas, de declaraciones de invalidez, o de cualquier antecedente esencial que las justificaran, así como a las que hicieran uso malicioso de dichos instrumentos falsos, con las penas que se establecían en el artículo 202 del Código Penal**; norma que contemplándose en el primitivo artículo 8° del Proyecto, consideraba además de la aplicación de la pena de inhabilitación temporal para emitir licencias médicas, una agravante especial en caso de reincidencia específica, y como norma de carácter procesal, la posibilidad que desde la formalización de la investigación, el tribunal, a petición del fiscal o del querellante, pudiera disponer, respecto del profesional que apareciera involucrado en los hechos, la suspensión de

su facultad de emitir licencias médicas mientras durara la investigación o por el plazo inferior que fijara fundadamente el tribunal.

(...) Haciéndose presente en consecuencia, al interior de la referida Comisión, la incongruencia de legislar una modificación al Código Penal en el articulado de la ley de licencias médicas, se presentó una indicación por el entonces H. Diputado Letelier, para reemplazar la materia contenida en el artículo 9° del Proyecto, y establecer sanciones penales, pero a través de la modificación de los Código Penal y Procesal Penal, proponiéndose en definitiva la eliminación de dicho artículo y su sustitución por dos nuevos artículos que fueron incluidos al final del proyecto (13 y 14), mediante los cuales se introducían modificaciones a los artículos 202 y 234 del Código Penal y se incorporaba un artículo 156 bis, nuevo al Código Penal, lo que fue aprobado por la comisión.

Fruto del análisis que se realizó al interior de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, a la redacción propuesta por la indicación del Diputado Letelier para modificar el artículo 202 regulando allí las conductas de falsificación de licencias médicas, se formuló una indicación que agregaba, al final del nuevo inciso 2°, una frase mediante la cual se pretendía sancionar además específicamente el uso de los documentos falsos; indicación que finalmente fue rechazada.

En definitiva, en segundo trámite constitucional, la Cámara Revisora agregó los artículos 11 y 12 permanentes nuevos, que fueron aprobados en tercer trámite por la Comisión Mixta, y que implicó que el texto definitivo con que en esta materia resultara promulgada y publicada la Ley 20.585, fuera el siguiente:

“Artículo 11.- Introdúcense las siguientes modificaciones en El Código Penal:

- a) Intercálese en el artículo 21, en el acápite “Penas de simples delitos”, a continuación de la oración “inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad” lo siguiente: “Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas”.
- b) Agréguese los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto en el artículo 202: “El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez, será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de 25 a 250 unidades tributarias mensuales.

Si el que cometiere la conducta señalada en el inciso anterior fuere un facultativo, se castigara con las mismas penas y una multa de 50 a 500 unidades tributarias mensuales. Asimismo, el tribunal deberá aplicar la pena de inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena.

En caso de reincidencia, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado y se aplicará multa de 75 a 750 unidades tributarias mensuales”.

Artículo 12.- Agréguese en el Código Penal el siguiente artículo 156 bis: “Artículo 156 bis.- Medidas cautelares especiales. En los casos de investigación por fraude en el otorgamiento de licencias médicas, el tribunal podrá, en la oportunidad y a petición de las personas señaladas en el artículo 155, decretar la suspensión de la facultad de emitir dichas licencias mientras dure la investigación o por el menor plazo que, fundadamente, determine”.

(...) No resulta sin embargo completamente claro, a qué hipótesis podría estar refiriéndose la norma, cuando prevé como supuesto punible, la falsedad que se comete en la tramitación de la licencia médica (...) De lo anterior resulta entonces, que **habiendo rechazado los legisladores la inclusión de una norma expresa mediante la cual se sancionaba la conducta de uso o utilización de licencias falsas**, la figura que fue incorporada como nuevo inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, no contempló tampoco dentro del ámbito de protección de la norma, la sanción de tales usos, por cuanto tal como se desprende de la historia fidedigna de la ley N° 20.585, **durante su tramitación se hizo expreso hincapié en que ese tipo de conductas era diferente a las que se sancionaban mediante el “tipo principal”, esto es, a las de “otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez”**.

Siendo ésta la correcta aplicación que estimamos debiera darse a la figura en análisis, **surgen entonces la pregunta de si corresponde considerar aún vigentes, para los efectos de sancionar las conductas de uso de licencias medicas falsas, los tipos penales contemplados en el DFL N° 1 de Salud (artículos 168 y 174) (...) solo podría sostenerse haber tenido lugar aquí, a partir de la inclusión de los incisos segundo, tercero y cuarto del 202 del Código Penal, una derogación tácita**, esto es, la pérdida de vigencia de aquella parte de la norma antigua que resulta contradictoria con el texto y espíritu de la norma nueva, pero siempre que efectivamente hubiera existido dicha contradicción.



**Sin embargo, a la luz del texto prácticamente idéntico de los artículos 168 y 174 del DFL N° 1 de Salud**, mediante los cual se sanciona a quienes sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de esta Ley; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, **dicha contradicción debiera a nuestro juicio descartarse, afirmándose por el contrario la vigencia de ambas normas, ya que como precisamente no podrían sancionarse** mediante la aplicación de inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, **aquellos casos en que la licencia médica falsa es el medio engañoso utilizado por el paciente que no ha tomado parte o intervenido en la falsificación**, para obtener indebidamente un beneficio previsional, las figuras penales establecida en el DFL N°1 de Salud, **no habrían resultado derogadas tácitamente en esta parte por la nueva figura penal introducida, por cuanto aquellas sí cubrirían estas hipótesis.**

No habría ocurrido empero lo mismo, con la parte final de ambos artículos, mediante la cual se establecía en términos prácticamente idénticos, que en igual sanción incurrirían las personas que (cooperen o) faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados, es decir, por ejemplo, el facultativo que extendió u otorgó la licencia médica falsa con la cual el paciente pudo obtener indebidamente un beneficio previsional, ya que, como se dijo, esta conducta sí se encuentra hoy expresamente sancionada en el nuevo inciso segundo del artículo 202 ya mencionado; razón por la cual correspondería entender que en esa parte si habría operado una derogación tacita de ambas normas.

Siguiendo con el análisis de la figura del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, debe señalarse que en relación con el tipo o clase de falsedades cuya comisión pueden dar lugar al delito, al referirse esta norma expresamente a “las falsedades del artículo 193”, debe estimarse que todas y cada una de las señaladas en dicho artículo, a excepción probablemente de la prevista en el numero 8 (por improcedente), podrían dar lugar a la comisión de este ilícito, cosa que por lo demás, quedó expresamente

consignada en la historia de la ley N°20.585, al señalarse en el Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado, durante el primer trámite constitucional del Proyecto, que: “para la determinación del tipo penal se entendería que incurre en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas, el que ejecutare cualquiera de las conductas descritas en los numerales 1° a 7° del artículo 193 del Código Penal, y se considerará igualmente que comete falsedad del numeral 4° del citado artículo, el profesional que falte a la verdad en la certificación de el o los diagnósticos. De esta forma el proyecto sanciona tanto las falsedades materiales como ideológicas de licencias médicas”.

Por otro lado, **resulta importante tener presente que la figura del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, es un delito de mera actividad, en la medida que para la consumación del ilícito basta con incurrir en falsedad en cualquiera de los tres momentos que prevé la norma (otorgamiento, obtención o tramitación), sin que sea necesario que dicha conducta haya por ejemplo permitido además la obtención indebida de un beneficio previsional** de parte de una Institución de Salud Previsional privada o del estado.

En este aspecto, **la mencionada figura presenta una importante diferencia** con los delitos mediante los cuales será posible sancionar la conducta de los beneficiarios que utilicen licencias médicas falsas, **por cuanto al ser los ilícitos previstos en los artículos 168 y 174 DFL N° 1 de Salud, delitos de resultado, será necesario para la consumación de los mismos, que efectivamente se haya otorgado el beneficio indebido**, lo cual no obstaría sin embargo a que desde la presentación de la licencia falsa al empleador, o eventualmente, desde la emisión y entrega de la misma al trabajador con el objeto de que aquella sea presentada a su empleador, pueda ya perseguirse la sanción del delito en fases imperfectas de ejecución.

(...) Por último, terminando con el análisis de estos tipos penales, habrá que señalar en cuanto a la faz subjetiva de los mismos, que tanto la nueva figura contemplada en el inciso segundo del artículo 202 del Código

Penal como las reguladas en los artículos 168 y 174 del DFL tantas veces mencionado, son figuras dolosas.

(...) Pero **además, también es importante aclarar, que de la redacción de estas normas se advierte que la hipótesis que pretende sancionarse mediante esta figura es, en el caso del inciso primero del artículo 204 del Código Penal, la de la falsificación material que un tercero hace** dicha certificación luego de que aquella ha sido expedida por un facultativo, señalando por tal motivo nuestra doctrina, que **la figura del inciso primero del artículo 202 del Código Penal, sería un delito especial que requiere de un sujeto activo calificado, de un facultativo,** es decir, de un médico (se excluirían como posibles sujetos activos de estos delitos otros profesionales de la salud como enfermeras y matronas) que comete una falsedad ideológica, **en la medida que la conducta típica consiste en extender o librar un certificado, es decir, un documento escrito,** respecto de una enfermedad o lesión que no tiene el paciente, o que es de naturaleza o gravedad distinta a la que se indica.

(...) **En consecuencia, si bien por la remisión genérica que realiza el artículo 204 de Código Penal a los documentos signados en el artículo 202 del Código Penal, para los efectos de sancionar su falsificación material por una persona distinta de quien los ha expedido, así como su uso malicioso (...) lo cierto es que datando el texto de dicha norma del año 1996, esto es, de una fecha anterior a la inclusión del actual inciso segundo del artículo 202 del Código Penal ocurrida en el año 2012, en que la referencia efectuada por dicho artículo se entendía realizada exclusiva e inequívocamente a los documentos signados en el inciso primero de esta última norma, esto es, a las certificaciones y no a las licencias médicas, su aplicación a las hipótesis de fraudes cometidos mediante falsificación y uso de licencias médicas falsas, debiera descartarse.**

### **3. Medida de mediano plazo: La creación de una Defensoría Tributaria.**

Soy de la idea, ahora que estoy al borde de terminar mi investigación y de mostrar mis resultados, que el principal problema del sistema tributario chileno, es que el servicio opera sin contrapeso, lo que evita un desarrollo saludable y paulatino de los conceptos del área tributaria gracias a la jurisprudencia.

Porque se sabe en los hechos, que estudiar el derecho tributario y ser uno un especialista tributario, es una cuestión que se reconduce, de manera más o menos tragicómica, al estudio de circulares y oficios del servicio. Y esto a su vez está condicionado, por el hecho que como regla generalísima nadie quiere litigar contra el SII, es preferible atenerse a la (poca) certeza jurídica que se puede alcanzar mediante esas circulares y oficios, que levantar el polvo para demostrar un punto jurídico.

Si existiere otra institución, cuya función fuere resguardar los intereses de los contribuyentes y oponerse al SII como actual monopolizador de la

interpretación tributaria, creo que la jurisprudencia de los TTA que se iría formando sería una gran colaboración a la certeza jurídica de todos, desde una fuente de la cual podría predicarse con propiedad que es imparcial.

El gobierno del actual Presidente don Sebastián Piñera Echeñique, ha ingresado a tramitación un proyecto de ley de “Modernización Tributaria”, el cual, en lo relevante para este punto, crea la Defensoría de los Derechos del Contribuyente, lo que en principio parece ir en la misma dirección que lo aquí dicho.

Sin embargo, y luego de leer el proyecto junto con la configuración que se le da a la Defensoría, comparto las observaciones y conclusiones hechas por el profesor don Arturo Selman Nahum, quien sostuvo en las Jornadas de Debates Tributarios de julio pasado, inaugurales del Magíster en Derecho Tributario de la Universidad de Chile, que si bien la Defensoría de los Derechos del Contribuyente es una excelente iniciativa, y potencia el cumplimiento de los derechos del contribuyente, presenta los siguientes inconvenientes:

- Carece de facultades para representar judicialmente al contribuyente;

- La orientación, salvo que se interprete que no existe inconveniente en que se asista al contribuyente en el SII, difícilmente tendrá una aplicación efectiva;

- La queja, de ser efectiva, debería tener un efecto en los actos administrativos cuestionados, que no lo tiene; y

- La mediación, por los plazos involucrados (que no se suspenden para reclamar, a menos que por alguna razón funcione de forma muy expedita – lo cual en principio parece muy improbable, conociendo en general como pasan estas cosas en otras áreas- difícilmente será una instancia que permita solucionar extrajudicialmente los conflictos. Así planteada terminará siendo más un trámite que una real instancia útil y de utilidad práctica para solucionar el conflicto entre el contribuyente y la administración fiscal.

#### **4. Medida de largo plazo: la modificación legal.**

Se deja esta medida como la de largo plazo, porque es cosa de ver cuánto costó sacar las dos leyes previas de reforma tributaria (la 20.780 y la 20.899) para hacerse una idea de cuánto costaría que esta medida se tomara. Tendría que primero acogerse esta teoría por los tribunales, luego suscitarse en la práctica los problemas que he planteado (especialmente los relacionados con la Congruencia Procesal Penal), y luego de un período de caos, recién empezarse a discutir el cómo se va a modificar la legislación.

Creo que salvando todas esas dificultades, la ley modificatoria que se dicte para arreglar el entuerto, debe cumplir con dos cuestiones fundamentales:

a) Debe “revivir” al mundo jurídico los delitos tributarios, y en el mejor caso, utilizar la oportunidad para corregirlos y reformularlos; y

b) Debe establecer expresamente, al menos y de alguna forma, la convivencia entre las normas de delito tributario restauradas, y las normas

que existan (o que en ese momento se modifiquen, considerando cómo se desarrolla el derecho tributario en Chile) antielusión.



## **CAPÍTULO VII**

### **CONCLUSIONES**

En el marco de este trabajo, se analizaron los efectos de la ley 20.780 en relación con los delitos tributarios. De ese análisis, surgió que la multiplicidad y gravedad de los argumentos que pueden esgrimirse, permite concluir que la respuesta correcta al problema planteado es la afirmativa, que los delitos tributarios (al menos los relacionados con la simulación, si no todos), se encuentran derogados. Una visión sistemática del derecho como un todo en su conjunto, debe considerar las interacciones necesarias entre los principios de cada área, y en este caso aquéllas acarrear la conclusión alcanzada.

De esto surge la necesidad de mayor conocimiento específico del área tributaria al momento de planificarse modificaciones al sistema. Porque el problema no son los fines de la reforma, sino la forma en que la reforma se ejecutó. Al respecto, mencionar que el abogado Ricardo Escobar, ex Director del SII, en una Minuta que circuló en el Congreso durante el año

2015 referida al financiamiento de la política, defendió la idea que el financiamiento de campañas políticas es normalmente un gasto rechazado que no constituye delito tributario, incluso si ha habido simulación, pues en este caso la conducta es elusiva y ha sido “despenalizada por la Reforma Tributaria”. Establece específicamente en el punto 19 b) de la minuta que “la entrega de una factura o boleta por servicios profesionales u otros para ocultar un contrato gratuito de financiamiento político, es una forma de simulación: las partes convienen y realizan un acto, pero disimulan con la apariencia de otro. Esta conducta ha sido despenalizada en la reforma tributaria de 2014. El artículo 4 ter introducido al código tributario, señala que la simulación es una forma de elusión, es decir, un ilícito civil y no penal, donde actuando dentro de la ley se pretende reducir un tributo. En este caso se ordena el SII a ignorar el acto aparente, recharacterizar la situación y gravarla según el acto real convenido por las partes. En consecuencia, los actos anteriores de simulación, que pudieron ser constitutivos de delitos tienen ahora un tratamiento más favorable y no pueden ser castigados”.

También surge la necesidad de contar con un organismo que haga las veces de contrapeso del servicio, con el fin de posibilitar, mediante la jurisprudencia judicial que nacería del roce entre el servicio y ese oponente, la unificación de criterios, y de esa forma el robustecimiento del derecho tributario mediante el potenciamiento de la certeza jurídica al respecto.

Además, fuera de otras consecuencias que se consideran de menor importancia ahora mismo, surgió la necesidad de enfrentar jurídicamente el vacío de castigo penal específico para la simulación. Para ello se formularon propuestas para qué hacer ahora mismo, en tribunales y relacionadas con estrategias procesales, y otras sobre qué hacer en el futuro, específicamente una reforma legal que trajera de vuelta los delitos tributarios relacionados con la simulación (y quizá aprovechara de reformular, correctamente esta vez, el sistema penal tributario en general). Quedaron fuera las normas del artículo 97 del Código Tributario números 5, 8, 9, 12, 13, 14, 18, 22, 23, 24 y 25, por exceder el objeto directo del presente trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

1) ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. 2011. Tratado de Derecho Civil, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile;

2) CHILE, Ministerio Público, Fiscalía de Chile. 2016. Oficio FN N° 487/2016, 05 de agosto de 2016. 12 p.;

3) GAMBARDELLA D'ETIGNY, M. 2016. Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 92 p.;

4) GUZMÁN VALENZUELA, C. 2013. Algunos desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales en torno a los delitos contemplados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal. Revista Jurídica del Ministerio Público. Santiago, Chile (57): 127-176;

5) HISTORIA DE LA LEY 20.780. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados [en línea]. <[www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/](http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/)> [Consulta y descarga: 16 septiembre 2017];

6) MASSONE P., Pedro. 2013. Principios de derecho tributario, 3ª ed., Santiago, Thomson Reuters;

7) ROSENBLUT GORODINSKY, V. 2013. Revista Jurídica del Ministerio Público. Santiago, Chile (57): 177-189;

8) SALAZAR GONZALEZ, M. 2007. Sistemática de la Teoría del Delito en relación con el artículo 97 N° 4 del Código Tributario. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 172 p.;

9) UGALDE P., Rodrigo, y GARCÍA P., Jaime. 2011. Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias. 4° ed., Santiago, Legal Publishing.

10) VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 206 p.; y

11) VERGARA QUEZADA, G. 2016. La despenalización de la simulación por la ley 20.780. Revista de Estudios Tributarios. Santiago, Chile (16): 223-276;

## ANEXOS

Cabe reiterar que los anexos, a pesar de contarse para efectos de la paginación, pueden acompañarse como material digital, que es lo que aquí hago. Se acompañan todos los anexos por separado en pdf, para efectos de poder buscar dentro de cada documento más fácilmente pues el número de páginas habría sido demasiado alto y el archivo habría devenido en inútil.

Los materiales de la bibliografía (manteniendo la numeración asignada ahí) que se acompañan, son 5 en total, y van signados con los números:

2) CHILE, Ministerio Público, Fiscalía de Chile. 2016. Oficio FN N° 487/2016, 05 de agosto de 2016. 12 p.;

3) GAMBARDILLA D'ETIGNY, M. 2016. Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 92 p.;

4) GUZMÁN VALENZUELA, C. 2013. Algunos desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales en torno a los delitos contemplados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal. Revista Jurídica del Ministerio Público. Santiago, Chile (57): 127-176;

7) ROSENBLUT GORODINSKY, V. 2013. Revista Jurídica del Ministerio Público. Santiago, Chile (57): 177-189;

8) SALAZAR GONZALEZ, M. 2007. Sistemática de la Teoría del Delito en relación con el artículo 97 N° 4 del Código Tributario. Memoria

para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 172 p.; y el

11) VERGARA QUEZADA, G. 2016. La despenalización de la simulación por la ley 20.780. Revista de Estudios Tributarios. Santiago, Chile (16): 223-276. }

\* \* \* \* \*

**OFICIO FN N° 487/2016**

**ANT.: Oficio FN N° 37/2013, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos económicos.**

**MAT: Instrucción general que imparte criterios de actuación del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios, en relación con lo dispuesto por el artículo 162 del Código Tributario.**

**Santiago, 05 de Agosto de 2016**

**DE: FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS AYUDANTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS**

Como es de vuestro conocimiento, de conformidad con las reglas generales, el Ministerio Público, en representación de la sociedad, se encuentra habilitado para perseguir, incluso de oficio, todas aquellas conductas que revistan carácter delictivo, iniciando de esta forma una investigación destinada a comprobar el acaecimiento de esos hechos y la identificación de sus eventuales responsables, sin sujeción a la voluntad de persona, autoridad o institución alguna. Este diseño institucional es el que corresponde a los denominados delitos acción penal pública, institución que se nutre del contenido de los principios de legalidad y oficialidad<sup>1</sup>.

No obstante, el artículo 162 del Código Tributario establece un régimen especial de inicio del procedimiento penal en lo que se refiere a la persecución de los delitos tributarios, apartándose en esto el legislador de las formas usuales del sistema de administración de justicia criminal.

En efecto, a través de la citada norma, el ordenamiento jurídico vigente determina que “[l]as investigaciones de *hechos* constitutivos de delitos tributarios

---

<sup>1</sup> Como señala el profesor Julio Maier, “el interés público que gobierna, en más o menos, todas las funciones principales del procedimiento penal, lo presenta, en principio (delitos de acción pública), como una obra que regula el Derecho procesal penal, destinada a actuar un aparato de control estatal, en contra de la persona indicada, hipotéticamente, como autora de un delito o participe en él”. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pp. 816 y ss.



sancionados con pena privativa de libertad *sólo* podrán ser iniciadas por *denuncia* o *querrela* del Servicio...”, añadiendo a continuación que “si la infracción [de las

reglas del Derecho Tributario] pudiere ser sancionada con multa o pena privativa de libertad, el Director [del Servicio de Impuestos Internos]<sup>2</sup>, podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del [respectivo] procedimiento administrativo...”.

Las anteriores disposiciones legales importan, sin duda alguna, una restricción de las facultades constitucionalmente asignadas al Ministerio Público, por la vía del establecimiento de una acción penal pública previa instancia particular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 letra g) del Código Procesal Penal.

Como es de público conocimiento, este Fiscal Nacional ha sido enfático en defender la posición institucional, haciendo ver en distintos foros y oportunidades, la inconveniencia de este tipo de regulación especial respecto de delitos que afectan intereses de carácter colectivo, en los que no existe una víctima única, susceptible de ser afectada personalmente por la iniciación de un procedimiento penal, que es el fundamento que sustenta la institución de la acción penal previa instancia particular. Asimismo, he sostenido la inconsistencia de las reglas que atribuyen facultades discrecionales a autoridades carentes de legitimación democrática directa, para decidir acerca del destino de un determinado procedimiento penal.

No obstante, el Ministerio Público debe desempeñar sus funciones con restricto apego al principio de objetividad y de legalidad general, velando por la correcta aplicación de la legislación vigente, tal y como lo ordenan los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución Política y el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640.

En este contexto, a propósito de la actual tramitación de una serie de causas penales incoadas por delitos tributarios, han surgido una serie de dudas en orden a la correcta definición de la legítima esfera de atribuciones de los fiscales del Ministerio Público para investigar este tipo de ilícitos y una vez iniciada la investigación de ellos, cuáles son las actitudes procesales adecuadas en una serie de escenarios determinados a partir de las actitudes procesales que adopte el Servicio de Impuestos Internos.

Al requerirse, entonces, una definición institucional que asegure la unidad de acción de los fiscales del Ministerio Público para la generalidad de las investigaciones iniciadas por delitos tributarios, he decidido hacer uso de la facultad prevista en el artículo 17 letra a) de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y dictar la siguiente **Instrucción General**, que contiene una serie de criterios de actuación que regulan distintos aspectos del accionar de nuestra institución en la persecución penal de estos ilícitos.

---

<sup>2</sup> Artículo 162 inciso primero del Código Tributario.



## I. Criterios de actuación referidos al inicio del procedimiento penal.

De conformidad con lo dispuesto por el Derecho positivo chileno, “las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios (...) sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio”<sup>3</sup>.

La disposición citada resulta suficientemente clara como para sustentar cualquier tipo de interpretación que tratase de eludir la voluntad que a través de ella se

afirma. El empleo del adverbio “sólo” en el texto del inciso primero del artículo 162 C.T., resulta indicativo de la evidente decisión legislativa de excluir la posibilidad de iniciar investigaciones de oficio por parte del Ministerio Público, traspasándole la ley dicha responsabilidad a la autoridad tributaria. En otros términos, acudiendo al principio de distribución de competencias (como criterio apto para la resolución de eventuales antinomias) aquello que hace exclusivamente competente al Servicio de Impuestos Internos para iniciar el procedimiento penal por hechos que revisten el carácter de delitos tributarios, impide consecuentemente que el Ministerio Público persiga la responsabilidad penal por esos mismos hechos, sin que al menos, el S.I.I. haya presentado una denuncia.

De esta forma, la acción que emana de los delitos tributarios, por expresa disposición del legislador, se ha construido como una acción penal mixta o previa instancia particular, circunstancia que implica que la denuncia o querrela del Servicio, constituye, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, un **requisito de procesabilidad**, sin el cual, no podría impetrarse acusación por faltar alguna de aquellas condiciones requeridas para proceder criminalmente, de conformidad con lo indicado en los artículos 54 y 264 letra c) del Código Procesal Penal.

No obstante lo señalado anteriormente, también implica que, de conformidad con nuestro derecho positivo, una vez que el Servicio de Impuestos de Internos, en virtud de su comportamiento procesal, ha satisfecho al menos las formalidades requeridas para interposición de una denuncia, el procedimiento penal se entiende válidamente iniciado y, en lo sucesivo, éste seguirá su tramitación de conformidad con las reglas generales del procedimiento ordinario de acción penal pública, recobrando, por lo tanto, en plenitud los fiscales del Ministerio Público, todas y cada una de sus facultades en orden a investigar los hechos denunciados y determinar a todos quienes resulten responsables de ello, cualquiera sea su grado de participación criminal.

Por último, huelga señalar que la restricción impuesta por la legislación tributaria actualmente vigente en nuestro país, solamente afecta la capacidad de los fiscales para perseguir la responsabilidad penal surgida a partir de la comisión de delitos tributarios, **mas en ningún caso afecta las atribuciones constitucionales otorgadas para la investigación y eventual sanción de otros hechos ilícitos que confieren acción penal pública**, como lo es, por ejemplo, el delito cohecho. En estas hipótesis, los fiscales se encuentran plenamente habilitados para investigar y acusar a aquellas personas.

De conformidad con lo aquí expuesto, **se instruye a los fiscales del Ministerio Público que, cada vez que tomen conocimiento del acaecimiento de hechos que revisten el carácter de delito tributario, y no posean aún la necesaria**

<sup>3</sup> Inciso primero del artículo 162 del Código Tributario.



querrela o denuncia de aquella institución, den cumplimiento a lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 162 del Código Tributario, poniendo en conocimiento de aquella institución los hechos y antecedentes que darían cuenta de la comisión de eventuales ilícitos tributarios, sin perjuicio de continuar la investigación por esos mismos hechos, cuando sean constitutivos de delitos diversos.

En el mismo sentido, se instruye a los fiscales del Ministerio Público que, una vez remitidos dichos antecedentes, insten a que la autoridad tributaria ejerza sus facultades legales, de la manera más pronta posible, de modo tal que ésta manifieste cuál será la actitud que adoptará respecto del proceso penal. Para estos efectos, los fiscales deberán pedir cuenta al S.I.I., a más tardar, cada tres meses, para que dicha institución informe de los avances de la recopilación de antecedentes, presente querrela o denuncia o, eventualmente, comunique de manera formal su decisión definitiva de no perseguir el hecho por la vía penal.

Adicionalmente, y para fines de control y seguimiento, se instruye a los fiscales del Ministerio Público remitir a la Unidad Especializada en Lavado de Dinero Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), en formato digital, copia de todas las comunicaciones dirigidas al S.I.I. en virtud de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 162 C.T., así como de las respectivas respuestas que otorgue la institución requerida.

Cabe hacer presente que nada de lo dicho en los párrafos anteriores se opone a lo dispuesto en el inciso final del artículo 166 del Código Procesal Penal, el cual dispone que incluso en casos de delitos acción pública previa instancia particular, el Ministerio Público podrá “realizar los actos urgentes de investigación y los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito”, manteniéndose plenamente vigente dicha disposición para el caso de los delitos tributarios.

Finalmente, quisiera volver a enfatizar que lo que aquí se ha señalado en nada obsta a que los fiscales puedan ejercer en plenitud, de conformidad con las reglas generales, sus facultades para la investigación de otros delitos, diversos a los ilícitos de carácter tributario, de acuerdo con los antecedentes que pudieren surgir a partir de esos mismos hechos.

## **II. Acerca de las facultades investigativas de los fiscales del Ministerio Público en relación con las distintas actitudes procesales adoptadas por el Servicio de Impuestos Internos.**

En el contexto de las investigaciones penales por delitos tributarios actualmente instruidas, el Ministerio Público ha podido apreciar diversas actitudes procesales del Servicio de Impuestos Internos, en sus escritos introductorios de instancia.

Así las cosas, el distinto comportamiento procesal de la autoridad tributaria en estos casos se ha plasmado, a grandes rasgos, en:

- 1) Denuncias por determinados hechos que revisten el carácter de delito tributario, sin que necesariamente se identifique de forma expresa y determinada a los autores o partícipes de los hechos;



- 2) La presentación de “querellas nominativas” (esto es, dirigidas respecto de personas determinadas) con la agregación de la frase “...y, en contra de todos quienes resulten responsables”;
- 3) La presentación de querellas nominativas, con exclusión del uso de cualquier tipo de fórmula semántica amplia destinada a hacer referencia a intervinientes indeterminados en el (los) hecho(s) punible(s) denunciado(s) y;
- 4) La presentación de querellas nominativas, que describen pormenorizadamente, en un primer acápite, los hechos denunciados e intervinientes supuestamente involucrados en ellos y, en una segunda parte, la descripción pormenorizada de las personas respecto de las cuales el S.I.I. *manifiesta explícitamente su voluntad de “no ejercer la acción penal”* en contra de ellas.

El orden de exposición adoptado en la enumeración anterior se corresponde con la evolución que, en el tiempo, han ido exhibiendo las presentaciones formuladas por el referido órgano administrativo.

Pues bien, ante tan diversas actitudes, surge la pregunta respecto de los posibles alcances que se le podría atribuir a cada uno de aquellos comportamientos en relación con las facultades del Ministerio Público para iniciar o continuar con la investigación de los hechos que se describen en aquellos escritos.

Previo al análisis de aquellos casos, debemos rescatar ciertas premisas tanto normativas como heurísticas que se encuentran contenidas, explícita o implícitamente en nuestro derecho positivo.

En primer lugar, constituye una trivialidad consignar que un procedimiento criminal pueda iniciarse sin necesidad de que se encuentre plenamente identificada la persona a la cual se le atribuye el delito. En términos pragmáticos, la plasmación más evidente de dicha posibilidad se encuentra en la conocida categoría de casos denominados como “de imputado desconocido”. Por contrapartida, no es posible iniciar investigación en contra de persona alguna si no existe, al menos, una descripción mínimamente inteligible o precisa de los hechos que se denuncian, de modo tal que permita al receptor de la misma, considerar que aquel relato se corresponde con una *notitia criminis* (esto es, como la eventual realización de un hecho reprobado por un tipo penal)<sup>4</sup>.

Pero, la prioridad fenomenológica de la delimitación del marco fáctico por sobre la determinación de los autores y demás intervinientes en el hecho denunciado posee un correlato normativo en nuestro derecho procesal penal. En este sentido, resultan extremadamente evidentes las normas que regulan los requisitos mínimos de la denuncia (artículo 174 inciso primero CPP) y la querrela criminal (artículo 113 letra c) CPP), al establecer que en ambos casos, basta que dichos actos procesales contengan referencias genéricas a quienes resulten responsables, para activar, válidamente, a los órganos de administración de justicia del Estado en pos de la averiguación del hecho y la determinación de los posibles culpables. Por su parte, el artículo 181 del CPP advierte que uno de los aspectos propios de

---

<sup>4</sup> En este sentido, por ejemplo el profesor Cristian Riego ha llegado a señalar que los policías se encuentran facultados a rechazar una denuncia en aquellos casos en que aquéllas “no contengan un relato de hechos con una mínima precisión o que, por otra, de la sola relación de los hechos se evidencia que éstos no se enmarcaron en uno o más tipos penales. Ejemplos de las situaciones anteriores son aquellos en que alguien acusa a otro de hechos imprecisos: “Juan es un ladrón...” sin agregar detalles”. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica, p. 160.



toda investigación penal lo es la “identificación de los partícipes” en el hecho punible, circunstancia que implica necesariamente el reconocimiento que es posible que una investigación se inicie desconociendo totalmente la individualización precisa y determinada de los autores, cómplices o encubridores de los hechos.

En segundo lugar, debe reconocerse que, de conformidad con nuestra legislación vigente, específicamente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 162 del Código Tributario, la denuncia o la querrela criminal que interponga el Director del Servicio de Impuestos Internos, tiene una importancia fundamental a la hora de determinar el marco fáctico que será objeto de la investigación penal. En otras palabras, la legislación chilena le otorga a dicha autoridad tributaria la facultad exclusiva de seleccionar los hechos que serán objeto de persecución por parte de la Fiscalía y que podrán ser conocidos por los tribunales con competencia en lo penal. De ahí que las autoridades con competencia en materia criminal no puedan extenderse más allá de los límites de lo que se encuentra contenido en la denuncia o querrela presentada por el ente recaudador y la necesidad de comunicar a dicha institución la existencia de hechos que podrían ser constitutivos de delitos tributarios, de acuerdo a lo consignado en el inciso sexto del artículo 162 C.T.

Pero de la restricción fáctica impuesta por el contenido de la querrela o denuncia del Servicio no se sigue necesariamente la limitación de las facultades investigativas del Ministerio Público para llevar a cabo todas aquellas diligencias que permitan determinar la identidad de los autores y demás partícipes de aquellos hechos puestos en conocimiento de las autoridades penales a través de esos mismos escritos, pues, de conformidad a lo señalado por el inciso final del artículo 54 del CPP, una vez que la instancia particular ha sido ejercida (aun cuando esto se realizare a través del cumplimiento de los mínimos requisitos exigidos para entender que se ha interpuesto una denuncia) el procedimiento penal incoado se seguirá tramitando de conformidad con las reglas del procedimiento ordinario de acción penal pública.

Sentadas las anteriores premisas, resulta necesario ahora abocarnos al análisis de las actitudes procesales del Servicio de Impuestos Internos y los eventuales efectos que ellas podrían tener en la persecución penal de la delincuencia tributaria.

***1. Denuncias por determinados hechos que revisten el carácter de delito tributario, sin que necesariamente se identifique de forma expresa y determinada a los autores o partícipes de los hechos:*** De conformidad con las reglas vigentes en el derecho chileno, en esta hipótesis, la única restricción que se percibe para las atribuciones investigativas normales de los fiscales del Ministerio Público guarda relación con el marco fáctico que puede ser investigado por éstos. En otras palabras, los fiscales podrán investigar todos los hechos denunciados, todos los documentos que se consignen como dubitados en cuanto a su veracidad y podrán investigar a todos los que resulten responsables de su emisión, circulación, facilitación, incorporación indebida en la contabilidad y de aquellos que se hayan beneficiado de dicha actividad ilícita, sean estos, autores, cómplices o encubridores.

En caso que los fiscales, a través del desarrollo de sus indagaciones descubran nuevos hechos, no considerados en la denuncia del Servicio de Impuestos Internos, por expresa disposición de la legislación vigente, deberán informar a dicha autoridad en los términos descritos en el primer acápite de la presente



instrucción general y promover la pronta definición de aquella institución, tal y como se ha puesto de relieve más arriba, con miras a perseguir de la manera más pronta posible, las responsabilidades penales de quienes han infringido el Derecho, cometiendo conductas susceptibles de ser calificadas como delito tributario.

**2. La presentación de “querellas nominativas” con la agregación de la frase “...y, en contra de todos quienes resulten responsables”:** En estos casos debe entenderse que la querella criminal interpuesta por el S.I.I. cumple con todos los requisitos exigidos por la legislación vigente para indagar y perseguir la responsabilidad penal todos aquellos que hubieren tenido algún grado de participación en los hechos descritos por aquel acto jurídico procesal.

En este orden de ideas, tal y como lo han hecho los fiscales del Ministerio Público en cada una de las investigaciones por delitos tributarios que se siguen a través del país, se instruye mantener dicha actitud, persiguiendo la responsabilidad penal de todos los involucrados en los hechos descritos en las querellas presentadas por el S.I.I. En el mismo sentido, cada vez que se cuestione la legitimidad de los fiscales del Ministerio Público, para perseguir a personas que no se encuentran consideradas de manera “nominativa” en las querellas interpuestas por dicha autoridad, se recomienda invocar todos aquellos precedentes jurisdiccionales emitidos por los tribunales con competencia en lo penal que avalan la presente posición<sup>5</sup>.

**3. La presentación de querellas nominativas, con exclusión del uso de cualquier tipo de formula semántica amplia destinada a hacer referencia a intervinientes indeterminados en el hecho punible:** En estos casos, debe comprenderse que, a través de la querella, el S.I.I. ha ejercido su pretensión punitiva de conformidad con la ley, abriendo la puerta a las autoridades con competencia en lo criminal para la investigación y sanción de determinados hechos y determinadas personas.

En otras palabras, entendemos que, con esta actitud procesal, el S.I.I. ha cumplido con lo dispuesto en los incisos primero y tercero del artículo 162 del Código Tributario y 54 del Código Procesal Penal, por lo que se produce el efecto jurídico dispuesto en el inciso final esta última norma: **“iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública”.**

Por esta razón se mantiene plenamente vigente lo instruido por medio del Oficio FN N° 037/2013, debiendo entenderse que, en estos supuestos, “el fiscal [podrá] orientar la investigación para acreditar la responsabilidad de otros involucrados en los mismos hechos. Esto último sin perjuicio de requerir, para una mejor coordinación, la querella del SII cuando corresponda”, en los términos expresados en el primer acápite de esta Instrucción General.

<sup>5</sup> Por lo demás, debe notarse que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 114 y 117 del CPP, la sanción que recibe el querellante por la omisión (no subsanada) de alguno de los requisitos legales previstos para la adecuada presentación del referido escrito, es la de entender que esa querella criminal deberá ser tenida en cuenta como una denuncia, para todos los efectos legales. En otras palabras, armonizando las disposiciones legales contenidas en los artículos 162 C.T.; 54, 111, 113, 114, 117, 172 y 173 del CPP, podemos señalar que, aún en el evento que el S.I.I. interpusiere una querella innominada y el Juzgado de Garantía hubiere dispuesto la procedencia de la sanción procesal contenida en el artículo 117 CPP, deberíamos entender satisfechos los requisitos contemplados para el inicio de la investigación del delito tributario, por haberse cumplido con la presentación de una denuncia criminal, circunstancia que se ajusta plenamente con lo dispuesto por los artículos 54 CPP y 162 C.T.



**4. Casos de presentación de querellas nominativas con inclusión de “cláusulas limitativas”, donde el S.I.I. describe una serie de hechos constitutivos de delitos tributarios y luego manifiesta explícitamente voluntad de “no ejercer la acción penal” en contra de algunas de las personas nombradas en ellas:** Respecto de estos casos, estimamos que, las querellas redactadas de la manera descrita habilitan al Ministerio Público para iniciar investigación y perseguir las responsabilidades penales correspondientes de todas las personas que se encuentren vinculadas a los hechos allí contenidos.

La anterior conclusión se desprende de las diferencias sustantivas y formales que existen entre la denuncia y la querella criminal, entendidas dichas instituciones como mecanismos igualmente idóneos para el inicio del proceso penal en el contexto de los delitos de acción previa instancia particular.

En efecto, en términos muy escuetos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 54, 172, 173 y 174 del CPP, una denuncia, para ser considerada como tal, sólo requiere contener un relato de los hechos que se consideran como constitutivos de delitos, caracterizándose dicho acto como uno de mera comunicación a las autoridades encargadas de administrar justicia en lo penal, y que en ningún caso concede derechos de participación en el proceso, tal y como lo consigna el artículo 178 del CPP. Por su parte, la querella criminal constituye “un acto de ejercicio de la acción penal”<sup>6</sup>, a través de la cual el querellante manifiesta su voluntad de ser considerado como interviniente en el proceso penal que incoa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 109, 111 y 12 del CPP (entre otros).

Luego, de acuerdo a lo constatado, en todos aquellos casos en que el S.I.I., ha manifestado explícitamente su voluntad de no ejercer la “acción penal”, es posible entender que esta agencia del Estado lo que está señalando verdaderamente es que no se querellará contra las personas que incluye dentro del grupo seleccionado, esto es, que respecto de ellos no ejercerá la pretensión punitiva y, por lo tanto, en estos casos no desea ser considerado interviniente (acusador particular). Pero con dicha manifestación de voluntad el Servicio no puede pretender anular los hechos y antecedentes que se encuentran contenidos en el escrito que, de manera autónoma, ha hecho llegar a los tribunales con competencia en lo penal y consecuentemente, al Ministerio Público.

Por lo tanto, en atención a lo ya consignado, teniendo en consideración el contenido de los principios de legalidad y oficialidad que inspiran a nuestro sistema penal acusatorio, a lo dispuesto en los artículos 54, 172, 173 y 174 del CPP y a lo señalado por los incisos primero y tercero del artículo 162 del Código Tributario, es necesario concluir que los últimos escritos presentados por el S.I.I. poseen una doble calidad: se trata de una querella criminal que se interpone en contra de todas aquellas personas que individualiza y en contra de las cuales señala expresamente su voluntad de ejercer la acción penal, pero, al mismo tiempo, se trata de una denuncia que alcanza a todas aquellas personas respecto de las cuales el S.I.I. no desea ejercer acción penal, pero que, sin embargo, han participado en hechos que revisten carácter delictivo, de conformidad con los

<sup>6</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, Manual de Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, Editorial Colex, Madrid, 2010, p. 164; PAILLAS, Enrique, Derecho Procesal Penal, Volumen I, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 155; PIEDRABUENA, Guillermo, La constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno, En: La víctima y el testigo en la reforma procesal penal, Editorial Fallos del Mes, 2003, p. 33; CASTRO, Javier, La víctima y el querellante en la Reforma Procesal Penal, En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXV (Año 2004), p. 134.



múltiples antecedentes que se han hecho llegar, tanto a los tribunales que ejercen jurisdicción como al Ministerio Público.

No siendo de la esencia de la institución procesal de la denuncia la manifestación de voluntad en orden a constituirse parte acusadora (interviniente) del proceso penal, pero siendo suficiente para entender que ella se encuentra plenamente satisfecha a través de la presentación “por cualquier medio” (art. 174) de una “comunicación” que exprese el conocimiento que [la persona] tuviere de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito” (art. 173) y que contenga “la identificación del denunciante, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él”, debe entenderse también que se encuentra completamente satisfecha la condición de procesabilidad impuesta por los artículos 162 C.T. y 54 C.P.P., encontrándose, entonces, plenamente facultados los fiscales del Ministerio Público para ejercer sus facultades y perseguir penalmente a todos quienes se encuentren vinculados a los hechos contenidos en aquellos instrumentos.

En definitiva, a partir del presente análisis, se insta a los fiscales del Ministerio Público a ejercer todas sus facultades legales ante este tipo de supuestos, investigando los hechos contenidos en estas querellas y decretando las diligencias que se estimen conducentes para acreditar la responsabilidad penal de todas aquellas personas que se encuentren vinculadas a los mismos.

### **III. Respecto de la incidencia en el proceso penal de la eventual existencia de un procedimiento administrativo (previo o paralelamente iniciado) ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros por el S.I.I., con miras a la determinación y cobro de multas.**

Otro punto que resulta necesario aclarar, dice relación con aquellos casos en que coexisten un procedimiento penal y uno de tipo administrativo sancionatorio iniciado en contra de un contribuyente por infracciones a la ley tributaria. En un escenario como éste, la pregunta relevante que se plantea se refiere a los posibles efectos puede tener para un procedimiento penal ya iniciado, la apertura de otro de tipo administrativo, orientado al cobro de multas por parte del S.I.I. en virtud de lo dispuesto en el artículo 161 del C.T. o derechamente, la circunstancia de que un T.T.A. haya impuesto una pena de multa en contra de la persona investigada por la Fiscalía, en base a los mismos hechos que forman parte de la investigación criminal.

Al respecto cabe hacer notar que existen distintas reglas de nuestro Derecho Tributario que aceptan la existencia de procesos paralelos administrativos y penales. Así, por ejemplo, huelga citar los artículos 105 inciso final y 162 inciso tercero del Código Tributario. Además, parecen ser especialmente pertinentes para nuestros fines las normas expresadas en los artículos 162 inciso cuarto y 165 N° 8 del mismo cuerpo legal, que expresan que “la iniciación del procedimiento y la aplicación de sanciones pecuniarias no constituirán impedimento para el ejercicio de la acción penal que corresponda”. Otro tanto cabe decir del artículo 111 del C.T., regla que establece que el pago de las sanciones pecuniarias (impuestas por el T.T.A.) sólo podría configurar una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.



De la anterior revisión, se concluye que nuestra legislación admite la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados en materia tributaria, pudiendo coexistir la responsabilidad impuesta por la vía administrativa con aquella que eventualmente determinen los tribunales con competencia en lo criminal. De ahí que la pena que sea impuesta por un Tribunal Tributario y Aduanero no posea la potencialidad de inhibir las facultades atribuidas a los fiscales del Ministerio Público para perseguir las responsabilidades penales de los imputados por delitos tributarios.

Por lo tanto, se instruye a los fiscales tener presente que **la sola iniciación de un procedimiento de carácter administrativo-sancionatorio ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros, o la aplicación de una multa por parte de éstos, no afecta al procedimiento penal, debiendo continuarse su tramitación**, sin perjuicio de reconocer, en su caso, el pago de la sanción como una atenuante de responsabilidad penal, en el momento que corresponda.

#### **IV. Salidas alternativas en el procedimiento penal por delitos tributarios.**

Tal y como se explicitó en el Oficio FN N° 037-2013, las salidas alternativas son plenamente procedentes en estos casos. Lo anterior se explica fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, tal como señala el artículo 54 inciso final del Código Procesal Penal, ya citado anteriormente, cada vez que se dé inicio válidamente a un procedimiento penal que requiere de una instancia particular para ello, “éste se tramitará de acuerdo con las reglas generales relativas a los delitos de acción penal pública”, y precisamente, integran dichas reglas generales aquellas que instauran a la suspensión condicional del procedimiento y al acuerdo reparatorio, como mecanismos alternativos de resolución del conflicto penal. En segundo lugar, no existe regla especial alguna contenida en nuestro Derecho Tributario que niegue la procedencia de dichas instituciones. Muy por el contrario, el inciso segundo del artículo 162 del Código Tributario regula expresamente la procedencia de los acuerdos reparatorios para este tipo de ilícitos. De este modo, el legislador consideró que ambos mecanismos procesales resultan idóneos, incluso, para los procedimientos penales iniciados por delitos tributarios y, por otra parte, no se aprecia razón alguna para restringir, por esta vía, su procedencia en términos generales, por lo que se trata de salidas plenamente vigentes.

Por todas estas consideraciones, se mantienen vigentes, en los mismos términos, los criterios generales contenidos en el Oficio FN N° 037/2013, relativos a la procedencia de las salidas alternativas en delitos tributarios, siendo aplicables, además, las normas legales y las demás instrucciones generales vigentes en la materia.

#### **V. Decisión de no perseverar ante la omisión de querrela o denuncia por parte del Servicio de Impuestos Internos.**

Habiendo determinado ya la irrelevancia de la imposición de una pena de multa en sede administrativa para los efectos de la persecución de la responsabilidad penal de quienes figuren como autores, cómplices o encubridores de delitos tributarios, resta ahora determinar cuál debiera ser la salida más apropiada para aquellos casos en que el Director del Servicio de Impuestos Internos decida no ejercer su facultad discrecional de impetrar denuncia o querrela criminal ante hechos que revisten el carácter de delito tributario.



En principio podría pensarse que el Ministerio Público estaría obligado a mantener abiertas investigaciones por estos hechos hasta el momento en que acaezca un hecho que extinga la responsabilidad penal del imputado de conformidad con la legislación vigente, cuya hipótesis paradigmática estaría constituida por la llegada del plazo que permite que opere la prescripción de la acción penal. Sin embargo, dicha circunstancia conspiraría contra los principios de eficiencia y eficacia en la administración de sus recursos, los cuales deben gobernar el actuar de nuestra institución, de conformidad por lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640. En efecto, atendido el hecho de que los plazos de prescripción de los ilícitos que afectan al sistema impositivo van desde los cinco hasta los diez años, período que se contabiliza desde la fecha en que fueron cometidos los hechos (de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 94 y 95 del Código Penal), aparece como altamente ineficiente el ejercicio de mantener una investigación abierta, esperando la definición de la autoridad tributaria, la cual, de acuerdo a nuestro derecho positivo, puede ejercer o no la acción penal, de manera completamente discrecional.

En este escenario, en concordancia con lo dispuesto en el primer punto del presente texto, se instruye a los fiscales del Ministerio Público que, en aquellos casos en que hubiere transcurrido a lo menos un año desde del envío de la comunicación a que hace referencia el inciso sexto del artículo 162 del Código Tributario, evaluar la aplicación de la decisión de no perseverar en la investigación, en atención a que, tal como lo dispone la letra c) del artículo 248, el fiscal no cuenta con el antecedente necesario para fundar acusación en contra de los presuntos responsables, entendiéndose que ese antecedente necesario para presentar acusación lo constituye, precisamente, la denuncia o querrela del Servicio, tal y como lo disponen los artículos 162 inciso primero y 54 del Código Procesal Penal.

Al mismo tiempo, en caso de que, con posterioridad a la adopción de dicha decisión, el Director del Servicio de Impuestos Internos decida ejercer la acción penal, los fiscales del Ministerio Público deberán reabrir la investigación para continuar con la persecución de la responsabilidad penal, de conformidad con las reglas generales contenidas tanto en el Código Penal como en el Código Procesal Penal.

**Con todo, los criterios de actuación contenidos en los dos párrafos anteriores sólo regirán a partir de la fecha de notificación de la presente Instrucción General.** Lo anterior no obsta al normal ejercicio de las atribuciones legales que poseen los fiscales del Ministerio Público.

## **VI. Consideraciones finales.**

Los criterios de actuación expresados en las páginas anteriores, complementan aquellos fijados en el Oficio FN N° 037/2013, que contiene la Instrucción General que imparte criterios de actuación en materia de delitos económicos.

Por tanto, cualquier materia no tratada en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación al mismo, deberán ser canalizadas a través de la **Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado (ULDECCO)** de esta Fiscalía Nacional.

Los Fiscales Regionales velarán por la correcta y cabal aplicación del presente Oficio, con el objeto de uniformar la aplicación e interpretación de la normativa propia de los delitos tributarios, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a UDs.



**JORGE ABBOTT CHARME**  
**FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

JAC/MFM/asc

c.c.: - Director ULDDCO Fiscalía Nacional  
- Directora UAJ Fiscalía Nacional  
- Archivo Gabinete Fiscalía Nacional



**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

UNA RECONSTRUCCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIO PÚBLICO EN LOS  
DELITOS TRIBUTARIOS

El caso del artículo 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Cláusula General Antielusión

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Maite Gambardella d'Etigny  
Profesor guía: Gonzalo Medina Schulz  
Santiago, Chile  
2016

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	8
1.1    Precisiones metodológicas .....	8
1.2    El bien jurídico protegido en los delitos tributarios: Hacienda Pública .....	9
1.2.1    Tesis patrimonialistas.....	10
1.2.2    Tesis funcionalistas .....	11
1.3    El estado de la cuestión en la doctrina chilena.....	12
1.3.1    Tesis patrimonialista e institucionalista: delitos tributarios como maquinaciones fraudulentas o delitos institucionales .....	12
1.3.2    Teorías funcionalistas y conciliadoras: el bien jurídico en las contravenciones y delitos tributarios .....	15
1.3.3    Transparencia fiscal: delitos de falsedades.....	17
1.3.4    Concepción macrosocial del bien jurídico en los delitos tributarios .....	18
2. RECONSTRUCCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS.....	20
2.1    El problema del concepto tradicional Hacienda Pública como objeto de protección.....	20
2.2    El derecho tributario sustantivo como práctica de reconocimiento recíproco .....	23
2.3    Derecho penal y derecho tributario: tesis de la independencia en la justificación .....	26
2.3.1    Los delitos tributarios como forma de hacer trampa ( <i>cheating</i> ).....	30
2.3.2    Los fraudes tributarios como delitos reificantes: justificación de la protección penal. ....	32
2.3.3    El patrimonio público como objeto de protección: condición de posibilidad de decisión sobre el gasto público .....	34
3. EL CASO DEL ARTÍCULO 97 N° 4 INCISO 3° DEL CÓDIGO TRIBUTARIO Y LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL ANTELUSIÓN .....	41

3.1	Sistematización de los delitos tributarios en el Código Tributario chileno.....	41
3.1.1	Fraude fiscal.....	42
3.1.2	Conductas relativas al comercio ilegal.....	46
3.1.3	Infracción de medidas conservativas impuestas por el Servicio de Impuestos Internos .....	48
3.1.4	Conductas relativas al abuso de franquicias tributarias .....	48
3.2	Los problemas dogmáticos tradicionales: conceptos de fraude y perjuicio .....	52
3.3	Una lectura del artículo 97 n° 4 inciso 3° del Código Tributario .....	57
3.3.1	Excepcionalidad en la descripción típica: doble fraude.....	58
3.3.2	Quien simule una operación tributaria o realice cualquier otra maniobra fraudulenta: concepto de fraude o defraudación.....	58
3.3.3	Que obtenga devoluciones de impuesto que no le correspondan: concepto de perjuicio como frustración del fin y dimensión política del patrimonio público .....	64
3.4	Concurrencia entre el tipo penal del artículo 97 N°4 inciso tercero del Código Tributario y la nueva cláusula general anti elusión.....	69
3.4.1	La Nueva Cláusula General Anti elusión: interpretación y relación con los delitos tributarios.....	69
3.4.2	Límites y concurrencia del artículo 97 N° 4 inciso tercero del Código Tributario y la Norma General Anti elusión.....	78
	CONCLUSIONES.....	82
	BIBLIOGRAFÍA.....	85

## **RESUMEN**

La tesis propone una reconstrucción alternativa del bien jurídico patrimonio público protegido en los delitos tributarios, con el objeto de construir un criterio de interpretación y sistematización de los mismos, y ofrecer una justificación sustantiva a la categoría “delitos tributarios”. Para lo anterior se revisará en primer lugar, el estado de la cuestión y la inviabilidad del bien jurídico identificado tradicionalmente como Hacienda Pública, reflejo del paradigma clásico del derecho tributario; en segundo lugar, se realizará una reconstrucción alternativa del bien jurídico desde una comprensión del derecho tributario como práctica de reconocimiento recíproco y desde la diferencia conceptual entre la justificación de una obligación tributaria y la justificación de una sanción penal; en tercer lugar se analizarán los casos del artículo 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Cláusula General Antielusión buscando poner a prueba el rendimiento descriptivo del objeto y fundamento de protección propuestos en la tesis.



## INTRODUCCIÓN

*“Tratar a un hombre como cosa, o como puro sistema mecánico, no es menos sino más imaginario que pretender ver en él a un búho; representa incluso un grado más de adicción a lo imaginario, pues no solamente el parentesco real del hombre con un búho es incomparablemente mayor que el que tiene con una máquina, pero también ninguna sociedad primitiva aplicó jamás tan radicalmente las consecuencias de sus asimilaciones de los hombres a otra cosa que lo que hace la industria moderna con su metáfora del hombre-autómata”*

**(Castoriadis, Cornelius)**

Elusión y evasión tributaria se constituyen como graves problemas para los Estados contemporáneos que dependen de los impuestos, no sólo porque ambas figuras disminuyen la recaudación<sup>1</sup> y con ello los ingresos públicos que forman parte del presupuesto destinado a cumplir los fines del Estado, dentro de los cuales se encuentra la redistribución, sino también porque amenazan el concepto mismo de tributación y la justicia de los sistemas tributarios. El Mensaje Presidencial de la Ley de Reforma Tributaria<sup>2</sup> enuncia el problema como sigue: “[l]a elusión y la evasión hacen que nuestro sistema tributario sea inequitativo y que quienes tienen los recursos para financiar planificaciones tributarias terminen pagando menos impuestos de lo que corresponde”, de manera que “[l]a estructura de nuestra carga tributaria, la evasión y la elusión, hacen que nuestro sistema tributario no contribuya a mejorar la distribución del ingreso” agregando que en otros países “vemos que el sistema tributario y las transferencias producto del gasto público mejoran considerablemente la distribución del ingreso”. Si en la estructura de los sistemas tributarios se disputan cuestiones de justicia, entonces tiene sentido preguntarse por el tratamiento legal y la justificación de la elusión y la evasión como dos conceptos que dan forma a una institución.

---

<sup>1</sup> Como referencia, el Servicio de Impuestos Internos establece en su Cuenta Pública 2015 que la disminución de la tasa de evasión en 2015 respecto del año base (2013) representa una mayor recaudación estimada en MM\$ 673.133. Cuenta Pública disponible en: [http://www.sii.cl/cuenta\\_publica/CP2015.pdf](http://www.sii.cl/cuenta_publica/CP2015.pdf)

<sup>2</sup> Mensaje de S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley de reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Santiago, 1 de abril de 2014, mensaje N° 24-362. Historia de la Ley 20.780, p.6.



Para mostrarlo desde otro punto de vista, la repercusión mediática, social y política que han tenido en Chile los así llamados “caso Penta” y “Panamá papers”, releva la pregunta referida a la justificación del derecho tributario y el derecho penal tributario: ¿Qué justifica nuestra obligación de pagar impuestos? Luego, ¿qué es lo que la comunidad busca proteger a través de los delitos tributarios? En otras palabras, ¿qué justifica la imposición de una pena a quién incumple la obligación de pagar impuestos? Consecuentemente, ¿son adecuados para ello los tipos penales existentes en el Código Tributario chileno? ¿Cuál es el rol de la nueva cláusula general antielusión? Las preguntas desde las cuales se desarrolla esta tesis pueden reducirse a la siguiente: ¿Qué, cómo y por qué prohibimos la elusión y la evasión de los impuestos?

El objeto de esta tesis es realizar una reconstrucción dogmática alternativa del objeto y fundamento de protección de los delitos tributarios que permita justificar sustantivamente la categoría “delitos tributarios”, así como construir un criterio de interpretación y sistematización de los mismos. Para lo anterior se revisará en primer lugar el estado de la cuestión y la inviabilidad del bien jurídico identificado tradicionalmente como Hacienda Pública, reflejo del paradigma clásico de derecho tributario; en segundo lugar, se realizará una reconstrucción alternativa del bien jurídico patrimonio público desde una comprensión del derecho tributario como práctica de reconocimiento recíproco y desde la diferencia conceptual entre la justificación de una obligación tributaria y la justificación de una sanción penal; en tercer lugar, se analizarán los casos del artículo 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la nueva cláusula anti elusión del artículo 4 del Código Tributario buscando poner a prueba el rendimiento descriptivo del objeto y fundamento de protección propuestos en la tesis. Lo que se pretende, en último término es contribuir desde una revisión y construcción dogmática a la interpretación de las normas penales tributarias vigentes.

La comprensión del derecho tributario como práctica de reconocimiento recíproco que subyace al desarrollo de esta tesis, trae consigo una dificultad intuitiva debido a la forma en que la tributación ha sido institucionalizada contemporáneamente en las naciones capitalistas de Occidente como una institución opresiva, “[l]a institucionalización de la tributación justificada de forma meramente instrumental, combinada con las economías de mercado neoliberales actualmente existentes, produce un resultado explosivo que no deja espacio posible a la solidaridad o a las virtudes de la dependencia recíproca”<sup>3</sup>. En este

---

<sup>3</sup> Saffie (2013) p.217. La tesis doctoral de Francisco Saffie propone una comprensión del derecho tributario como práctica de reconocimiento recíproco que subyace a la crítica que se pretende realizar en esta tesis al estado de la cuestión penal tributaria y al paradigma clásico del derecho tributario, para luego desarrollar las

contexto, la indignación que producen conductas elusivas, como las referidas al reciente caso Panamá papes, y evasivas, como aquellas representadas en el así llamado caso Penta, permite afirmar y relevar que la tributación se ha convertido en una lucha por reconocimiento, en tanto quien no paga sus impuestos no reconoce al resto de la comunidad política, operando la reificación, significante de un olvido del reconocimiento<sup>4</sup>, *“proceso mediante el cual perdemos la consciencia del grado en que debemos nuestro conocimiento y cognición de los otros, a una posición antecedente de compromiso y reconocimiento empático”*<sup>5</sup>. Perdemos la consciencia de la intersubjetividad y volvemos el pago de impuestos, como también otras instituciones modernas, hacia un cálculo autómatas e individual, cosificando al resto y construyendo justificaciones meramente instrumentales que no son suficientemente explicativas, tal como sugiere Castoriadis al describir la construcción moderna del hombre como una asimilación radical de un sistema mecánico, comprensión que es más adicta a lo imaginario, sugiere el autor, y más radical que las imágenes míticas del mundo clásico.

---

cuestiones propias referidas a la reconstrucción del bien jurídico en los delitos tributarios. Por lo anterior, el trabajo mencionado será una referencia recurrente en la primera parte de esta tesis y además, a ella se remitirán ciertas discusiones que exceden el trabajo aquí propuesto y que, en cambio, en ella se encuentran desarrolladas en profundidad. Las citas en español corresponden a una versión traducida de la tesis, no publicada y autorizada por el autor, razón por la cual varía también la paginación de las citas.

<sup>4</sup> Honneth (2007) p.91.

<sup>5</sup> Saffie (2013) p.218.

## 1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El estado de la cuestión supone admitir como punto de partida, el escaso desarrollo dogmático que ha existido en Chile frente a las preguntas que subyacen a los delitos tributarios, así como a los problemas actuales del derecho penal económico.

### 1.1 Precisiones metodológicas

Es común a la dogmática la siguiente afirmación: las normas de comportamiento deben proteger bienes jurídicos prescribiendo la evitación de su lesión o puesta en peligro<sup>6</sup>, idea que consecuentemente deviene en la discusión respecto de qué debe entenderse por bien jurídico. En estos términos, se propone una definición que no encontrará resistencia sustancial<sup>7</sup>: bien jurídico es una determinada propiedad exhibida por una persona, una cosa o una institución, en cuya conservación se sustenta una valoración positiva o favorable del estado de la misma persona, cosa o institución<sup>8</sup>. Como advierte el profesor Juan Pablo Mañalich, “[e]s dogmáticamente indispensable (...) resistir el colapso de la distinción entre el fundamento y el objeto de la protección dispensada por la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento es constitutivo del respectivo género delictivo”<sup>9</sup>, de manera que la identificación precisa del objeto de protección es relevante porque cumple una función dogmática como “herramienta de reconstrucción racional de la regulación en cuestión”<sup>10</sup>, lo cual significa que la identificación del bien jurídico ha de exhibir suficiente rendimiento descriptivo y explicativo como para esclarecer y especificar el comportamiento sometido a la norma. Así, la estructura propia del delito debe explicarse en estos términos, es decir, si el delito en cuestión exhibe el carácter de un delito de peligro, su consumación debe coincidir con un menoscabo del objeto de protección de la norma que consista en la puesta en peligro de la propiedad determinada positivamente valorada<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, considerar al derecho penal como protector de bienes jurídicos desde una función crítica<sup>12</sup>, resulta útil como herramienta de interpretación de los tipos penales, toda vez que

---

<sup>6</sup> Kindhäuser (2009b) p.502.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Mañalich (2014) p.43.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Frisch (2007) p.309

el concepto de bien jurídico puede considerarse como “el punto de fuga de las figuras de imputación o el eje material de una norma”<sup>13</sup>. Lo anterior supone reconocer la escisión del bien jurídico o fundamento y el objeto material u objeto de la acción de una norma penal, ya que en muchos casos no es adecuada la normación del bien jurídico como objeto de conducta, de manera que se penaliza un objeto de acción diferente al bien jurídico<sup>14</sup>. En el ámbito del derecho penal económico y específicamente del derecho penal tributario, el concepto de bien jurídico puede resultar particularmente relevante si se considera que, en primer lugar, siempre los tipos penales estarán referidos a un marco jurídico especial o extrapenal, tributario en el caso de esta tesis, lo que implica una estructura típica con múltiples elementos normativos y una forma de tipificación a partir de las estructuras de delitos de peligro; y en segundo lugar, se protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, de manera que es necesario incluir criterios materiales para su interpretación<sup>15</sup>.

Hablar de justificación en determinados delitos, sin embargo, no puede reducirse al análisis del bien jurídico protegido, pues hablar de justificación supone descifrar las razones por las cuales la comunidad en la que el delito se establece considera justa o correcta su tipificación y por tanto, supone abordar la discusión filosófica que subyace y fundamenta al propio delito<sup>16</sup>. Por lo mismo, estas páginas pretenden incluir las cuestiones de filosofía y teoría general del derecho que sirven de fundamento y justificación a los delitos tributarios en la reconstrucción de un bien jurídico que cumple al menos dos roles distintos<sup>17</sup>: en primer lugar, busca elaborar una justificación alternativa de la existencia de una categoría de normas penales como legitimación sustantiva de ésta; y en segundo, construir un criterio central de interpretación y sistematización de los tipos individuales que componen la categoría en cuestión desde la identificación del objeto de protección.

## 1.2 El bien jurídico protegido en los delitos tributarios: Hacienda Pública<sup>18</sup>

Siguiendo la sistematización propuesta por varios autores<sup>19</sup> en la materia, es posible reconocer dos grupos de respuestas frente a la pregunta por el bien jurídico protegido en los delitos tributarios:

---

<sup>13</sup> Hefendehl (2007) p.196.

<sup>14</sup> Hefendehl (2007) p.181.

<sup>15</sup> Echavarría Ramírez (2014) p.6.

<sup>16</sup> Valenzuela (2011) pp.54-57.

<sup>17</sup> Wilenmann (2011) p.532.

<sup>18</sup> En adelante, Hacienda Pública con mayúscula se refiere al concepto tradicional del mismo como bien jurídico protegido en los delitos tributarios.

uno de corte patrimonial y otro funcional. Luego del análisis de ambos grupos de teorías se sostendrá que las respuestas mayoritarias se constituyen en realidad como una conciliación entre ambas tesis, llegando a un fundamento y a un bien jurídico común que es un reflejo del paradigma clásico de derecho tributario<sup>20</sup>, en adelante, Hacienda Pública, ya sea entendida como patrimonio público o como función estatal de recaudación. Si bien me interesa particularmente el desarrollo que ha tenido la discusión en la doctrina chilena, un análisis detallado de ambos grupos de teorías supone el estudio de la doctrina española y alemana, debido al desarrollo que ha alcanzado la discusión en ambos sistemas jurídicos, lo que permite construir un marco teórico que luego pueda aplicarse al debate y a la legislación nacional.

### 1.2.1 Tesis patrimonialistas

El grupo de autores<sup>21</sup> cuyas respuestas se sistematizan dentro de una tesis patrimonialista, suponen que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es el patrimonio de la Hacienda Pública, desde una concepción económica, de manera que se reconoce un incumplimiento de la obligación legalmente impuesta al contribuyente cuando éste genere un daño económico al acreedor: el Fisco<sup>22</sup>. En su primera formulación<sup>23</sup>, esta teoría entendió los delitos tributarios como equivalentes a los delitos contra el patrimonio<sup>24</sup>, tanto en su estructura como en su justificación, específicamente con el delito de estafa<sup>25</sup>. Esta concepción fue superada a través de una caracterización del patrimonio estatal o público que lo diferencia del patrimonio privado<sup>26</sup>. Así, los autores que actualmente defienden la tesis patrimonialista, lo hacen desde una concepción objetiva de la Hacienda Pública, entendida como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de titularidad estatal cuya función se corresponde con la satisfacción de necesidades colectivas<sup>27</sup>. Hay quienes, como el autor español Martínez-Buján Pérez, anteponen al bien jurídico inmediato

---

<sup>19</sup> En este sentido Laporta (2013); Martínez-Buján Pérez (1995); García Cervero (2007); Bajo y Bacigalupo (2010).

<sup>20</sup> El concepto “paradigma clásico de derecho tributario” es propuesto en Saffie (2013) pp.50 y ss. Véase *infra* p.20.

<sup>21</sup> En este sentido Martínez-Buján Pérez (2015) pp.528-529; Bajo y Bacigalupo (2010) pp.271-272.

<sup>22</sup> Van Weezel (2007) p.14.

<sup>23</sup> Rodríguez Devesa y Serrano Gómez (1995) p.578.

<sup>24</sup> Ésta es la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia y parte de la doctrina alemana en la actualidad según Kuhlen (2015) p.66.

<sup>25</sup> Reivindicando la analogía, aclaran Bajo y Bacigalupo (2010) p.273 “La simetría con el delito de estafa consiste simplemente en que en el delito fiscal existe una defraudación –un engaño y un perjuicio- sin que la identificación vaya más allá”.

<sup>26</sup> Echavarría Ramírez (2014) p.12.

<sup>27</sup> Mayer (2007) p.227.

Hacienda Pública, un bien jurídico mediato y supraindividual, a saber, el orden económico. Así, el delito de defraudación tributaria es pluriofensivo en tanto protege dos bienes jurídicos en dos niveles diferentes. Por una parte, protege un bien jurídico mediato y supraindividual que corresponde al orden económico; y por otra parte, protege un bien jurídico inmediato que corresponde al patrimonio de la Hacienda Pública. En este sentido -sostiene el autor- el único bien jurídico posible de afectar al producirse la lesión y, por tanto incluido en el dolo del autor, es el patrimonio de la Hacienda Pública, ya que el orden económico es un bien jurídico mediato o genérico, de manera que no puede ser afectado por la realización del delito considerado individualmente, ni tampoco servirá de criterio interpretativo rector del tipo en sentido dogmático<sup>28</sup>. A las teorías patrimonialistas subyace la idea que los impuestos son una forma o un instrumento económico de ingreso público, es decir, aquello valioso que se busca proteger es la cantidad de dinero que se incorpora al patrimonio estatal o Hacienda Pública, de manera que los impuestos son medios para la obtención de un fin.

### 1.2.2 Tesis funcionalistas

Este grupo de respuestas tienen como lugar común un concepto de Hacienda Pública funcional, esto es, como titular de ciertas funciones públicas y específicamente de la función tributaria, rechazando una concepción patrimonialista pura del problema<sup>29</sup>. En estos términos, el autor español Pérez Royo define la función tributaria como aquella actividad de la Administración que tiene por objeto la gestión de los tributos a través de un determinado procedimiento<sup>30</sup>. Sin embargo, según establece Martínez-Buján Pérez, esta función tributaria es un bien jurídico genérico y por tanto, común a todos los delitos tributarios, pero el bien jurídico inmediato debe desprenderse del análisis de cada uno de los delitos en particular, estableciendo que la defraudación tributaria protege específicamente la consecución de la recaudación<sup>31</sup>. Así, la tesis de Pérez Royo se encuentra con aquélla propuesta por Martínez-Buján Pérez, quien al analizar críticamente las tesis funcionales, propone una técnica de tipificación<sup>32</sup> que manifiesta el punto de encuentro y fundamento común de ambos grupos de teorías y que pueden agruparse bajo una

---

<sup>28</sup> Martínez-Buján Pérez (1995) pp.147-148.

<sup>29</sup> Laporta (2013) p.169.

<sup>30</sup> Martínez-Buján Pérez (1995) pp.158-160.

<sup>31</sup> Martínez-Buján Pérez (1995) p.160.

<sup>32</sup> Martínez-Buján Pérez (1995) se refiere a la tesis de los delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado” o delitos con bien jurídico “con función representativa”, términos que provienen de Schünemann y Jakob s respectivamente.

nueva categoría: las teorías conciliadoras<sup>33</sup>, entendidas como aquellas en que se distingue un bien jurídico inmediato, el patrimonio público; y uno mediato, el orden económico o la Hacienda Pública en sentido funcional (función pública).

Como una crítica a las teorías descritas, el autor español García Martín cuestiona el alcance de las teorías funcionalistas en tanto a través de estas se termina castigando la mera infracción de un deber extrapenal o, en otras palabras, la mera desobediencia, ejerciéndose una protección penal puramente instrumental. Así, define el bien jurídico protegido por el derecho penal tributario como las funciones del tributo concretadas en la recaudación<sup>34</sup>. En el mismo sentido, Echavarría Ramírez sostiene que el bien jurídico protegido debe dirigirse hacia las funciones del tributo que se materializan en el pago de éstos por los contribuyentes y que encuentran su fundamento en la Constitución Política, orientando el bien jurídico hacia la idea de tributo como instrumento de realización de fines políticos y financieros<sup>35</sup>.

En estos términos, es posible reconocer dos líneas distintas entre los funcionalistas: quienes significan lo protegido como la función pública de recaudación y quienes, en cambio, significan lo protegido como los fines políticos que puede cumplir el Estado a través de los impuestos. Sin embargo, ambos grupos parecen adoptar el esquema de una teoría conciliadora en tanto el bien jurídico funcionalista sería solo aquel mediato o supraindividual, y el bien jurídico inmediato, en cambio, será siempre el patrimonio público. Esta relación entre función pública de recaudación y patrimonio público es clave para entender cuál es la comprensión de los impuestos y del derecho tributario que subyace a estas teorías.

### 1.3 El estado de la cuestión en la doctrina chilena

#### 1.3.1 Tesis patrimonialista e institucionalista: delitos tributarios como maquinaciones fraudulentas o delitos institucionales

En su libro “Delitos Tributarios”, Alex Van Weezel sistematiza las respuestas frente a la pregunta por el bien jurídico protegido en dos modelos diferentes, pero no necesariamente opuestos<sup>36</sup>: el modelo patrimonialista que –según el autor- ha sido la tendencia adoptada por nuestro Código

---

<sup>33</sup> Laporta (2013) p.170.

<sup>34</sup> García Martín (1994).

<sup>35</sup> Echavarría Ramírez (2014) pp.36-37.

<sup>36</sup> Van Weezel (2007) p.14.

Tributario y el modelo institucionalista que supone una justificación de la obligación tributaria en el “deber positivo de contribuir al mantenimiento del orden económico-estatal concretado en el Estado impositivo”<sup>37</sup>. El modelo patrimonialista, por una parte, entiende los delitos tributarios como un incumplimiento de la obligación legal impuesta al contribuyente, cual genera un perjuicio económico al Fisco en tanto acreedor<sup>38</sup>. El profesor Van Weezel sostiene que el Código Tributario chileno adopta una tendencia patrimonialista, ya que los delitos tributarios no han sido concebidos como infracción de un deber positivo, y se basa principalmente en tres argumentos de texto<sup>39</sup>: en primer lugar, afirma que denota el carácter patrimonial de los tipos penales la facultad discrecional del Director para decidir sobre la persecución penal del hecho, consagrada en el artículo 162 inciso 3° del Código Tributario; en segundo lugar menciona la procedencia de los acuerdos reparatorios respecto del delito tributario que se encuentra consagrada en el mencionado artículo 162 inciso 2° del mismo código, lo que daría cuenta de un bien jurídico disponible, es decir, patrimonial; y en tercer lugar menciona la norma del artículo 100 del Código Tributario, en tanto ésta no supone una importancia de la cualificación del sujeto, es decir, que se trate o no del contribuyente. Siguiendo el análisis del profesor Van Weezel, los tipos penales que protegen este bien jurídico patrimonial se estructuran como delitos de peligro y no de mera desobediencia. Así, el autor debe incluir en el tipo subjetivo el conocimiento o la aptitud de su actuación para afectar el monto del impuesto y con ello afectar la Hacienda Pública. Si la ley no exige esta afectación patrimonial como parte del tipo, entonces ésta se constituye como una forma de anticipación de la punibilidad<sup>40</sup>.

Tradicionalmente se ha sostenido que una interpretación patrimonialista de los delitos tributarios implica poner énfasis en su carácter fraudulento como elemento distintivo respecto de otras contravenciones (ya sea como mise en scène, engaño, maquinación fraudulenta, tendencia engañosa, etc). Como ejemplo de ello se menciona la discusión doctrinaria respecto del artículo 305 del Código Penal español, donde se exige un mínimo de la cuantía defraudada para que esta sea punible, y donde el problema principal para la doctrina ha sido determinar el alcance y significado de la expresión “defraudar”, distinguiéndose la teoría del engaño –que se constituye como doctrina mayoritaria- y la teoría de la infracción del deber. Sin embargo, la vinculación entre

---

<sup>37</sup> Van Weezel (2007) p.16.

<sup>38</sup> Van Weezel (2007) p.14.

<sup>39</sup> Van Weezel (2007) pp.17-18.

<sup>40</sup> Van Weezel (2007) p.18.



un bien jurídico patrimonial y el carácter defraudatorio puede cuestionarse como algo meramente derivativo<sup>41</sup>, pues lo relevante en una concepción como ésta debiese ser el concepto de patrimonio y perjuicio y en este sentido su relación con el concepto de fraude. Así, como se desarrollará más adelante, las tesis propuestas en torno al bien jurídico de los delitos tributarios no han sido capaces desde su rendimiento descriptivo de resolver los problemas dogmáticos tradicionales en torno a los conceptos de fraude y perjuicio.

El modelo institucionalista propuesto por el profesor Van Weezel, por otra parte, pone énfasis en el aspecto ciudadano-institucional de la obligación tributaria<sup>42</sup>, en palabras del autor: “El estatus de ciudadano, del que cada persona se beneficia, procede de la vigencia de un orden normativo que, en su aspecto económico-social, subsiste en el Estado impositivo. Esta auto-comprensión del ciudadano se articula en parte en una serie de deberes de carácter positivo, que exceden el contenido del *neminem laede* y obligan a la construcción de un mundo común con los demás ciudadanos. La obligación tributaria adquiere así un carácter institucional, que se expresa en el deber positivo de contribuir al mantenimiento del orden económico-estatal concretado en el Estado impositivo”<sup>43</sup>. Siguiendo la idea de una posición institucional de los particulares, Sánchez-Ostiz sostiene que éstos tienen un deber que consiste en sacar a la Administración del estado de desconocimiento en que se encuentran, deber que se justifica en la propia obligación tributaria, concluyendo que ésta “sitúa al particular en una posición cuasi institucional (...) fuera de dudas”<sup>44</sup>. Sin embargo, señala Van Weezel que entender el deber tributario como un deber positivo trae consigo importantes problemas: en primer lugar porque legitima los delitos tributarios de mera actividad y las figuras de peligro abstracto, sancionando en último término la mera desobediencia; en segundo lugar porque rebaja las exigencias de lesividad material; en tercer lugar porque se contradice con la exigencia típica de un perjuicio patrimonial y de montos mínimos de defraudación; y en cuarto lugar porque se constituye como delito especial en sentido estricto en cuanto a la teoría de la participación criminal<sup>45</sup>. Nicolás Hernández propone una lectura del fraude tributario basado en la tesis institucionalista para defender la punibilidad de la elusión. Establece que lo relevante sería la existencia de actos positivos tendientes a burlar la norma tributaria<sup>46</sup>,

---

<sup>41</sup> En el mismo sentido Hernández, N (2013) p.141.

<sup>42</sup> Hernández, N (2013) p.120.

<sup>43</sup> Van Weezel (2007) p.16.

<sup>44</sup> Sánchez Ostíz (2003) p.121.

<sup>45</sup> Van Weezel (2007) pp.16-17.

<sup>46</sup> Hernández, N (2013) p.154.

donde es necesario incluir medios comisivos más amplios que las falsedades documentales. En sus palabras: “un contribuyente no solo puede ser deshonesto en sus declaraciones, sino que también a través de sus actos, pues aun con declaraciones transparentes puede existir un engaño relativo a la causa por la que se escoge determinada forma jurídica”<sup>47</sup>. La mencionada interpretación es relevante en la discusión referida al concepto de fraude y su restricción (o no) al engaño<sup>48</sup>, o en otras palabras ¿es la elusión una defraudación penal? El énfasis en el aspecto institucional de la obligación tributaria puede constituir el punto de partida para una crítica y superación de las tesis puramente patrimonialistas, así como para una redefinición del bien jurídico protegido en los delitos tributarios, sin embargo antes es necesario diferenciar conceptualmente la justificación de la obligación tributaria, por una parte; y la de los delitos tributarios por otra<sup>49</sup>, cuestión que hasta ahora parece asimilarse, sosteniendo una identidad entre la justificación de contribuir y el bien jurídico en los delitos tributarios.

### 1.3.2 Teorías funcionalistas y conciliadoras: el bien jurídico en las contravenciones y delitos tributarios

Como establece Ángela Radovic, en su libro “Sistema sancionatorio tributario: infracciones y delitos”, las violaciones a la ley tributaria pueden ser de dos tipos: simples infracciones tributarias administrativas y delitos tributarios<sup>50</sup>. La diferencia que evidencia la autora es relevante en tanto presenta la discusión en torno a la diferencia y relación entre ambos tipos de sanciones y el bien jurídico protegido en uno y otro caso, a la vez que se constituye como una justificación de la tesis funcionalista que realiza la autora.

Tradicionalmente, la discusión en torno a la diferencia entre sanciones administrativas y penales se ha dividido en dos grupos de teorías, el primero considera que existe una diferencia en cuanto a la naturaleza de ambas sanciones, es decir, una diferencia cualitativa; y el segundo grupo considera que ambas sanciones son manifestaciones diversas de la potestad punitiva del Estado, existiendo solo una diferencia cuantitativa entre ellas. La adopción de una u otra teoría tiene efectos relevantes en cuanto a la aplicación de los principios penales en el ámbito administrativo sancionador, y a la construcción del bien jurídico subyacente. En el orden de las teorías unitarias o

---

<sup>47</sup> Hernández, N (2013) p.157.

<sup>48</sup> Véase infra pp.57-62.

<sup>49</sup> Véase infra pp.25-29.

<sup>50</sup> Radovic (2010) p.87.

cuantitativas, que actualmente corresponde a la doctrina mayoritaria, el profesor Rodríguez Collao<sup>51</sup> sostiene que el factor que permite distinguir entre sanciones administrativas y penales radica en el órgano encargado de aplicar una y otra, así como en el tipo de atribuciones que se utilizan al imponerlas<sup>52</sup>.

Estableciendo una diferencia de orden cuantitativo entre ambos tipos de sanciones, es posible concluir que el bien jurídico afectado que justifica su imposición en uno y otro caso debería diferenciarse solo en cuanto a la intensidad de su afectación, por lo que las contravenciones tributarias o infracciones administrativas protegerían la lesión del mismo bien jurídico que los delitos tributarios pero con menor intensidad. En el mismo sentido, adhiere Radovic a una concepción funcionalista del bien jurídico protegido, según la cual el objeto de regulación de las normas tributarias está constituido por la función tributaria, entendida como actividad de la Administración destinada al reparto de las cargas tributarias de acuerdo al interés público, la ley y los principios que informan el sistema tributario<sup>53</sup>. Según la autora, los delitos tributarios protegerían entonces la función tributaria, que estaría integrada por múltiples deberes formales administrativos que se imponen a los particulares dentro del marco del derecho tributario<sup>54</sup>. Así, “infringir o trasgredir disposiciones fiscales, ya sea en su aspecto más grave de acciones dolosas o referidas a normas complementarias o accesorias para asegurar su efectividad, importa quebrantar un deber social, como lo es el de substraerse al pago de los tributos, fundamentales para el mantenimiento del Estado. En consecuencia, las sanciones penales derivan de la propia potestad tributaria, constituyendo simplemente un capítulo del derecho tributario”<sup>55</sup>. De esta manera, las infracciones tributarias se constituyen como hechos que importan una violación de normas positivas cuyo objeto radica en un daño causado o un incumplimiento a los deberes legales<sup>56</sup>. Los delitos tributarios, por su parte, se constituyen como acciones u omisiones dolosas en que incurre en contribuyente transgrediendo las normas impositivas con el objeto de defraudar al fisco<sup>57</sup>. Sin embargo, existen también delitos formales configurados por la reiteración de infracciones

---

<sup>51</sup> La tesis de Rodríguez Collao se fundamenta en una lectura del artículo 20 del Código Penal.

<sup>52</sup> Rodríguez Collao (1987) p.162.

<sup>53</sup> Radovic (2010) p.78.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Radovic (2010) p.89.

<sup>56</sup> Radovic (2010) p.88.

<sup>57</sup> Radovic (2010) p.93.

administrativas, así como infracciones que son sancionadas con penas privativas de libertad sin mediar dolo<sup>58</sup>.

Establecida la diferencia anterior, sostiene la autora que el Código Tributario protege dos bienes jurídicos diferentes: la administración tributaria por una parte y la renta fiscal por otra<sup>59</sup>. De esta manera, las infracciones formales de deberes administrativos protegen la necesaria colaboración que debe existir por parte de los contribuyentes hacia los organismos encargados de la fiscalización y recaudación impositiva; los delitos tributarios en cambio, implican un perjuicio al patrimonio fiscal mediante una falta total o parcial en el pago de los tributos<sup>60</sup>. La tesis antes descrita puede enmarcarse dentro de las teorías conciliadoras<sup>61</sup>, en tanto el bien jurídico protegido sería la Administración Pública desde una perspectiva funcionalista expresada a través de las infracciones administrativas tributarias, y por otra parte, los delitos tributarios protegerían la renta fiscal.

En mi opinión, la conclusión a la que llega la autora no se condice con el desarrollo propuesto de la clasificación, pues la diferencia entre una infracción administrativa y una penal no es el bien jurídico protegido, pues ambas se diferencian cuantitativamente y entonces la diferencia crucial radica en el ámbito subjetivo del tipo: mientras para sancionar penalmente se exige que la conducta del contribuyente incluya una intención positiva de evadir el impuesto, para sancionar administrativamente es suficiente un actuar negligente. La clasificación propuesta entre infracciones y delitos tributarios es irrelevante a efectos de reconstruir el bien jurídico protegido, pero sí aporta en la determinación de la estructura de una y otra.

### 1.3.3 Transparencia fiscal: delitos de falsedades

Pedro Massone, en su libro “Infracciones tributarias” sostiene que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la transparencia fiscal, fundada en el principio de la buena fe y entendida como una representación del deber de los contribuyentes de proporcionar a la Administración una información veraz y el derecho correlativo de ésta a recibir dicha información para ejercer la

---

<sup>58</sup> Radovic (2010) p.94.

<sup>59</sup> Radovic (2010) p.114.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup>En el mismo sentido Viveros y Ramírez (1997) p.33. Establecen que el bien jurídico protegido es tanto el patrimonio fiscal como el orden público económico.

función tributaria, esto es, la determinación, aplicación y fiscalización de los impuestos<sup>62</sup>. Según el autor, una teoría puramente patrimonialista no se aviene con los tipos establecidos por la ley chilena, en tanto las sanciones que se contemplan para quien no paga un impuesto pero ha declarado honestamente, no son de carácter penal; en cambio quien engaña o falsea la información, aunque cumpla con la obligación tributaria, será castigado con penas más severas<sup>63</sup>. Adoptar esta tesis trae como consecuencia asimilar los delitos tributarios a los delitos de falsedades, consagrados en el artículo 193 del Código Penal como falsedades documentales, y en los artículos 206 y siguientes del mismo Código como delitos de perjurio y falso testimonio.

En este punto, es posible utilizar la distinción entre delitos de falsedad y delitos de engaño realizada por Javier Wilenmann en su artículo “Sobre la estructura dogmática de los delitos de falsedad en el proceso”. Establece el autor que “[a] diferencia de los delitos de falsedad, los delitos de engaño presuponen conceptualmente para su consumación no solo la expresión, ni siquiera solo la comprensión por parte del interlocutor, sino la producción de una representación falsa mediada por una comprensión anterior del acto de comunicación”<sup>64</sup>. De esta manera, se altera el criterio de determinación de la consumación del tipo, pues en el caso de los delitos de falsedad, ésta puede determinarse por la emisión y comprensión, mientras que en los delitos de engaño se requiere de un paso anterior que corresponde a la comprensión del acto de comunicación que supone la falsa representación, es decir, el carácter fraudulento de la conducta.

La entrega de información falsa por el contribuyente puede constituirse como una forma de manifestar, a través de un acto positivo, la intención de evadir la norma tributaria como elemento subjetivo del tipo, ya que en ciertos casos es parte de la descripción típica de los delitos tributarios, sin embargo lo anterior no permite concluir que la sola falsedad, a diferencia de los delitos propiamente de falsedades, sea suficiente para consumir y justificar un delito tributario, de ahí que se descarte una justificación del injusto a través de la transparencia fiscal como bien jurídico protegido<sup>65</sup>.

#### 1.3.4 Concepción macrosocial del bien jurídico en los delitos tributarios

---

<sup>62</sup> Massone (2010) p.66.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Wilenmann (2014) p.68.

<sup>65</sup> En el mismo sentido Hernández, N (2013) p.120.

Particularmente interesante resulta la propuesta de la profesora María Inés Horvitz referida a la construcción de una perspectiva macrosocial y dinámica del bien jurídico, a saber, la actividad financiera como ámbito de protección genérico de los delitos contra la Hacienda Pública<sup>66</sup>. Esta perspectiva supone vincular la cuestión del bien jurídico a los valores socialmente relevantes reconocidos por la Constitución que tienen una dimensión política que excede la mera protección del aspecto patrimonial o económico<sup>67</sup>. Según la autora “es posible prescindir absolutamente del componente patrimonial en la determinación del bien jurídico protegido en los comportamientos que vulneran la actividad financiera de los poderes públicos pues la circunstancia de que los ingresos tributarios sirvan, además, para el incremento del patrimonio público no es relevante desde el punto de vista de las funciones político-sociales y económicas de sistema financiero, que es lo que fundamenta y justifica un tratamiento autónomo de estos delitos”<sup>68</sup>. La perspectiva patrimonialista es entonces insuficiente porque implica someter a criterios individualistas un bien jurídico colectivo, en sus palabras, “[e]l acento no está en la relación jurídica individual que cada individuo tiene con el Estado, sino en la protección del interés público o colectivo implícito en la actividad administrativa de gestión de los tributos cual es la finalidad redistributiva, esencia del fenómeno financiero en un Estado social”<sup>69</sup>.

En este sentido, el fundamento de la protección penal de los delitos tributarios es la protección genérica de la actividad financiera del Estado, cual se concreta en la tutela singular de las funciones características de la Hacienda Pública: la función tributaria o proceso de recaudación de ingresos públicos y la función de realización del gasto público<sup>70</sup>. La fundamentación de la protección penal supone entonces reconocer un fenómeno macrosocial más complejo referido al derecho financiero, es decir, al proceso de ingresos y gastos públicos en un Estado social y democrático de derecho. En términos concretos, la afección del bien jurídico se configura a través de la “vulneración de aquellos deberes que se imponen a los sujetos pasivos en el marco del procedimiento de imposición, instrumentalizados hacia un fin único: el cumplimiento del deber de contribuir al gasto público de acuerdo con la capacidad económica específica de cada individuo”<sup>71</sup>,

---

<sup>66</sup> Horvitz (1989) p.151.

<sup>67</sup> Horvitz (1989) p.149.

<sup>68</sup> Horvitz (1989) p.150.

<sup>69</sup> Horvitz (1989) p.158.

<sup>70</sup> Horvitz (1989) p.159.

<sup>71</sup> Horvitz (1989) pp.165-166

de manera que lo protegido se configura como los deberes de información y colaboración de los contribuyentes en la determinación de los impuestos.

De la concepción propuesta me parece relevante identificar la actividad financiera del Estado como fundamento de la protección penal, caracterizando esta actividad como un fenómeno macrosocial, esto es, como algo más que una cuestión meramente patrimonial. Reconocer el aspecto político de la actividad financiera genérica del Estado dentro de la cual se enmarcan los impuestos.

## 2. RECONSTRUCCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS

### 2.1 El problema del concepto tradicional Hacienda Pública como objeto de protección

La idea que subyace a los diversos grupos de teorías que buscan justificar los delitos tributarios como protección del bien jurídico Hacienda Pública, es la comprensión instrumental y económica de los impuestos, de manera que éstos son reconducidos en último término a su función recaudadora o redistributiva, coincidentemente con “el paradigma clásico del derecho tributario”<sup>72</sup>. Lo anterior es relevante ya que se sostendrá que una justificación instrumental de los impuestos y del derecho tributario no permite dar cuenta ni interpretar correctamente problemas como la elusión y los delitos tributarios.

El “paradigma clásico del derecho tributario” sistematizó una teoría de las finanzas públicas que tiene como función determinar una relación entre los ingresos fiscales y el gasto público bajo criterios de justicia, dependiendo en su contenido de determinadas concepciones acerca del hombre y su relación con el Estado<sup>73</sup>. Según Saffie, los cuatro presupuestos en que se funda el paradigma clásico del derecho tributario son (i) la comprensión del individuo como puramente racional; (ii) la propiedad privada como un derecho natural; (iii) los impuestos como instrumentos para la recaudación de ingresos; y (iv) la ceguera ante principios de justicia aspiracionales en la tributación. Estos elementos son comunes a diversas teorías políticas y de derecho tributario que permiten comprender los presupuestos que subyacen al mismo. Según el paradigma clásico del derecho tributario, los impuestos constituyen medios para la obtención de un fin, de manera que éstos se encuentran justificados si van a favor del interés de los individuos, expresado en el

---

<sup>72</sup> Saffie (2013) pp.50-91.

<sup>73</sup> Saffie (2013) p.55.

financiamiento para satisfacer necesidades comunes. Según esta concepción, los individuos deben consentir racionalmente los impuestos, como demostración del respeto frente a su propiedad privada<sup>74</sup>. Si los impuestos son instrumentos de recaudación para el gasto público, su entendimiento va a estar siempre determinado por este fin de carácter económico que busca asegurar el financiamiento para que el Estado realice sus funciones. Esta justificación puede encontrar su origen en las teorías contractualistas de los filósofos modernos Thomas Hobbes y John Locke, pero persiste en las teorías de las finanzas públicas y en las recientes teorías de la justicia, como es el caso de John Rawls, quien otorga a los impuestos funciones de justicia correctiva y distributiva.

La contemporánea teoría general del derecho tributario es la forma jurídica que han adoptado los elementos del paradigma clásico<sup>75</sup> de manera que, a través de ella, se busca determinar la naturaleza y estructura de la obligación de pagar impuestos. Esta forma jurídica puede resumirse de la siguiente manera: una persona se convierte en contribuyente (C), si sus actos pueden ser subsumidos bajo un hecho imponible (HI), donde el monto del impuesto (I) se determinará según la base imponible (BI) y la tasa (T). Frente a la discusión por la fuente de la relación jurídica tributaria descrita, la doctrina mayoritaria<sup>76</sup> ha establecido que se trata de una relación que no difiere en su naturaleza de aquella que es propia del derecho privado, excepto por el carácter público que se le atribuiría en virtud de que una de las partes involucradas es el Estado y su destinación a la satisfacción de necesidades públicas. Además, agrega la doctrina que la aplicación del principio de legalidad tendría el mismo alcance en la relación jurídica tributaria que en el derecho penal<sup>77</sup>. Una interpretación como la anterior, que asimila la estructura de la relación propia del derecho tributario a las obligaciones del derecho privado por un lado, y del derecho

---

<sup>74</sup> Saffie (2013) p.77.

<sup>75</sup> Saffie (2013) p.91.

<sup>76</sup> Algunos argumentan que el derecho del Estado para establecer impuestos se basa en su poder soberano. Desde esta perspectiva, el derecho tributario forma parte del derecho administrativo y ello imputa que el Estado puede exigir el pago de impuestos por parte de los individuos según las necesidades del mismo (...) Otros sostienen que la potestad de establecer impuestos se deriva de la ley, normalmente en el nivel constitucional. Este poder da derecho al Estado para crear leyes conforme a las cuales hace ejercicio de la potestad de establecer impuestos. Saffie (2013) p.97.

<sup>77</sup> “¿Por qué el derecho tributario requiere el mismo nivel de detalle y especificación que el derecho penal? ¿Es que, acaso, el pago de impuestos debiese considerarse como equivalente a la imposición de una sanción? Y si, sin embargo, este fuere el caso, entonces ¿cuál ha de ser la conducta prohibida? Y, ¿qué bienes se están protegiendo en virtud de la irrogación de una sanción? (libertad y propiedad privada)” Saffie (2013) p.99.



penal por otro, va en contra de la autonomía del derecho tributario<sup>78</sup> y por tanto, limita la interpretación de sus propias categorías, razón por la cual el derecho tributario ha sido incapaz de resolver problemas en su dimensión explicativa o descriptiva como el fenómeno de la elusión tributaria, por ejemplo, que muchas veces se considera como un problema moral antes que legal. Así, es posible afirmar que la comprensión tradicional o mayoritaria de la contemporánea teoría general del derecho tributario carece de fuerza explicativa, ya que en su aplicación presenta problemas para entender ciertos fenómenos relevantes del derecho tributario, en tanto hace incompatibles el deber legal de pagar impuestos con la justificación de la obligación de pagarlos al considerar que el contribuyente es un deudor del Estado, de manera que el deber legal de pagar impuestos depende de la voluntariedad del ciudadano en cuanto a la determinación de la obligación, reflejando la comprensión individualista del paradigma clásico, fundado en el respeto de la propiedad privada como derecho natural. Podría sostenerse entonces, que “la estructura jurídica del derecho tributario (y sus justificaciones de carácter político y moral subyacente) no ha sido actualizada para acomodarse a las demandas políticas y morales de la actualidad”<sup>79</sup>.

La justificación instrumental, aún en “su mejor versión”, entendida desde las teorías de justicia distributiva<sup>80</sup> que buscan proveer una justificación moral a la redistribución así como determinar aquello que es distribuido y su asignación, presenta los mismos problemas explicativos, ya que desde la noción de justicia distributiva, “los impuestos y el derecho tributario se vuelven cualquier cosa que permita redistribuir”<sup>81</sup>. En otras palabras, una comprensión instrumental del derecho tributario está lejos de proveer las categorías sustantivas y dogmáticas necesarias para interpretar y aplicar fenómenos como la elusión y la evasión, de manera que es necesario recurrir al derecho privado o al derecho penal para aplicarlos y el punto es que una justificación instrumental de la tributación también es problemática a efectos de interpretar los delitos tributarios, pues no es suficientemente explicativa de la justificación de la protección penal ni de la identificación del

---

<sup>78</sup> Jarach (1982) pp.131-132. “La diferente fuente de la relación jurídica voluntad de las partes y voluntad de la ley, la diferente causa jurídica del presupuesto de hecho, licitud del interés privado que está en la base de la relación de negocio, y capacidad contributiva que se desprende de la relación económica creada por el negocio, la fundamental unidad de los diferentes impuestos, que todos se configuran dogmáticamente de la misma manera, como relaciones jurídicas legales cuyo presupuesto es de naturaleza económica, actuando el principio de la capacidad contributiva, la distinción entre presupuestos causales y presupuestos abstractos de la obligación impositiva son los elementos sobre los cuales se construye la doctrina de la autonomía del derecho impositivo frente al derecho privado en lo que se refiere al hecho imponible”

<sup>79</sup> Saffie (2013) p.101.

<sup>80</sup> Saffie (2013) pp.122 y ss.

<sup>81</sup> Saffie (2013) p.129.

objeto de protección que emana de esta comprensión<sup>82</sup>. Para ilustrarlo en un ejemplo, la nueva cláusula general antielusión propone conceptos como abuso del derecho, naturaleza jurídica, hechos, simulación, etc. que tienen que ser dotados de contenido sustantivamente desde el derecho tributario y no desde el derecho civil, cuestión que no es posible desde una comprensión puramente instrumental.

## 2.2 El derecho tributario sustantivo como práctica de reconocimiento recíproco

Con el propósito de reconstruir una justificación alternativa de los delitos tributarios capaz de dotar de contenido interpretativo sus elementos normativos, se seguirá en este punto la tesis propuesta por Francisco Saffie, según la cual el pago de impuestos es una práctica que tiene como bien interno el reconocimiento recíproco. En primer lugar, la tesis propuesta implica redefinir el concepto político de igualdad y su relación con la idea de justicia distributiva en base a los siguientes supuestos: por una parte, comprendernos como individuos dentro de una comunidad política supone la existencia de ciertas cargas como ciudadanos y de un proyecto común, es decir, la idea de autonomía descansa en nuestra dependencia recíproca; por otra parte comprender a los ciudadanos como autores de la ley supone que los ideales políticos se encuentran abiertos a una determinación democrática<sup>83</sup>. Entender la igualdad en la base de la justicia distributiva como concepto político implica que la asignación de los bienes se realiza por una decisión previa que construye los criterios de distribución y es dependiente de una concepción del bien común, no así un estado de cosas a ser alcanzado como plantea una aproximación liberal o económica de la justicia distributiva.

En segundo lugar, el concepto de práctica hace referencia a la definición de MacIntyre según la cual se trata de “cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intentan lograr los modelos de existencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente, con el resultado de que la capacidad humana de lograr la excelencia y los conceptos humanos de los fines y bienes que conlleva se extienden sistemáticamente”<sup>84</sup>. Así, según el mencionado autor, las actividades humanas pueden relacionarse con bienes internos y

---

<sup>82</sup> Para revisar en detalle estos argumentos, que no revisaré en este trabajo porque excede los márgenes de la investigación, ver Saffie (2013)

<sup>83</sup> Saffie (2013) p.188.

<sup>84</sup> MacIntyre (2009) p.233.

externos, donde los primeros se caracterizan porque su logro es un bien para toda la comunidad que participa en la práctica; y los bienes externos, en cambio, se logran individualmente, de manera que mientras se obtengan en mayor cantidad por un individuo, menos podrán ser obtenidos por otros<sup>85</sup>. Si bien MacIntyre reconoce que las instituciones se relacionan con bienes externos, tales como el dinero u otros bienes materiales, su tesis se diferencia de una justificación meramente instrumental de las instituciones (individualismo material), al afirmar que éstas nunca podrán explicarse atendiendo únicamente a sus bienes externos<sup>86</sup>, “[e]llas deben ser la expresión de las prácticas que sostienen y esto implica que se encuentran, también, vinculadas a los bienes internos que caracterizan a estas últimas”<sup>87</sup>.

En tercer lugar, el concepto de reconocimiento que se propone es una reconstrucción hecha por Axel Honneth que pretende actualizar la explicación teórica de Hegel según la cual la formación de identidad de los sujetos depende del reconocimiento intersubjetivo. Se identifican tres esferas de reconocimiento: el individuo, la persona y el sujeto, donde las formas de reconocimiento en cada una de ellas corresponden a la familia, la sociedad civil y el Estado respectivamente. En la primera, el individuo es reconocido a través de relaciones afectivas; en la segunda etapa el derecho reconoce la igualdad y autonomía formal de las personas; y en la tercera, los sujetos son reconocidos en el Estado a través de la solidaridad<sup>88</sup>. Honneth pretende defender una teoría del reconocimiento que funcione como un estándar normativo capaz de evaluar las instituciones sociales por parte de los mismos individuos que luchan por el reconocimiento. Interesa particularmente el reconocimiento por el derecho, como aquel que permite a los sujetos decidir sobre la ley y por tanto, gobernarse de manera autónoma. La esfera que sigue al reconocimiento por el derecho, es la solidaridad, donde los integrantes de una comunidad política comparten un marco ético o una idea substantiva no estática de intereses comunes que orientan las formas de reconocimiento y el derecho<sup>89</sup>.

Desde la teoría del reconocimiento propuesto por Honneth y la idea de MacIntyre según la cual lo que nos distingue como seres humanos es ser poseedores de un razonamiento práctico, al que

---

<sup>85</sup> Saffie (2013) pp.199-200.

<sup>86</sup> MacIntyre (2009) p.243. “En cualquier sociedad que sólo reconozca los bienes externos, la competitividad será el rasgo dominante y aun el exclusivo”.

<sup>87</sup> Saffie (2013) p.202.

<sup>88</sup> Honneth (2009) p.326; Saffie (2013) pp.206 y ss

<sup>89</sup> Honneth (2009) p.326; Saffie (2013) pp.210-211.

llegamos necesariamente por nuestra relación con los otros ya partir del cual somos capaces de decidir cómo actuar en situaciones particulares y en nuestra vida; es posible afirmar que “nuestro desarrollo como seres humanos está condicionado por las interacciones sociales. Para desarrollar nuestras máximas capacidades como seres humanos, dependemos de los otros y de las complejas interrelaciones sociales que hemos construido con quienes interactuamos”<sup>90</sup>. Una justificación meramente instrumental de las instituciones niega la conexión existente entre éstas y las interacciones sociales, en otras palabras “[l]o que la justificación meramente instrumental niega es, precisamente, el punto defendido por Honneth y MacIntyre, esto es, que la posibilidad de desarrollarnos completamente como individuos es una empresa colectiva. De esta manera, la justificación meramente instrumental de la tributación niega la idea misma de dependencia recíproca”<sup>91</sup>. Establecidos los tres puntos anteriores, es necesario analizar ahora la relación de los impuestos y el reconocimiento recíproco o solidaridad. En estos términos, los impuestos se entienden como una forma en que se distribuyen los bienes en una comunidad política, asegurando las condiciones materiales para su existencia, de manera que “los impuestos no pueden sino ser entendidos como parte de una evolución histórica, dentro de la cual el reconocimiento por el derecho y por el Estado ha hecho posible el completo desarrollo de la auto-realización. Los impuestos forman así parte de una vida ética y es una práctica esencial para la solidaridad”<sup>92</sup>.

A partir de estas ideas es posible reconfigurar el elemento del paradigma clásico según el cual se entiende a la propiedad privada como un derecho natural que puede ser limitado únicamente a través de la voluntad del propietario. Puede cuestionarse desde el siguiente argumento: si se acepta una justificación de la propiedad privada como la anterior, igualmente es necesaria una decisión previa de la comunidad política acerca de un sistema de asignación<sup>93</sup>; si se agrega que el desarrollo intersubjetivo de los sujetos requiere el reconocimiento de ciertos derechos para mantener el respeto entre los ciudadanos, entonces el derecho de propiedad privada tiene un límite intrínseco, a saber, el reconocimiento de la propiedad privada de otros. La consecuencia radical de ambas ideas es la siguiente: “los impuestos son constitutivos de la propiedad privada (...) Propiedad

---

<sup>90</sup> Saffie (2013) p.214.

<sup>91</sup> Saffie (2013) p.215.

<sup>92</sup> Saffie(2013) p.216.

<sup>93</sup> Saffie (2013) pp.219-220.

privada e impuestos son dos caras de una misma moneda”<sup>94</sup>. El argumento anterior tiene, a su vez, dos consecuencias lógicas: en primer lugar, la redistribución sería una consecuencia necesaria del reconocimiento del derecho convencional a la propiedad privada, de manera que existiría una asignación constante de bienes desde una idea común de la vida ética; en segundo lugar, quiere decir que la obligación de pagar impuestos puede explicarse sobre una nueva justificación, porque no dependerá de la voluntad de los individuos, sino del derecho a la propiedad privada como existencia objetiva: “[t]odo individuo al que se le reconozca un derecho de propiedad privada, tendrá el deber de pagar impuestos [...] [que] no puede justificarse en términos meramente instrumentales; sino que formará parte de la propiedad privada”<sup>95</sup>. En este sentido, la propiedad se comprende como una institución jurídica que encuentra su fundamento en el interés general, ya sea de forma mediata en el caso de la propiedad privada (protege el espacio de autonomía de los individuos, de manera que el interés general está mediado por el interés particular) o de forma inmediata en el caso de la propiedad pública (a través de la disposición directa de los bienes para la satisfacción de alguna necesidad general), porque antes que un derecho subjetivo, la propiedad es una institución que se fundamenta en el interés general<sup>96</sup>.

Se sostendrá que una interpretación como la anterior permite dar cuenta de aspectos problemáticos como la elusión y los delitos tributarios, a diferencia de lo que ocurre con una comprensión instrumental de los impuestos, entregando una serie de herramientas teóricas al momento de discutir sobre la justificación e interpretación de los delitos tributarios y de dotar de contenido sustantivo los conceptos propios del derecho tributario.

### 2.3 Derecho penal y derecho tributario: tesis de la independencia en la justificación

Desde una interpretación que otorgue sentido al derecho tributario como práctica con un bien interno de reconocimiento recíproco y que comprenda el deber de pagar impuestos justificado en una determinada comprensión de la propiedad privada, la pregunta que surge es la siguiente: ¿puede el derecho penal punir la afectación del bien interno “reconocimiento”? Si la respuesta es afirmativa, ¿de qué forma lo hace? Avocarse a responder estas preguntas supone analizar la relación que existe entre el derecho penal y el derecho tributario, es decir, establecer de qué manera el derecho penal da cuenta de las categorías del derecho tributario, para establecer (i) la

---

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Atria y Salgado (2015) p.9-10.

justificación sustantiva de la categoría delitos tributarios; y (ii) construir un criterio central de interpretación y sistematización de los tipos individuales que componen la categoría en cuestión desde la identificación del objeto de protección o “lo protegido”.

El concepto de accesoriedad ha sido utilizado por parte de la doctrina para describir la relación entre el derecho penal y otras áreas del derecho, como es el caso por ejemplo del derecho penal ambiental<sup>97</sup>. En sede penal tributaria es posible hablar de una “accesoriedad normativa-conceptual”<sup>98</sup>, entendida como la incorporación de conceptos tributarios en los tipos penales, los cuales no necesariamente deben tener un contenido idéntico, determinando previamente su carácter normativo o descriptivo<sup>99</sup>. En este sentido, afirma Kuhlen que el delito de fraude fiscal es “accesorio respecto del Derecho tributario, en la medida en que su ámbito de aplicación depende de la configuración del Derecho tributario”<sup>100</sup>. En el mismo sentido, el profesor Van Weezel establece que “[l]as normas penales tributarias, y en particular los tipos penales contenidos en el Código Tributario, describen infracciones de deberes cuyo contenido y alcance precisos emanan de la legislación tributaria sustantiva y procesal”<sup>101</sup>, agregando que “no es tarea de la Justicia Penal definir la existencia y alcance de las obligaciones tributarias en juego, sino constatar tal existencia y alcance, y resolver las cuestiones estrictamente penales en el caso concreto (dolo, culpabilidad, error, etc)”<sup>102</sup>. Mayoritariamente, hay también quienes<sup>103</sup> defienden una “accesoriedad de derecho”<sup>104</sup>, entendiendo los delitos tributarios como leyes penales en blanco, estableciendo que se trata de “un delito en esencia abierto, ya que sólo se completa cuando se lee conjuntamente con las leyes fiscales que llenan su contenido”<sup>105</sup>.

La idea de accesoriedad descrita es problemática si no se distingue en sede de justificación pues se confunden las justificaciones de la obligación tributaria y del delito tributario, es decir, se asume que la razón por la cual se pagan impuestos es la misma por la cual se impone una pena en materia penal tributaria. Los párrafos que siguen tienen por objeto mostrar por qué es problemático que ambas justificaciones se consideren como iguales, de manera que se pondrá en

---

<sup>97</sup> En este sentido por ejemplo, De la Mata Barranco (1996).

<sup>98</sup> De la Mata Barranco (1996) p.78.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Kuhlen (2015) p.29.

<sup>101</sup> Van Weezel (2007) p.19.

<sup>102</sup> Van Weezel (2007) p.20.

<sup>103</sup> Bacigalupo, E. (2000) p.303; Bajo y Bacigalupo, S (2010) p.276; García Caveró (2007) p.623.

<sup>104</sup> De la Mata Barranco (1996) p.78.

<sup>105</sup> Kuhlen (2015) p.69.

duda la posición doctrinaria que asume que existe una identidad entre el bien jurídico protegido por el derecho penal tributario y la justificación de la obligación de contribuir (en adelante, “tesis de la dependencia”). Para ilustrarlo con un ejemplo, si el contribuyente “A” deja de pagar un impuesto “x” por realizar una declaración falsa, la justificación para que “A” pague efectivamente aquello que dejó de pagar (impuesto “X”) es la misma bajo la tesis de la dependencia, que la justificación para imponerle una pena a “A” en razón de haber incurrido en un delito tributario a causa de la misma conducta. En contrario, se sostendrá que no existe identidad entre la justificación en que se funda la obligación tributaria, la configuración del hecho imponible, y el derecho penal tributario. Esta posición (en adelante, “tesis de la independencia”) permite por una parte, construir la obligación tributaria que tiene su fuente en la ley y en la teoría del hecho imponible y, por otra, dejar espacio para una justificación de la necesidad y el merecimiento de pena respecto del incumplimiento del deber tributario que opere con criterios propios del derecho penal. En el mismo ejemplo anterior, la Administración tiene facultades para hacer que “A” pague aquello que le corresponde en razón de haber incurrido en el hecho gravado que genera la obligación de pagar el impuesto “x”, cuestión diferente de la justificación necesaria para imponer una pena privativa de libertad a “A” en razón de un delito tributario en sede penal.

La identidad o dependencia mencionada es problemática porque condiciona la interpretación de los elementos normativos de los tipos penales tributarios, por ejemplo, podrían extenderse irracionalmente las sanciones penales en consideración a razones substantivas que justifican la obligación de contribuir, o bien podría limitarse la aplicación de las sanciones considerando una justificación del derecho tributario que permite la elusión. En estos términos, varios de los problemas que la doctrina identifica respecto de la configuración de los delitos tributarios contenidos en el Código Tributario, derivan del intento de subsumir esos delitos en alguno de los modelos que la doctrina propone como justificación del deber de pagar impuestos. Así, bajo esta lógica se concluye que el merecimiento y la necesidad de pena vinculada a la infracción de los deberes tributarios, son dependientes de la justificación de la obligación de contribuir, de manera que la aplicación del derecho penal estaría condicionada substantivamente a la justificación del derecho tributario. Para cuestionar la referida tesis de la dependencia, hay que mostrar que el derecho tributario no busca sancionar ninguna conducta, de manera que no responde a la misma lógica del derecho penal, sino que es la expresión de deberes fundados en alguna concepción de la justicia distributiva y por tanto la justificación de ambas no puede ser idéntica. En este sentido, se

diferencia por ejemplo la aplicación del principio de legalidad en materia tributaria y penal, así como es admisible en el derecho tributario incorporar criterios substantivos de aplicación de las normas vigentes (como es el caso de la cláusula general antielusión). La tesis de la independencia supone una relación entre el derecho penal y el derecho tributario que resguarde aquellas cuestiones valiosas que están contenidas en la configuración legal de cada una de estas áreas del ordenamiento jurídico. El derecho penal tributario no depende de la justificación del derecho tributario, sino de que éste sea capaz de proveer las categorías legales que expliquen adecuadamente los casos que supondrían un incumplimiento del deber tributario y así definan el momento en que el derecho penal se vuelve relevante. Lo anterior se aviene con una comprensión del derecho penal que “protege bienes jurídicos al reforzar punitivamente, esto es, a través de normas de sanción, determinadas normas de comportamiento que pretenden motivar a sus destinatarios a evitar la realización de comportamientos lesivos para uno o más bienes jurídicos, normas cuyo quebrantamiento es objeto de reproche a través de la imposición de una pena”<sup>106</sup>.

Una comprensión como la anterior explicita la importancia de la teoría del hecho imponible como elemento central de la relación jurídica tributaria, en tanto justifica por una parte la autonomía estructural y dogmática del derecho tributario<sup>107</sup> desde el punto de vista de la fuente de la relación tributaria: la determinación del valor del presupuesto de hecho para el nacimiento de la obligación tributaria; y desde el punto de vista causal: la naturaleza substancial del presupuesto de hecho; por otra parte, una adecuada teoría del hecho imponible debería ser capaz de dar forma jurídica a una obligación abstracta de contribuir correlativa al reconocimiento de la propiedad privada<sup>108</sup>. La justificación sustantiva del derecho tributario configura las obligaciones expresándolas a través de instrumentos formales que el derecho penal recoge, de manera que no hay solo una remisión o accesoriedad sustantiva, sino también formalizada. En otras palabras, lo que hace el derecho penal no es agregar nuevas categorías, sino cristalizar o afirmar la importancia valorativa que tienen otras áreas del derecho, justificar una sanción tributaria a través de la protección de un bien jurídico particular. Así, establecida la diferencia conceptual entre las justificaciones de pagar un

---

<sup>106</sup> Mañalich (2006) p.506.

<sup>107</sup> Jarach (1982) pp.20-21. “Se entiende por autonomía jurídica tanto la autonomía estructural, como la autonomía dogmática; la primera consiste en la configuración formal de los institutos de naturaleza tal que aparezca una uniformidad o una unidad de estructura de los institutos de una determinada rama del derecho, diferente de la estructura de los institutos de otras ramas del derecho (...) Si, además, esta rama del derecho elabora conceptos propios, que sirven solamente a ella, posee también una autonomía dogmática”.

<sup>108</sup> Jarach (1982) pp.73-165.



impuesto e imponer una sanción, es posible volver a sostener el concepto presentado como accesoria normativa-conceptual, descrita anteriormente

Desde una comprensión como la descrita, la labor de reconstrucción del bien jurídico protegido en los delitos tributarios importa, por una parte, responder a la pregunta por la justificación de la protección penal; y por otra, identificar el objeto de protección como “lo protegido”. Luego, la tesis de la independencia se pondrá a prueba analizando la diferencia entre los delitos tributarios y la aplicación de la nueva cláusula general antielusión, esto quiere decir que si la tesis propuesta es correcta, no se presentarán problemas al definir los ámbitos de aplicación y posibilidad de concurrencia de una y otra figura atendiendo a su justificación y estructura.

### 2.3.1 Los delitos tributarios como forma de hacer trampa (*cheating*)

El profesor Stuart P. Green, en su artículo “*What is wrong with tax-evasion*” analiza la ilicitud moral en la evasión de impuestos<sup>109</sup>. Si bien sostiene que tradicionalmente la evasión se ha considerado como una forma de hurto o como infracción de la obligación moral de obedecer la ley, descarta estas hipótesis para proponer una comprensión de tales actos desde el concepto de “hacer trampa” o “*cheating*”. Green desarrolla este concepto como una forma de justificación de la ilicitud moral en la evasión tributaria, dentro de la búsqueda de una teoría moral de los delitos económicos. Así, pretende realizar una reconstrucción normativa del concepto “hacer trampa”, demostrando que éste se encuentra reconocido y que es distinguible de otras formas de ilicitud moral.

Según el autor “para que podamos decir que X ha hecho trampa, este debe 1) haber infringido una regla justa y claramente impuesta, aparentando, por el contrario, haberla cumplido, y 2) con la intención de obtener una ventaja sobre la parte con la que interactúa en una relación sometida a reglas”<sup>110</sup>. De lo anterior se desprende que la regla incumplida debe ser en primer lugar, justa, aplicada de manera imparcial y no estar sujeta a excepciones justificadas; en segundo lugar, el incumplimiento debe ser intencional; en tercer lugar, debe realizarse en el marco de una actividad

---

<sup>109</sup> Green (2009) p.230.

<sup>110</sup> Green (2013) p.93.

cooperativa que está regida por reglas en que participa otra u otras partes; y en cuarto lugar, quien incumple debe hacerlo porque pretende adquirir una ventaja<sup>111</sup>.

Este concepto puede aplicarse ahora al ámbito de los delitos fiscales, que se distinguen según Green, de la mayoría de los delitos de cuello blanco por “el nivel de *mens rea* requerido y por la posibilidad de alegar como eximente el error a la ignorancia del Derecho”<sup>112</sup>. En este sentido, reconoce el autor que si bien el daño más evidente causado por la evasión impositiva es la pérdida de ingresos fiscales y el desplazamiento de la carga tributaria a aquellos que pagan sus impuestos<sup>113</sup>, también hay otros fenómenos que tienen la misma consecuencia por lo que el delito requiere algo más, exige que se oculte o engañe a las autoridades, lo que demuestra que se protege algo más que el patrimonio: la confianza en la autoridad tributaria y en los conciudadanos<sup>114</sup>. En este sentido, Green entiende que la justificación más adecuada de la ilicitud moral de la evasión impositiva es la perspectiva del hacer trampas, entendido como “incumplir una regla equitativa que se aplica con justicia, con la intención de obtener una ventaja sobre alguna parte con quien el sujeto activo se encuentra en una relación cooperativa sometida a reglas”<sup>115</sup>, ya que la evasión impositiva implica en primer lugar la violación de las reglas tributarias. En segundo lugar, respecto del requisito que el sujeto se encuentre en una relación cooperativa sometida a reglas, es razonable asumir que quien posee bienes u obtiene ingresos se encuentra en una relación cooperativa gobernada por reglas con sus conciudadanos; en tercer lugar, sostiene el autor que aun cuando el sujeto activo reciba pocos beneficios gubernamentales directos, igualmente se configura un beneficio por el hecho de no haber pagado sus impuestos, ya que conserva su dinero y obtiene una ventaja competitiva respecto de los demás ciudadanos<sup>116</sup>. El problema desde el punto de vista del contribuyente puede expresarse de la siguiente manera: “mientras yo estoy pagando mi parte, otro (el sujeto evasor) no lo está haciendo y eso es injusto, pues está haciendo trampa”<sup>117</sup>. En el mismo sentido, Kuhlen establece que la especial propensión al daño del bien jurídico en los delitos tributarios se debe a que quien no paga los impuestos “no sólo le niega al Estado lo que a

---

<sup>111</sup> Green (2013) p.101.

<sup>112</sup> Green (2013) p.319.

<sup>113</sup> Green (2013) pp.319-320.

<sup>114</sup> Green (2013) p.320.

<sup>115</sup> Green (2013) p.322.

<sup>116</sup> Green (2013) p.323.

<sup>117</sup> Plantea Green el problema de la justicia de las reglas, de manera que si estas se consideran injustas entonces su evasión no puede ser considerada como tramposa. Es válido el problema pero se remite a otra cuestión, a saber, que el quebrantamiento de la ley siempre puede ser desobediencia civil desde una justificación política. Green (2013) pp.322-323.

este le corresponde. Además, de forma contraria al principio de igualdad se atribuye una posición especial en relación con quienes cumplen con su obligación tributaria, es decir, con los ciudadanos fieles a la norma<sup>118</sup>.

El concepto de “hacer trampa” propuesto principalmente por Green entrega una idea en el sentido correcto de la reconstrucción del bien jurídico aquí propuesto, sin embargo, lo hace también desde una comprensión instrumental y económica de los impuestos, que se condice con el paradigma clásico del derecho tributario, pues exige que el sujeto obtenga un beneficio que se traduzca en estar en una posición de ventaja frente al resto que es evaluada económicamente, es decir, una ventaja competitiva<sup>119</sup>. Además, tampoco entrega una justificación a la protección de estos delitos, de manera que el concepto de “hacer trampa” se convierte en una infracción formal de la ley.

### 2.3.2 Los fraudes tributarios como delitos reificantes: justificación de la protección penal

Comprender que los delitos importan un mal compartido<sup>120</sup> supone que existen ciertas conductas que se constituyen como portadoras de un mal público, de manera que los ciudadanos consideran necesaria una acción de la sociedad que etiquete al delito como un mal<sup>121</sup>, en el cual los mismos se encuentran implicados por definición, separándose de la comprensión del delito como un conflicto que pertenece única y exclusivamente a quienes participan directamente de él<sup>122</sup>. En este sentido, considerar que el mal del delito es un mal compartido supone que el estatuto de víctima es solo contingente, de manera que los ciudadanos entienden que ellos también podrían haber sido víctimas del delito y que, por tanto, el mal se constituye como “nuestro mal”<sup>123</sup>. En la concepción descrita, los delitos tributarios pueden ser fácilmente comprendidos bajo el prisma del mal compartido, ya que de hecho “aparecería como un ejemplo bastante obvio, debido a que el incumplimiento de las obligaciones tributarias de parte de un ciudadano es visto, evidentemente, como un asunto que nos compete a los demás ciudadanos”<sup>124</sup>. Desde esta comprensión, se sostendrá que la reificación, entendida como expresión negativa del bien interno del derecho

---

<sup>118</sup> Kuhlen (2015) pp.136-137.

<sup>119</sup> Esto puede relacionarse con el concepto de competencia desleal.

<sup>120</sup> Marshall y Duff (1998) pp.7-22.

<sup>121</sup> Valenzuela (2011) p.216.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Valenzuela (2011) p.217.

<sup>124</sup> Valenzuela (2011) p.221.

tributario, es el mal compartido en los delitos tributarios y por tanto, la justificación de su protección penal, desde la siguiente idea: “la tributación es un tipo de práctica que nos recuerda constantemente nuestra dependencia recíproca. En este sentido es una práctica con un bien interno, que nos acerca a las virtudes de reconocimiento propias de la dependencia recíproca. La elusión tributaria importa una falta de consideración por los otros, con quienes compartimos nuestra dependencia y cargamos con el riesgo de la reificación”<sup>125</sup>.

El concepto de reificación tiene su origen en los escritos del filósofo y sociólogo húngaro Georg Lukács “Historia y conciencia de clase” publicado a principios del siglo XX, para luego ser reconstruido por el filósofo y sociólogo alemán Axel Honneth a principios del siglo XXI desde su teoría del reconocimiento, quien entiende que la reificación no es sino el “olvido del reconocimiento”<sup>126</sup>, así “en la medida en que en nuestra ejecución del conocimiento perdamos la capacidad de sentir que éste se debe a la adopción de una postura de reconocimiento, desarrollaremos la tendencia a percibir a los demás hombres simplemente como objetos insensibles”<sup>127</sup>. Honneth propone dos modelos a través de los cuales puede explicarse el proceso de la reificación: en primer lugar, mediante “un endurecimiento de la postura de conocimiento ocurrida por la desvinculación de su propósito”<sup>128</sup>; y en segundo lugar, mediante una “negación del reconocimiento a posteriori por un prejuicio o estereotipo”<sup>129</sup>. Al aplicar estos modelos a la realidad social actual, Honneth sostiene que se trata de “prácticas institucionalizadas que lleven a una desvinculación de propósito de la observación, o de esquemas de pensamiento socialmente efectivos, que imponen una negación del reconocimiento previo”<sup>130</sup>, lo que quiere decir que si la reificación es el olvido del reconocimiento, es necesario buscar las causas sociales en prácticas que posibiliten y perpetúen sistemáticamente tal olvido<sup>131</sup>, donde aparece el pago de impuestos como práctica institucionalizada. En estos términos, las dos causas por las que los sujetos pueden tener una actitud reificante frente a otros son las siguientes: en primer lugar, participar de una práctica social en que la mera observación del otro se convierte en un fin en sí mismo, de manera que la conciencia de una relación social previa desaparece; y en segundo lugar porque sus actos sean

---

<sup>125</sup> Saffie (2013) p.219.

<sup>126</sup> Honneth (2007) p.91.

<sup>127</sup> Honneth (2007) p.93.

<sup>128</sup> Honneth (2007) p.97.

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Honneth (2007) p.98.

<sup>131</sup> Honneth (2007) p.136. Aquí se plantea por Honneth la idea de una “etiología social de la reificación”.

gobernados por un sistema de convicciones que impone una negación posterior de este reconocimiento previo. En ambos casos se pierde algo que intuitivamente se poseía, el reconocimiento, pero en el primer caso ello es provocado por una práctica social y en el segundo, por la adopción de una perspectiva del mundo o ideología específica<sup>132</sup>.

Se afirmará que la tributación es una práctica enmarcada dentro del primer grupo de causas<sup>133</sup> como una “praxis puramente observadora que no esté ya ligada con las garantías de reconocimiento mínimas que provee el derecho”<sup>134</sup>, lo que supone que el derecho tributario y con ello la obligación de pagar impuestos ha devenido en un cálculo autónomo de cada persona desmarcado de relaciones jurídicas claras que hagan posible el reconocimiento intersubjetivo de los demás. Esta idea encuentra su fundamento en el paradigma clásico del derecho tributario del que es reflejo nuestro sistema de tributación, como ya se explicó, principalmente en torno al concepto de la propiedad privada y a la asimilación de la estructura de la obligación tributaria a aquellas de derecho privado. En estos términos, el peligro o “mal” reificación entendido como olvido de reconocimiento, se constituye como fundamento de la protección penal: sancionamos a través del derecho penal las conductas que importan una evasión respecto de la obligación de pagar impuestos porque no queremos que las relaciones intersubjetivas dentro de una comunidad política sean meramente instrumentales e individuales, porque el bien interno del derecho tributario implica reconocer al otro como igual y no como un medio dentro del cálculo automático sobre mi capital, sino al contrario, como parte de la decisión colectiva sobre los fines del gasto público.

### 2.3.3 El patrimonio público como objeto de protección: condición de posibilidad de decisión sobre el gasto público

La identificación y especificación del objeto de protección como herramienta de reconstrucción racional de la regulación supone, una vez definidos los fundamentos de la protección penal, determinar la propiedad susceptible de ser exhibida por una institución, en este caso, en cuya conservación se sustenta una valoración positiva o favorable de la institución en tanto

---

<sup>132</sup> Honneth (2007) p.137.

<sup>133</sup> Otra opción sería considerar como lo hace Lukács, quien sostiene que la tributación se enmarca en un sistema de convicciones o ideología reificante que en este caso se condice con el neoliberalismo de manera que se cosifica a las personas según los intercambios del mercado. Honneth (2007) pp.140-141.

<sup>134</sup> Honneth (2007) p.139.

ejemplifique esa misma propiedad<sup>135</sup>. Si bien a veces se sostiene que por bien jurídico habría que entender algo así como un objeto ideal encarnado en un objeto concreto que de hecho se afecta empíricamente por el comportamiento delictivo, esta concepción es “filosóficamente inepta y pragmáticamente inadecuada”<sup>136</sup> ya que, según lo dicho recientemente, por bien jurídico debe entenderse una propiedad determinada de un objeto que le otorga el carácter de valioso. Así, por ejemplo, “[h]ablar del medio ambiente como bien jurídico protegido no es más que hablar de ciertas propiedades o relaciones que se dan entre los objetos que lo constituyen (por ejemplo, una relación de equilibrio ecológico), cuya conservación es valorada como buena”<sup>137</sup>.

En esta tesis se identificará el objeto de protección de los delitos tributarios como la decisión democrática sobre el gasto público en la formación del patrimonio público, lo cual implica redefinir el concepto tradicional Hacienda Pública y apropiarse de esta categoría. Así, la institución de los impuestos se considera valiosa por ser condición de posibilidad de decisión sobre el gasto público en la formación del patrimonio público, es decir, reconocer que la formación de éste tiene también una dimensión política, y no sólo económica, que comprende la posibilidad de decidir sobre el patrimonio a través de la representación del parlamento en la definición del gasto público en la Ley de presupuesto<sup>138</sup>.

Ilustrado en un ejemplo, si “A” y “B” son contribuyentes, sus impuestos pasan a formar parte del patrimonio público en dos aspectos diferentes: en primer lugar contribuyen a la formación del ingreso público, lo que puede definirse como un ámbito económico del patrimonio público, pero en segundo lugar participan de la decisión sobre el gasto público, específicamente a través de la Ley de presupuesto, ámbito político del patrimonio público. Ahora bien, si “A” paga su impuesto “x” y “B” no paga su impuesto “y”, la consecuencia lógica e inmediata es que disminuye el ingreso público, lo que llevaría a concluir que el objeto de protección es la Hacienda Pública (o el ámbito económico del patrimonio público) coincidentemente con su concepción tradicional, pero es también consecuencia de lo anterior que aquello afectado sea la capacidad de “A” de decidir colectivamente sobre el gasto público, pues hay una parte que no estará disponible (la que

---

<sup>135</sup> Mañalich (2014) p.43.

<sup>136</sup> Mañalich (2006) p.506.

<sup>137</sup> Mañalich (2006) p.507.

<sup>138</sup> Esta comprensión es congruente con el concepto de bien jurídico macrosocial propuesto por Horvitz (1989), entendiendo que la actividad financiera genérica del Estado incluye más que aspectos puramente patrimoniales. Véase supra pp.19-20.

corresponde a lo no pagado por B) para decidir democráticamente sobre ella a través del presupuesto. En otras palabras, lo relevante no es solo que falte “y”, sino cómo falta “y”, pues esto implica hacerse cargo de la dimensión política del patrimonio público, ya que en caso contrario, es decir, que lo protegido solo sea el aspecto económico de éste, entonces sería suficiente para protegerlo que la Administración utilizara los mecanismos coercitivos de los que dispone para obtener el pago del impuesto “y” que dejó de pagarse. En los párrafos que siguen se realizará una reconstrucción de lo anterior desde las concepciones de patrimonio individual, la caracterización del patrimonio estatal, la identificación de la dimensión política del mismo y la definición estructural del bien jurídico propuesto como colectivo, institucional y sus consecuentes modos de afectación.

Es posible advertir que en una comprensión como la descrita, la categoría patrimonio público como objeto de protección puede constituirse como una categoría más amplia que incluya a otros delitos diferentes a los tributarios, como el fraude de subvenciones o los delitos aduaneros<sup>139</sup> y entonces dentro de esta categoría más amplia de delitos, serán tributarios aquellos cometidos por contribuyentes que afecten el patrimonio público en razón de la evasión o reducción de la cantidad a pagar establecida por una obligación tributaria (es decir, por la realización del hecho gravado) o bien; en razón de la obtención de una devolución indebida o del aumento de su monto, siendo que en ambos casos la devolución encuentra su justificación en la existencia de una obligación tributaria, sea esta real o simulada.

Es posible distinguir, en primer lugar, diferentes concepciones de patrimonio desarrolladas a partir de los problemas del patrimonio individual. Una comprensión jurídica de patrimonio supone que a éste pertenecen “positivamente, todas las obligaciones de carácter jurídico patrimonial de otra persona”<sup>140</sup>, es decir, el patrimonio se constituye como “conjunto de los derechos subjetivos patrimoniales de que es titular una persona”<sup>141</sup>, reconociendo como tales derechos a todos aquellos que tienen por objeto bienes transferibles<sup>142</sup>. Esta concepción ha sido criticada doblemente por su estrechez y amplitud, ya que por una parte “exige que el interés de

---

<sup>139</sup> En este sentido Mayer (2007) agrupa los delitos tributarios, el fraude de subvenciones, los delitos aduaneros y algunos delitos ligados al correcto desempeño de la función pública como protección del patrimonio público.

<sup>140</sup> Kindhäuser (2011) p.53.

<sup>141</sup> Bascuñan (2004) p.6.

<sup>142</sup> Kindhäuser (2011) p.53.

una persona sobre una cosa o prestación revista el carácter de un derecho subjetivo para que sea objeto merecedor de protección penal frente a los ataques constitutivos de delitos patrimoniales<sup>143</sup>, y por otra es demasiado amplio “en la medida en que admite como objeto de ataque cualquier cosa o prestación sobre la que pueda tenerse un derecho subjetivo”<sup>144</sup>. Agrega a las críticas anteriores el profesor Kindhäuser que, “es sorprendente que el concepto jurídico de patrimonio no vea el objeto de un derecho o una obligación, sino el derecho o la obligación misma como componente patrimonial”<sup>145</sup>. Un concepto económico de patrimonio, en cambio, se define como “el conjunto de los valores económicos sobre los que se ejerce un poder fáctico de aprovechamiento (uso o disposición)”<sup>146</sup> o, en otras palabras, un conjunto formado por “los objetos que le corresponden [a una persona] en virtud de sus derechos transferibles”<sup>147</sup>. Esta comprensión ha sido criticada por la prescindencia de un punto de vista normativo, entendiendo que resulta evidente la necesidad de un juicio de adscripción o adjudicación del conjunto de bienes a alguien: un titular<sup>148</sup>. Esta crítica ha motivado una concepción jurídico-económica del patrimonio, precisamente como corrección del carácter puramente descriptivo de la concepción económica del mismo<sup>149</sup>, así como una concepción personal del patrimonio desde la teoría liberal del derecho penal<sup>150</sup>. Frente a una comprensión económica, se plantea además, la pregunta de por qué el valor pecuniario de las prestaciones debe servir como estándar de comparación, concluyendo que éste se presenta como objetivo, pero no constituye una propiedad o característica constante de una cosa, así como tampoco muestra el sentido y fin de los negocios<sup>151</sup>. El profesor Kindhäuser afirma que la comprensión de patrimonio como el valor global de la suma de los objetos patrimoniales de una persona “no sólo es superfluo, sino ya dogmáticamente desafortunado”<sup>152</sup>, cuestión que se verá reflejada en la discusión referida a la determinación de perjuicio patrimonial en la interpretación de los delitos tributarios desde la doctrina de la

---

<sup>143</sup> Bascuñan (2004) p.6.

<sup>144</sup> Bascuñan (2004) p.7.

<sup>145</sup> Kindhäuser (2011) p.53.

<sup>146</sup> Bascuñan (2004) p.7.

<sup>147</sup> Kindhäuser (2011) p.54.

<sup>148</sup> Bascuñan (2004) p.8.

<sup>149</sup> En este sentido, Shlack (2008) p.286.

<sup>150</sup> En este sentido, Bascuñan (2004) p.10. “El patrimonio se constituye en las relaciones de dominación que el derecho reconoce a una persona sobre objetos que la sociedad jurídicamente organizada reconoce a su vez como objetos autónomos del tráfico económico. Esto significa que el patrimonio es la potencia económica de un sujeto de derecho”

<sup>151</sup> Kindhäuser (2011) pp.55-56.

<sup>152</sup> Kindhäuser (2011) p.54.



frustración del fin<sup>153</sup>, comprensión que es también económica pues “economizar quiere decir invertir en dirección a un fin”<sup>154</sup>, de manera que el patrimonio se constituye como expresión cosificada del desarrollo individual, es decir, perseguir fines en conformidad con los propios intereses<sup>155</sup>.

Aun desde la doctrina de la frustración del fin, es claro que lo protegido en los delitos tributarios excede el concepto de bien jurídico patrimonial individual de carácter disponible, y hace necesario caracterizar el concepto de “fin” propuesto por Kindhäuser como un fin público, de manera que lo protegido se aleja de lo individual y se acerca, en cambio, a “un interés colectivo de gran trascendencia: el patrimonio público y la actividad financiera estatal”<sup>156</sup>. El patrimonio público se diferencia del patrimonio individual en su aspecto subjetivo referido a la titularidad, pero también en el ámbito objetivo y funcional, en otras palabras: “decir que el objeto jurídico se identifica exclusivamente con un conjunto de bienes y derechos, sólo que de entidad pública, no parece justificar el castigo penal –y no meramente administrativo- de muchas de estas conductas, ni la creación de un nuevo sistema de tipos penales, diverso del que regula la estafa, la apropiación indebida o la defraudación a laguna Administración Pública. Mientras que sostener que el interés tutelado está constituido únicamente por una actividad administrativa tendiente a la obtención de ingresos públicos, vuelve a reconducirnos a la idea de que lo protegido es una función administrativa, cuya naturaleza no cede por tratarse de una función trascendente”<sup>157</sup>. Así, sugiere la autora Laura Mayer que el bien jurídico protegido en un grupo de figuras que incluyen los delitos aduaneros, tributarios y aquellos contra la seguridad social, es tanto el patrimonio estatal como la actividad pública destinada a la obtención de ingresos y la realización de actos conducentes a la satisfacción de necesidades colectivas<sup>158</sup>. A partir de esta idea, se sostendrá que el concepto de patrimonio público no está completo si no se considera su dimensión política, la cual constituye el objeto de protección en los delitos tributarios, pues no solo se protege el patrimonio público en tanto conjunto de bienes y derechos, ni en tanto garante de la función pública, sino también como condición de posibilidad de la decisión colectiva sobre el gasto público a través de la definición democrática del presupuesto.

---

<sup>153</sup> Véase *infra* pp.62-67.

<sup>154</sup> Kindhäuser (2011) p.58.

<sup>155</sup> Kindhäuser (2011) p.58.

<sup>156</sup> Mayer (2007) p.219.

<sup>157</sup> Mayer (2007) p.231.

<sup>158</sup> *Ibid.*

La dimensión política del patrimonio o hacienda pública no es una idea novedosa, ya que sus orígenes se remontan al derecho financiero de principios del siglo XX<sup>159</sup>, donde la noción de presupuesto era concebida ya como un concepto que comprendía un aspecto político relacionado directamente con la soberanía ejercida por el parlamento y un aspecto financiero vinculado a la ordenación del patrimonio. Luego, se consideró el aspecto propiamente jurídico del presupuesto y actualmente este se concibe como un instrumento de acción directa sobre la economía<sup>160</sup>. En el mismo sentido, si se revisan los principales conceptos del derecho financiero es posible identificar y reconocer un aspecto político del patrimonio público.

El gasto público, concebido como un concepto neutro en cuanto a sus fines en las finanzas clásicas, ha devenido en un concepto diferente en las finanzas modernas, orientado hacia fines políticos, sociales y económicos<sup>161</sup>, y definido como “toda erogación, generalmente en dinero, que incide sobre las finanzas del Estado y se destina al cumplimiento de fines administrativos o económico-sociales”<sup>162</sup>. Matus Benavente, por su parte, definía a mitad del siglo XX el derecho financiero como la “disciplina jurídica que estudia los principios y los preceptos legales que rigen la organización del Estado para la percepción, administración y empleo de los recursos públicos y las relaciones jurídicas a que los impuestos dan origen entre el Estado y los contribuyentes como las que se generan entre éstos como consecuencia de la imposición”<sup>163</sup>, así el derecho financiero, sostiene el mismo autor, deberá referirse siempre a los objetivos políticos para comprender una política fiscal<sup>164</sup>, de manera que el gasto público se define como el empleo definitivo que el Estado hace de las riquezas para satisfacer necesidades públicas<sup>165</sup> y el presupuesto como el documento legal que sistemática y anticipadamente calcula los ingresos y autoriza los gastos que se producirán en un cierto periodo de tiempo<sup>166</sup>. Así, desde los inicios del estudio de las finanzas y la Hacienda Pública, se identifica un aspecto político y colectivo del cual es necesario hacerse cargo al momento de identificar aquello que se busca proteger desde los delitos tributarios.

---

<sup>159</sup> Giuliani Fonrouge (1982) p.123.

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> Giuliani Fonrouge (1982) p.190.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Matus Benavente (1964) p.71.

<sup>164</sup> Matus Benavente (1964) p.16.

<sup>165</sup> Matus Benavente (1964) p.96. En el mismo sentido Araneda (1966) p.23.

<sup>166</sup> Matus Benavente (1964) p.220.

La identificación del objeto de protección propuesto es consecuencia de la justificación de la protección penal, es decir, la reificación como mal compartido. Se protege la dimensión política del patrimonio público porque no hacerlo implica dejar abierta la posibilidad de tratar a los demás sin reconocerlos, de forma instrumental o meramente económica. La reificación aparece como un peligro o mal compartido cuando el patrimonio no se identifica como público, sino que se asimila a una comprensión del patrimonio individual. Así, la posibilidad de decidir democráticamente sobre el gasto público y el presupuesto es expresión de la autonomía de una comunidad política. La idea que subyace es una comprensión del derecho tributario como expresión jurídica de la voluntad del pueblo, como parte de las decisiones que de manera autónoma debiese tomar la comunidad política, lo que supone que no haya espacio para el uso instrumental del derecho por los individuos o algún grupo político<sup>167</sup>. En estos términos, es necesario superar una comprensión funcionalista de las instituciones, ya que ésta las reduce a meros instrumentos, de modo que “es incapaz de explicar el complejo modo en que ellas tienen lugar en la historia los cambios políticos y sociales, así como también las ideas que dan forma a nuestro mundo social (...) Las características y la explicación de las instituciones dependen del lugar que ocupan en la organización económica general de la vida social (...) Esta racionalidad económico-funcional niega que las instituciones posean una importante dimensión simbólica”<sup>168</sup> y desde la funcionalidad las instituciones no son capaces de dar cuenta de ellas mismas apropiadamente, pues son reducidas a instrumentos.

Lo que se propone es la reconstrucción de un bien jurídico colectivo e institucional, cuestión que enfrenta una dificultad respecto de las estructuras de imputación del derecho penal basado en la libertad individual<sup>169</sup>. Que se trate de un bien colectivo significa que la característica valiosa atribuida al patrimonio público es de titularidad difusa, de modo que su valoración positiva se formula desde una perspectiva supra individual o colectiva<sup>170</sup>, que se trate de un bien institucional quiere decir que amenaza más que bienes personales, una institución colectiva y sistémica que es base del funcionamiento y estabilidad de una comunidad<sup>171</sup>, de manera que los bienes jurídicos institucionales “comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para

---

<sup>167</sup> Saffie (2013) p.277.

<sup>168</sup> Saffie (2013) p.253.

<sup>169</sup> En el mismo sentido respecto de la protección penal del Medio Ambiente. Alcácer (2002)

<sup>170</sup> Mañalich (2006) p.507.

<sup>171</sup> Alcácer (2002) p.10.

el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que, por ello, su lesión tiene un carácter autónomo, y no dependiente en cuanto estadio previo a la lesión de un bien jurídico individual<sup>172</sup>. La determinación del grado de afectación del bien jurídico a través de la realización del comportamiento prohibido supone otra dificultad, porque la clasificación entre lesión, peligro abstracto y peligro concreto está referida a la protección de bienes jurídicos individuales según esferas de libertad y, justamente la afectación de los bienes jurídicos institucionales no responden a esta lógica<sup>173</sup>, ya que una lesión al patrimonio público, aún en grandes cantidades, no es susceptible de lesionar causalmente la institución y, contrariamente la afectación se produce con la acumulación<sup>174</sup> de los actos defraudatorios<sup>175</sup>.

### 3. EL CASO DEL ARTÍCULO 97 N° 4 INCISO 3° DEL CÓDIGO TRIBUTARIO Y LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL ANTIELUSIÓN

#### 3.1 Sistematización de los delitos tributarios en el Código Tributario chileno

El artículo 97 del Código Tributario consagra las acciones y omisiones típicas que constituyen delito y las define en su encabezado como “infracciones a las disposiciones tributarias”. Es objeto de este capítulo poner a prueba el rendimiento descriptivo de la reconstrucción alternativa del bien jurídico propuesta, para lo cual se realizará un ejercicio analítico respecto del artículo 97 N°4 inciso tercero del Código Tributario como excepción sistemática dentro de los delitos tributarios, y su concurrencia con la nueva cláusula general anti elusión incluida con la Reforma Tributaria. El ejercicio propuesto es relevante porque el análisis del artículo antedicho supone hacerse cargo desde la reconstrucción del bien jurídico, de la interpretación de los conceptos de fraude y perjuicio en los delitos tributarios; a la vez que analizar la nueva cláusula general antielusión y la

---

<sup>172</sup> Alcácer (2002) pp.18-19.

<sup>173</sup> En este sentido afirma Rodríguez Collao respecto del bien jurídico institucional Administración de Justicia que “el acto aislado, salvo casos de extraordinaria gravedad, no tiene capacidad para conmovir de forma decisiva el funcionamiento prevalentemente correcto de la institución. Es la reiteración o la frecuencia de estos actos lo que conduce a una perversión importante de las funciones que la Administración debe cumplir. El deterioro institucional proviene de la suma de agresiones o vulneraciones; la necesidad de evitar la extensión de éstas puede requerir la incriminación penal de las conductas que no conllevan una intensa potencialidad lesiva considerada individualmente, pero que conforme a la experiencia se constata que su propagación conduce a una grave alteración de la institución que pretende proteger” RodríguezCollao (2005) p.333.

<sup>174</sup> En este sentido Alcácer desarrolla la idea de daño cumulativo que es inherente a los bienes jurídicos institucionales, según la cual lo relevante es la pérdida de confianza en la función social que ejercen las instituciones. Alcácer (2002) p.26.

<sup>175</sup>Alcácer (2002) p.20.

conurrencia de esta y el delito permite mostrar los límites y alcances de la categoría, así como la tesis de la independencia en la justificación de uno y otro.

### 3.1.1 Fraude fiscal

Se refiere a conductas evasivas o de reducción de impuestos como mecanismo antijurídico para evitar o reducir la contribución una vez que ya se ha generado la obligación tributaria o simulando una falsa. Constituyen delitos tributarios ya que se refieren a acciones u omisiones típicas antijurídicas y culpables que afectan el patrimonio público reduciendo la cantidad de ingresos públicos y que afectan por tanto, la posibilidad de decisión democrática sobre el gasto público.

Artículo	Descripción de la conducta	Norma de sanción
Artículo 97 n° 4 Código Tributario	Declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda.	Multa del 50% al 300% del valor del tributo eludido y presidio menor en sus grado medio a máximo.
	Omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas.	Multa del 50% al 300% del valor del tributo eludido y presidio menor en sus grado medio a máximo.
	La adulteración de balances o inventarios o presentación de éstos dolosamente falseados.	Multa del 50% al 300% del valor del tributo eludido y presidio menor en sus grado medio a máximo.
	Usar boletas, notas de débitos, notas de créditos o facturas ya utilizadas en operaciones	Multa del 50% al 300% del valor del tributo eludido y presidio menor en sus grado medio a máximo.

	anteriores.	
	Empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto.	Multa del 50% al 300% del valor del tributo eludido y presidio menor en sus grado medio a máximo.
	Realizar cualquier maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multas del 100% al 300% de lo defraudado.
	Simular una operación tributaria o realizar cualquier otra maniobra fraudulenta que obtenga devoluciones de impuesto que no le correspondan.	Pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y multa del 100% al 400% de lo defraudado.
	Confeccionar, vender o facilitar a cualquier título maliciosamente guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objteo de cometer o posibilitar la comisión de los delitos	Pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de hasta 40 UTA.

	descritos en éste número.	
Artículo 97 n° 5 Código Tributario	Omitir maliciosamente declaraciones exigidas por las leyes para la determinación o liquidación de un impuesto.	Multa del 50% al 300% del impuesto que se trata de eludir y presidio menor en sus grados medio a máximo.
Artículo 97 n° 10 Código Tributario: sólo en caso de reiteración (cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a tres años)	No otorgamiento de guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas en los casos y en la forma exigidos por las leyes.	Presidio o relegación menor en su grado máximo.
	Uso de boletas no autorizadas o de facturas, notas de débito, notas de crédito o guías de despacho sin el timbre correspondiente.	Presidio o relegación menor en su grado máximo.
	Fraccionamiento del monto de las ventas o el de otras operaciones para eludir el otorgamiento de boletas.	Presidio o relegación menor en su grado máximo.
Artículo 97 n° 22 Código Tributario	Utilizar maliciosamente los cuños verdaderos y otros medios tecnológicos de autorización del Servicio para defraudar al Fisco.	Presidio menor en su grado medio a máximo y multa de hasta 6 UTA.
Artículo 97 n° 23 Código Tributario	Proporcionar maliciosamente	Presidio menor en su grado máximo y multa de hasta 8

		datos o antecedentes falsos en la declaración inicial de actividades o en sus modificaciones o en las declaraciones exigidas con el objeto de obtener autorización de documentación tributaria.	UTA.
Artículo 100 Código Tributario		Contador incurre en falsedad o actos dolosos al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance o al actuar como encargado de la contabilidad de un contribuyente.	Multa de 1 a 10 UTA y presidio menor en sus grados medio a máximo.
Artículo 14 letra e) Ley de Impuesto a la Renta		Entregar maliciosamente información incompleta o falsa en las declaraciones que establece esta letra respecto de las inversiones en el extranjero, se sancionará en la forma prevista en el primer párrafo del número 4 del artículo 97 del Código Tributario. Las declaraciones se refieren a la obligación de informar al Servicio hasta el 30 de junio de cada año comercial, por parte de los contribuyentes acogidos a las disposiciones de las letras A) o	



	<p>B) del artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta que inviertan en el extranjero respectodel monto y tipo de inversión, del país territorio en que se encuentre, en el caso de tratarse de acciones o derechos, el porcentaje de participación en el capital que se preentan de la sociedad constituida en el extranjero, el destino de los fondos invertidos, así como cualquier otra información que requiera el Servicio respecto de tales inversiones. En el caso en que las inversiones se efectuen en países o territorios con un régmien fiscal preferencial, además de prestar una declaración, deberán informar anualmente el estado de dichas inversiones, con indicación de sus aumentos o disminuciones, el destino que las entidades receptoras han dado a los fondos respectivos, así como cualquier otra información que reuigera el Servicio.</p>	
--	--	--

### 3.1.2 Conductas relativas al comercio ilegal

Para considerar las conductas relativas al comercio ilegal como delitos tributarios habría que presentarlo de la siguiente forma: aquellos que las ejercen están generando renta que debería estar gravada y al no haber iniciado actividades, esto no ocurre, de manera que se afectaría el patrimonio público. Sin embargo, la conexión con una supuesta obligación tributaria parece demasiado indirecta, a la vez que no se observan en la descripción de estos tipos ninguna exigencia subjetiva.

<b>Artículo</b>	<b>Descripción de la conducta</b>	<b>Norma de sanción</b>
Artículo 97 n°8 Código Tributario	Comercio ejercido a sabiendas sobre mercaderías, valores o especies de cualquier naturaleza sin que hayan cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que gravan su producción o comercio.	Multa del 50% al 300% de los impuestos eludidos y presidio o relegación menores en su grado medio.
Artículo 97 n° 9 Código Tributario	Ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria.	Multa del 30% de 1UTA a 5UTA y presidio o relegación menores en su grado medio.
Artículo 97 n° 18 Código Tributario	Compra y venta de fajas de control de impuestos o entradas a espectáculos públicos en forma ilícita.	Multa de 1 a 10 UTA y presidio menor en su grado medio.
Artículo 97 n° 26 Código Tributario	Venta o abastecimiento clandestino de gas natural comprimido o gas licuado de petróleo para consumo vehicular.	Presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de hasta 40 UTA.

### 3.1.3 Infracción de medidas conservativas impuestas por el Servicio de Impuestos Internos

Estas conductas no se justifican como delitos tributarios, sino más bien como infracciones administrativas, pues no queda clara la afectación del patrimonio público ni la determinación de la obligación tributaria, así como tampoco la exigencia del tipo subjetivo. En este caso se trata de infracciones a sanciones administrativas impuestas por el Servicio o bien de medidas que se encuentran dentro de procesos de fiscalización del mismo.

<b>Artículo</b>	<b>Descripción de la conducta</b>	<b>Norma de sanción</b>
Artículo 97 n° 12 Código Tributario	Reapertura de un establecimiento comercial o industrial de la sección que corresponda con violación de una clausura impuesta por el Servicio.	Multa del 20% de 1 UTA a 2UTA y presidio o relegación menor en su grado medio.
Artículo 97 n° 13 Código Tributario	Destrucción o alteración de los sellos o cerraduras puestos por el Servicio o la realización de cualquiera otra operación destinada a desvirtuar la aposición de sello o cerradura.	Multa de media UTA a 4 UTA y presidio menor en su grado medio.
Artículo 97 n° 14 Código Tributario	Sustracción, ocultación o enajenación de especies que queden retenidas en poder del presunto infractor, en caso de que se hayan adoptado medidas conservativas	Multa de media UTA a 4UTA y presidio menor en su grado medio.

### 3.1.4 Conductas relativas al abuso de franquicias tributarias

Constituyen delitos tributarios toda vez que se abusa de un tratamiento más beneficioso del monto de una obligación tributaria, de manera que cualquier alteración supone evadir o reducir el impuesto a través de una acción típica antijurídica y culpable que afecta el patrimonio público.

<b>Artículo</b>	<b>Descripción de la conducta</b>	<b>Norma de sanción</b>
Artículo 97 n° 24 Código Tributario	Contribuyentes de los impuestos establecidos en la Ley sobre Impuesto a la Renta, que dolosamente reciban contraprestaciones de las instituciones a las cuales efectúen donaciones, sea en beneficio propio u otros o simulen una donación de aquellas que otorgan algún tipo de beneficio tributario que implique un menor pago de alguno de los impuestos referidos.	Presidio menor en sus grados mínimo a medio.
	Donatario que dolosamente destine o utilice donaciones de aquellas que las leyes permiten rebajar de la base imponible afecta a los impuestos de la Ley sobre Impuesto a la Renta o que otorgan crédito en contra de dichos impuestos, a fines distintos de los que corresponden a la entidad donataria de acuerdo a sus	Presidio menor en sus grados medio a máximo.

	estatutos.	
Artículo 97 n° 25 Código Tributario	Actuar como usuario de las Zonas Francas establecidas por ley, sin tener la habilitación correspondiente, o teniéndola, la haya utilizado con la finalidad de defraudar al Fisco.	Multa de hasta 8UTA y presidio menor en sus grados medio a máximo.

La categoría delitos tributarios, entonces, puede definirse como aquellas conductas (acciones y omisiones típicas antijurídicas y culpables) que afectan el patrimonio público mediante (i) la evasión o reducción del monto de un impuesto; o (ii) mediante la generación o aumento del monto de una devolución o beneficio indebido, en ambos casos en razón de una obligación tributaria real o simulada. Establecido lo anterior y pensando en una posible modificación legal<sup>176</sup>, se observa que la categoría delitos tributarios es hoy demasiado amplia e irracional. Es amplia, en primer lugar porque incluye conductas que solo indirectamente se conectan con la afectación del bien jurídico protegido (como el comercio ilegal); en segundo lugar porque incluye conductas que no satisfacen la necesidad del tipo subjetivo (como la infracción de medidas conservativas y de fiscalización del Servicio de Impuestos Internos), de manera que se constituyen más bien como infracciones administrativas; y en tercer lugar porque no clarifica la diferencia entre la evasión y elusión, ni la posibilidad de que ésta última se constituya como un medio comisivo de un delito. Es confusa o irracional, en primer lugar porque no clarifica la relación de las conductas y la correspondiente obligación tributaria (por ejemplo, no queda claro en el artículo 97 n°4 inciso 3 si se requiere la existencia de una obligación tributaria para configurar el delito); y en segundo lugar porque parece perseguir con mayor fuerza las conductas contrarias al pago del Impuesto al Valor Agregado (como los delitos referidos al comercio ilegal).

Así, de la definición propuesta para la categoría delitos tributarios, sería posible sistematizarlos de la siguiente manera, como se muestra también en el cuadro que sigue:

---

<sup>176</sup>El desarrollo exhaustivo de una propuesta de modificación legal de los delitos tributarios excede los límites e intenciones del presente trabajo, cual pretende ser una reconstrucción dogmática desde la cual sea posible plantear, por ejemplo, una modificación legal.

- a. Delitos tributarios en que existe una obligación tributaria real: realización de actos fraudulentos que tienen por objeto evadir o reducir el monto del impuesto generado por la obligación tributaria existente y que afectan por tanto el bien jurídico patrimonio público en un sentido negativo como aquello que se deja de pagar; o bien que tienen por objeto aumentar el monto de una devolución o crédito de impuestos, caso en que se afecta el patrimonio público en sentido positivo, entendido como aquello que se paga por sobre la devolución o crédito que corresponda. Aquí, creo que debiera separarse o al menos clarificarse la relación con la elusión. En este sentido, basta con afirmar que este tipo de delitos puede cometerse una vez formada la obligación tributaria, de manera que las conductas corresponden a la etapa de liquidación del impuesto y no, como ocurre actualmente, que se presenten casos en que las maniobras fraudulentas se realicen antes de configurarse la obligación tributaria, caso en que puede concurrir una conducta elusiva desfigurando ciertos elementos de la obligación tributaria como su monto, antes que esta se genere (por ejemplo el artículo 97 n°4 inciso 1 establece que se castigará el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las obligaciones realizadas, caso en que bien podría tratarse de una hipótesis de elusión).
- b. Delitos tributarios en que existe una obligación tributaria falsa simulada: defraudación que consiste en simular la existencia de una obligación tributaria para obtener beneficios o devoluciones indebidas y que afecten el patrimonio público en un sentido positivo, entendido como aquello que se paga indebidamente (por ejemplo el artículo 97 n°4 inciso 3).

En el cuadro que sigue, se muestra la sistematización propuesta:

<b>Existencia de una obligación tributaria</b>	<b>Momento en que opera</b>	<b>Medios comisivos</b>	<b>Afectación del patrimonio público</b>
Hay obligación tributaria real	Liquidación del impuesto	- Declaraciones maliciosamente falsas o incompletas - Omisiones maliciosas en los libros de	- Evade o reduce el monto de un impuesto - Se aumenta el monto de una devolución o crédito

		contabilidad - Adulteración o falsedad dolosa de balaces e inventarios - Uso de boletas o facturas ya utilizadas en períodos anteriores - Otros procedimientos dolosos - Maniobra maliciosa	- Se abusa de un beneficio tributario
Hay una obligación tributaria falsa (simulada)	En la devolución del impuesto o crédito	- Simular una operación tributaria y otra maniobra fraudulenta	- Se obtiene una devolución indebida

### 3.2 Los problemas dogmáticos tradicionales: conceptos de fraude y perjuicio

Las siguientes páginas pretenden describir dos lugares comunes que han sido identificados por la doctrina, como los problemas dogmáticos más relevantes en la discusión referida a delitos tributarios, a saber, los conceptos de fraude y perjuicio. Interesa aquí describir la discusión y sobre todo, su manifestación en la interpretación sistemática de los delitos descritos del Código Tributario chileno, para realizar luego una interpretación alternativa que difiere del desarrollo clásico de estos lugares comunes, pero que encuentra su origen en la búsqueda de justificación de una anomalía o excepción sistemática también reconocida por la dogmática tradicional: el artículo 97 n°4 inciso 3°.

En primer lugar, atendiendo a los elementos constitutivos de su estructura típica, se establece que los delitos tributarios del artículo 97 y 100 del Código Tributario chileno, son delitos de mera actividad, entendidos como “aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”<sup>177</sup>, se castiga una conducta

<sup>177</sup> Roxin (1997a) p.328.

con independencia de los resultados o consecuencias que ésta produzca<sup>178</sup>, de manera que no formarían parte de la descripción típica la producción de un resultado de perjuicio o detrimento del bien jurídico protegido<sup>179</sup>. Según el profesor Van Weezel, refuerzan esta idea al menos dos razones sistemáticas: en primer lugar, el hecho que la afectación del supuesto bien jurídico de protección no determina en ningún caso el injusto, sino que –en su máxima expresión- puede constituirse como una atenuante de responsabilidad<sup>180</sup> según el artículo 111 inciso primero CT cuando “el hecho punible no haya acarreado perjuicio al interés fiscal”; y en segundo lugar, el énfasis puesto en los elementos referidos al tipo subjetivo de los delitos<sup>181</sup>. En sentido contrario, podrá sostenerse que las conductas descritas se estructuran como delitos de resultado<sup>182</sup>, entendidos como “aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor”<sup>183</sup> en atención a la necesidad de producción de un perjuicio en el patrimonio estatal o Hacienda Pública. Sin compartir la categoría tradicional que distingue entre delitos de mera actividad y delitos de resultado como una distinción útil y exenta de problemas<sup>184</sup>, parece relevante que la discusión tradicional radica en la ubicación sistemática que se otorgue al concepto de perjuicio en la estructura del delito, evidenciándose dos posiciones.

Hay quienes sostienen que el perjuicio es un elemento del tipo penal, de manera que éste debe ser comprendido por el dolo del autor y, consecuentemente, el error invencible sobre el perjuicio o su cuantía excluirá el dolo del mismo. En segundo lugar, supone que el tipo exija un resultado, a

---

<sup>178</sup> Van Weezel (2007) p.46.

<sup>179</sup> Van Weezel (2007) p.47.

<sup>180</sup> Van Weezel (2007) p.48.

<sup>181</sup> Van Weezel (2007) p.51.

<sup>182</sup> Es el caso de Lothar Kuhlen en interpretación de la legislación Alemana, quien sostiene que el fraude fiscal es un delito de resultado que corresponde al menoscabo del patrimonio estatal y un delito de peligro Kuhlen (2015) p.70. Así también Percy García Caveró respecto de la legislación peruana, quien sostiene que “puede decirse que el delito de defraudación tributaria está configurado como un delito de resultado consistente en una afectación a los intereses económicos del Estado, concretamente de la recaudación de la administración tributaria” García Caveró (2007) p.633.

<sup>183</sup> Roxin (1997a) p.328.

<sup>184</sup> Si bien la distinción parece clara en el caso del homicidio, atender a elementos materiales o temporales como criterios de distinción trae consigo una serie de problemas, cuestión que reconoce el mismo Roxin concluyendo que “hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, sino que a veces hay que distinguir caso por caso: así las lesiones son un delito de mera actividad si consisten en una bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra” Roxin (1997a) p.329.



saber, la producción del perjuicio. En la doctrina española hay quienes<sup>185</sup> sostienen ésta posición y afirman como consecuencia de ello, que el perjuicio debe ser comprendido por el dolo del autor “ya que ni el perjuicio es una condición ni puede negarse que es consecuencia causal del comportamiento realizado”<sup>186</sup>. Así, según Silvina Bacigalupo y Miguel Bajo, la exigencia de un perjuicio a la Hacienda Pública que exceda los 120.000 euros en la legislación española delimita, por una parte, el delito de la infracción administrativa y, por otra, condiciona la pena de multa a imponer<sup>187</sup>. Martínez-Buján Pérez sostiene que el perjuicio “es una característica del resultado típico, que ha de ser abarcada por el dolo (eventual) del autor, siendo suficiente obviamente que el autor en el momento de la ejecución conozca simplemente la ocultación o falsificación de los fundamentos o presupuestos del hecho imponible, sabedor de que ello comportará ineluctablemente un perjuicio patrimonial para la Hacienda”<sup>188</sup>. Por otro lado, hay quienes sostienen que el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad, cuya función es “supeditar la imposición de una pena a la verificación de un supuesto externo al hecho punible, generalmente vinculado a consideraciones de carácter político criminal”<sup>189</sup>, sin que sea necesario abarcarla por el dolo del autor. El profesor Van Weezel afirma que la existencia efectiva de un perjuicio en los delitos tributarios no cumple funciones dogmáticas, es decir, como elemento del tipo penal, sino político criminales en los casos de España<sup>190</sup> y Alemania<sup>191</sup>, estableciendo un

---

<sup>185</sup> Bacigalupo y Bajo (2010) p.290; Martínez-Buján Pérez (2015) p.540. Se refiere a esta posición como la doctrina mayoritaria en España.

<sup>186</sup> Bacigalupo y Bajo (2010) p.290.

<sup>187</sup> Bacigalupo y Bajo (2010) p.289.

<sup>188</sup> Martínez-Buján Pérez (2015) p.540.

<sup>189</sup> Van Weezel (2007) p.51.

<sup>190</sup> Artículo 305: “1. El que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública Estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”

“2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a los doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación”

<sup>191</sup> 370.1 AO (Ley General Tributaria Alemania), será penado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa, “quien (1) dé una información falsa o incompleta a las autoridades fiscales u otras autoridades sobre hechos fiscales relevantes, (2) infringiendo un deber oculte hechos fiscales relevantes,(3) omite, de

mínimo relevante a efectos penales<sup>192</sup> y autorizando la aplicación de la autodenuncia con efecto liberador de pena, respectivamente<sup>193</sup>. En el mismo sentido, se pronuncia parte de la doctrina española<sup>194</sup>, estableciendo que la exigencia del artículo 305 referida a la existencia de un perjuicio a la hacienda pública que exceda los 120.000 euros es una condición objetiva de punibilidad y no un elemento del tipo, pues no pertenece a la infracción de la norma, es decir, la norma que infringe quien elude el pago de impuestos es la que obliga al tributo y la obligación de tributar no empieza en la cuantía determinada en el tipo penal, sino al devengarse la deuda fiscal<sup>195</sup>. Martínez-Buján Pérez sostiene que la discrepancia entre una posición y otra, es decir, quienes sostienen que el perjuicio es un elemento del tipo y quienes sostienen que se trata de una condición objetiva de punibilidad, es puramente nominal ya que quienes sostienen lo segundo no concluyen que el error sobre el perjuicio sería irrelevante<sup>196</sup>. Responde a lo anterior Enrique Bacigalupo, quien argumenta que considerar el perjuicio como condición objetiva de punibilidad no debe excluir la relevancia del error automáticamente, pues “también el error (inevitable) sobre la desaprobación jurídico penal debe ser relevante para la exclusión de la punibilidad. En tales casos cabe la aplicación analógica in *bonam partem* del art.14, tercer párrafo del Código Penal”<sup>197</sup> español.

En el Código Tributario chileno, el concepto de perjuicio aparece de la siguiente manera: existen figuras<sup>198</sup> donde las penas de multa se determinan según el valor del “tributo eludido”, de “lo defraudado”, o el valor de “la operación”, lo que supone un perjuicio en la Hacienda Pública, cuantificable y determinado<sup>199</sup>. Excepcionalmente, el artículo 97 N°4 inciso tercero exige –según el profesor Van Weezel- la producción de un perjuicio como resultado, a saber, la devolución de impuestos injustificados. El mismo autor sostiene que “la producción de un perjuicio para la Hacienda Pública no es un elemento del tipo o requisito de consumación, sino una condición objetiva de punibilidad relativa a la imposición de la pena de multa, en sede penal, respecto de los

---

forma contraria a deber, el uso de etiquetas o sellos fiscales. Y de este modo evada los impuestos u obtenga para sí mismo o para otro ventajas injustificadas”

<sup>192</sup> En el mismo sentido, argumenta García Caveró respecto de la exigencia cuantitativa en la legislación peruana: “Si el límite cuantitativo se establece con la finalidad de evitar una bagatelización del Derecho penal, lo que habrá es una condición de punibilidad que no constituye un elemento del tipo penal”. García Caveró (2007) p.634.

<sup>193</sup> Van Weezel (2007) p.49.

<sup>194</sup> Bacigalupo, E. (2000) p.311.

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> Martínez-Buján Pérez (2015) p.540.

<sup>197</sup> Bacigalupo (2000) p.312.

<sup>198</sup> Artículos 97 N°4 incisos 1°, 2° y 3°, 97 N°8 y 97 N°10 inciso 3° del Código Tributario.

<sup>199</sup> Van Weezel (2007) pp.50-51.

delitos previstos en los artículos 97 n°4 incisos 1, 2 y 3, 97 n°8 y 97 n°10 inciso 3 CT”<sup>200</sup>. El cumplimiento de la condición tiene como consecuencia que éstos delitos sean amenazados copulativamente con penas pecuniarias y privativas de libertad, lo que “pone de manifiesto que la condición objetiva de punibilidad sólo tiene eficacia en el ámbito penal, pues de lo contrario la ausencia de perjuicio en estas figuras eliminaría respecto de ellas la facultad discrecional del Director establecida en el artículo 162 inciso 3° CT para perseguir el hecho sólo por la vía administrativa”. Sin embargo, sostener que el elemento perjuicio se constituye como una condición objetiva de punibilidad supone también hacerse cargo de la figura del artículo 97 N°4 inciso tercero del Código Tributario, pues –según Van Weezel- se trata de un delito de resultado en que la producción de un perjuicio es un elemento del tipo penal<sup>201</sup>.

Se reconoce el mismo carácter excepcional del artículo antedicho, si se recurre al concepto de fraude propuesto por Van Weezel, en tanto a su parecer, nuestra ley no distingue entre fraude tributario y evasión de impuestos, lo que se desprende por un lado, de la excepcionalidad del artículo 97 N°4 inciso tercero como un delito de resultado y por tanto, un fraude en sentido estricto y, por otro lado del hecho que la mera declaración incompleta da lugar a un ilícito susceptible de persecución penal<sup>202</sup>. Así, concluye el autor que “nuestro sistema combina la penalización de la mera evasión tributaria con un modelo de fraude que se orienta según el tipo de la estafa del Art. 468 CP (ardid, engaño), pero que –si se le compara con ella- anticipa la punibilidad al momento en que se manifiesta completamente el desvalor de la acción, es decir, que no espera a la producción de un error en la víctima ni a la causación de un perjuicio como consecuencia de ese error”<sup>203</sup>. El elemento fraude estaría presente sobretudo en el tipo subjetivo de los delitos tributarios, a través de las expresiones “maliciosamente” y “dolosamente”, que si bien no establecen un requisito adicional del tipo penal, refuerzan semánticamente el desvalor de la acción, de manera que el elemento fraudulento está presente como “engaño con el fin de perjudicar”<sup>204</sup>.

El profesor Etcheberry, en su libro Derecho Penal parte especial, busca elaborar un concepto único de fraude admitiendo que éste es uno de los más importantes en doctrina penal, pero a la

---

<sup>200</sup> Van Weezel (2007) p.52.

<sup>201</sup> Van Weezel (2007) p.50.

<sup>202</sup> Van Weezel (2007) p.71.

<sup>203</sup> Van Weezel (2007) pp.71-72.

<sup>204</sup> Van Weezel (2007) pp.65-67.

vez muy difícil de precisar<sup>205</sup>, pues se manifiesta en múltiples formas<sup>206</sup>. Con la anterior prevención, caracteriza el fraude como “causar perjuicio en el patrimonio ajeno mediante engaño o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas”<sup>207</sup>, agregando que éste no es siempre penalmente sancionable. Etcheberry distingue entre los fraudes que se cometen mediante engaño y aquellos que se cometen mediante abuso de confianza<sup>208</sup>, estableciendo que los elementos típicos del fraude por engaño son: la simulación, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio<sup>209</sup>. En estos términos, tradicionalmente se ha entendido que el fraude es un tipo de estafa especial, a partir de una interpretación que entiende la “defraudación” como exigencia de un comportamiento constitutivo de engaño<sup>210</sup>, lugar común que se pondrá en duda en el análisis del artículo 97 n° 4 inciso tercero, junto al concepto perjuicio y su exigencia como “algo” adicional al tipo importado de los requisitos dogmáticos de la estafa<sup>211</sup>.

### 3.3 Una lectura del artículo 97 n° 4 inciso 3° del Código Tributario

Lo que aquí se propone es un ejercicio analítico desde el texto del artículo 97 n° 4 inciso 3°, sin cargar con las distinciones y los problemas establecidos ex ante por la doctrina, como forma de cuestionar precisamente los lugares comunes definidos por ésta, a la vez que utilizar como criterio de interpretación la reconstrucción del bien jurídico en los delitos tributarios propuesta en esta tesis. La descripción típica elegida responde a una excepción sistemática dentro de los delitos tributarios que, más allá de ser advertida por la doctrina como el único tipo que requiere un perjuicio y por tanto se constituye como un delito de resultado, no ha tenido ninguna justificación sistemática. Además, nos permite clarificar ciertos conceptos como el fraude y el perjuicio, y la posibilidad de concurrir delitos tributarios y conductas elusivas.

Establece el inciso 3° del artículo 97 n°4: *“El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado”*.

---

<sup>205</sup> Etcheberry (1977) p.377.

<sup>206</sup> Como afirma Etcheberry, esto se evidencia en la terminología que usa el Código Penal, en particular respecto de las estafas y otros engaños que tipifica el Código Penal. Etcheberry (1997) p.378.

<sup>207</sup> Etcheberry (1997) p.377.

<sup>208</sup> Etcheberry (1997) p.391.

<sup>209</sup> Etcheberry (1997) p.392.

<sup>210</sup> En el mismo sentido, Mañalich (2012) p.372.

<sup>211</sup> Véase infra pp.62-67.

Es interesante, en primer lugar, poner a prueba la categoría de delito tributario del artículo 97 N°4 inciso 3° del Código Tributario, en comparación con el artículo 470 N°8 del Código Penal que se encuentra bajo el título “Estafas y otros engaños”, cual señala lo siguiente: las penas del artículo 467 se aplicarán también [...] 8°. *A los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas.*

La pregunta entonces es la siguiente: ¿en qué se diferencian ambos artículos de manera que el primero de ellos pertenece a la categoría delitos tributarios y el segundo no? En el primer caso, la afectación del bien jurídico patrimonio público va a estar siempre relacionado a la simulación de una obligación tributaria con el objeto de obtener una devolución de impuestos indebida; en el segundo caso, en cambio, se trata de una defraudación al Fisco mucho más amplia que no se justifica en la simulación de una obligación tributaria sino en la entrega de algún tipo de subvención por parte del Estado, aunque ambos tipos podrían incluirse en una categoría más amplia de delitos contra el patrimonio público<sup>212</sup>.

### 3.3.1 Excepcionalidad en la descripción típica: doble fraude

A diferencia de la lectura tradicional, aquí se propone que la excepcionalidad del artículo 97 n°4 inciso 3° del Código Tributario no se debe a su estructura como delito resultado ni al requisito adicional de la producción de perjuicio, sino que se trata de la única descripción típica en que el concepto “fraude” se utiliza en dos sentidos diferentes: como “maniobras fraudulentas” en alusión a los medios comisivos y al determinar el monto de la multa como “lo defraudado”, como aparece también en los incisos 1°, 2° del artículo 97 n° 4, en el artículo 97 n° 8 y 97 n°10 inciso 3°. El carácter excepcional del artículo 97 n°4 inciso 3° es relevante a efectos de analizar los conceptos fraude y perjuicio desde la ley, mostrando que varios de los problemas dogmáticos tradicionales no se constituyen como tales si nos alejamos de las comprensiones ligadas a la dogmática del delito de estafa.

### 3.3.2 Quien simule una operación tributaria o realice cualquier otra maniobra fraudulenta: concepto de fraude o defraudación

---

<sup>212</sup> En este sentido Mayer (2007)

En primer lugar, la descripción típica supone que la simulación es una especie dentro del género “maniobras fraudulentas”, por lo cual el análisis se centrará en el último concepto como género, para luego relacionarlo con la especie simulación. Para determinar el alcance de la descripción “cualquier otra maniobra fraudulenta”, hay que abordar la discusión respecto del concepto de fraude y su coincidencia (o no) con el engaño. En este sentido, explicita el problema el profesor Antonio Bascuñán al sostener que la palabra latina “fraus” (fraude) tiene una doble significación, indicativa tanto de engaño como de daño o perjuicio, cuestión que vuelve problemática la utilización de esta palabra en diferentes contextos del Código Penal. Afirma que teniendo presente esa doble significación, es claro que conforme a las reglas semánticas del idioma castellano una defraudación (frustración de expectativa, perturbación del ejercicio de un derecho o irrogación de un perjuicio patrimonial) no requiere necesariamente ser un fraude, entendido como engaño. Así, por ejemplo cuando el Código Penal habla de “otros engaños” en el título IX, número 8 (Estafas y otros engaños), lo que quiere decir es “otros fraudes”, en el sentido de “otras defraudaciones”<sup>213</sup>. En el mismo sentido, establece el profesor Juan Pablo Mañalich que tradicionalmente se ha validado una interpretación de “defraudación” como la exigencia de un comportamiento constitutivo de engaño, cuestión que enfrenta grandes problemas en la comprensión de delitos como por ejemplo el fraude al fisco como una forma de estafa, pues vuelve imposible dar cuenta de la significación de la exigencia típica según la cual la defraudación ha de ser efectuada por el funcionario que interviene en la respectiva operación de su cargo<sup>214</sup>, así la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público como vulneración del principio de probidad como estándar de desempeño de la función “no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa”<sup>215</sup>.

Explicitado el problema y una dirección posible de su solución, se desarrollará en los siguientes párrafos la discusión en torno a la amplitud del concepto “maniobra fraudulenta” suscitada en el contexto de la punibilidad de la colusión de precios en el derecho chileno, y particularmente en el así llamado “Caso farmacias” de 2009. Parece relevante la discusión en tanto en ella se contraponen argumentos destinados a defender dos opiniones opuestas en torno a la siguiente pregunta: ¿puede entenderse la colusión de precios como un “medio fraudulento” típico

---

<sup>213</sup> Bascuñán (2004) p.2.

<sup>214</sup> Mañalich (2012) pp.372-373.

<sup>215</sup> Mañalich (2012) p.374.

establecido en el artículo 285 del Código Penal<sup>216</sup>, donde la pregunta aplicada a los delitos tributarios podría construirse análogamente de la siguiente manera: ¿puede entenderse como maniobra fraudulenta algo distinto del engaño? O bien ¿puede entenderse la elusión de impuestos como una “maniobra fraudulenta” típica establecida en el artículo 97 n°4 inciso 3° del Código Tributario?

Por una parte, el profesor Héctor Hernández, sostiene que la ley chilena adopta un concepto amplio y comprensivo de “medio fraudulento” que no se agota en el engaño, apartándose sutil pero significativamente del modelo del Código español de 1850<sup>217</sup>, en el sentido de consagrar un conjunto amplio de medios comisivos<sup>218</sup>. Esta comprensión amplia, según Hernández, se mantiene y consolida a través de la doctrina chilena, citando al respecto las comprensiones de Del Río, Labatut y Etcheberry, para concluir que “en este contexto la ley emplea la noción de “medios fraudulentos” en términos amplios que exceden largamente el concepto de engaño”<sup>219</sup>, lo que se ve reafirmado por el texto legal del artículo 287 donde se reprime a quienes “emplearen amenaza o cualquier otro medio fraudulento”, de manera que se considera la amenaza como posible medio fraudulento y, además, se establece al final del mismo artículo que se trata en rigor de “simplemente el empleo de medios ilícitos”<sup>220</sup>, en tanto se establece que “a no merecer mayor pena por la amenaza y otro medio ilícito que emplearen”. Así, la conclusión de Hernández es que “el art. 285 constituye un tipo genérico de atentado contra la libre competencia como factor determinante de la formación de precios en la economía, caracterizado por el empleo para ese fin de unos “medios fraudulentos” cuyo sentido y alcance, si bien no se opone ni excluye el contenido tradicional de los llamados fraude por engaño, si lo excede y se identifica en general con el empleo de medios ilícitos. En ese contexto, pocas dudas pueden haber sobre la posibilidad de subsumir en él la colusión de precios, que reconocidamente constituye la forma más elemental de falsificar la competencia”<sup>221</sup>.

---

<sup>216</sup> Si bien la discusión tiene diferentes aristas, tales como el concepto de precio natural, o la derogación del artículo 285 por las legislaciones especiales de libre competencia, interesa a efectos de este trabajo centrarse solo en lo referido a la posibilidad de considerar la colusión como medio fraudulento y por tanto, afirmar un concepto amplio que no se restringe solamente al engaño.

<sup>217</sup> Artículos 461, 462 y 463 modelo español (“coligaciones” y “artificios como el esparcimiento de rumores falsos”)

<sup>218</sup> Hernández, H. (2012) p.149.

<sup>219</sup> Hernández, H. (2012) p.154.

<sup>220</sup> Ibid.

<sup>221</sup> Ibid.

En contrario, el profesor Jean Pierre Matus sostiene que para dotar de contenido la expresión “medios fraudulentos” es necesario acudir a la figura residual y genérica de estafa el artículo de manera que “es necesaria la existencia de un engaño, esto es, de la defraudación a que hace referencia el artículo 473 del Código Penal<sup>222</sup> y concluye que el acuerdo de precios entre oferentes no constituye engaño por dos razones: el primer argumento se refiere a la historia de la ley donde se afirmó que los acuerdos del artículo 285 “suponían un ejercicio legítimo del derecho a participar en las actividades económicas, mientras no se engañara o coaccionara a terceros de alguna otra manera, para alterar con ello los precios naturales que surgirían de la libre concurrencia en el mercado de oferentes y demandantes”<sup>223</sup>; el segundo argumento sostiene que “no hay engaño en la oferta de un bien mueble determinado a un precio fijado por el vendedor y conocido de antemano por el comprador”<sup>224</sup>. Así, la interpretación del profesor Matus comprende una concepción restringida de fraude, limitado al engaño que se opone a aquella amplia o comprensiva del profesor Hernández en la discusión particular. Se opone también la conclusión del profesor Matus a los argumentos del profesor Bascuñán y del profesor Mañalich.

Al retomar la discusión en el caso de los impuestos, en el artículo 97 n°4 inciso tercero del Código Tributario, las maniobras fraudulentas aparecen como el género dentro del cual se encuentra la simulación. La pregunta aquí relevante ya comentada, y que puede encontrar una similitud en la estructura argumentativa que se desarrolló en relación al artículo 285 y la colusión, es la siguiente: ¿son las maniobras fraudulentas más amplias que el engaño? ¿Son las conductas elusivas maniobras fraudulentas? En otras palabras ¿es punible la elusión a través del artículo 97 n°4 inciso 3°? Y por otra parte, ¿en qué se diferencia el concepto de fraude utilizado como “maniobras fraudulentas” de aquel utilizado al establecer la norma de sanción como “lo defraudado”

La simulación en sede penal puede definirse –siguiendo a Etcheberry- como “cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad”<sup>225</sup>, de manera que “simulación y error son sólo los dos momentos en que se desdoble el elemento engaño”<sup>226</sup>. Aplicado al ámbito tributario, hay en la doctrina chilena quienes distinguen la simulación lícita de la ilícita, donde la primera correspondería a las conductas elusivas y la segunda las evasivas, de

---

<sup>222</sup> Matus (2012) p.330.

<sup>223</sup> Matus (2012) p.329.

<sup>224</sup> Matus (2012) p.392.

<sup>225</sup> Etcheberry (1997) p.392.

<sup>226</sup> Ibid.



manera que “sería contrato simulado aquél en que dos o más personas se conciertan para engañar y perjudicar al fisco”<sup>227</sup>. Se establece así que la simulación ilícita o evasión será siempre antijurídica “pues en ella se está fingiendo la celebración de un acto o contrato, con el preciso ánimo de provocar un perjuicio al fisco, mediante el pago de menos tributos”<sup>228</sup>. En esta comprensión parecen confundirse las exigencias del tipo y los medios comisivos, pues sin duda la simulación puede ser un medio comisivo para realizar conductas evasivas tipificadas como delitos tributarios, pero ello no quiere decir que siempre la evasión se realizará a través de la simulación entendida como un concierto entre dos personas con el fin de engañar y perjudicar al fisco. Además, cabe preguntarse por qué las conductas elusivas no podrían considerarse dentro del tipo penal en cuestión si consideramos una comprensión amplia de las “maniobras fraudulentas” diferentes a la simulación. En este sentido, reconoce el Servicio de Impuestos Internos que “La simulación tributaria a que hace referencia el artículo 4º quáter también es distinta de aquella a que hace referencia el artículo 97, número 4, del Código Tributario. La simulación para efectos del derecho penal tributario exige elementos subjetivos que no son necesarios de considerar, a juicio del legislador, al momento de determinar que un determinado acto o contrato es elusivo por simulado. De hecho, esto es plenamente coherente con la distinción entre elusión y evasión (...) se reitera que, en general, las normas legales señaladas prescinden de los elementos subjetivos que son usualmente utilizados en el derecho infraccional o penal, en cuanto carece de relevancia la determinación de la culpa o dolo para los fines de su aplicación”. La elusión, entendida como un caso de cumplimiento formal de la ley, mientras se deja substantivamente sin efecto, buscando “evitar el pago de impuestos usando formalmente la ley para ir contra su sentido (o espíritu)”<sup>229</sup>, puede considerarse también como una maniobra fraudulenta capaz de configurar un delito tributario, pero hay que distinguir dos hipótesis en el caso del artículo 97 n°4 inciso 3º: si existe una obligación tributaria y las maniobras fraudulentas están dirigidas a aumentar el monto de la devolución, entonces éstas podrán ser elusivas y desnaturalizar la obligación tributaria por ejemplo en cuanto a su monto; distinto es el caso en que no exista obligación tributaria, pues entonces la maniobra fraudulenta será la simulación de la obligación tributaria y entonces no hay espacio para la elusión pues no hay ninguna operación que recalificar.

---

<sup>227</sup> Martínez Cohen (2007) p.357.

<sup>228</sup> Martínez Cohen (2007) p.362.

<sup>229</sup> Saffie (2015)

Particularmente relevante en la discusión es el nuevo artículo 14 letra e) de la Ley de Impuesto a la Renta, en la cual se sanciona con una remisión a las penas del artículo 97 n° 4 del Código Tributario la entrega maliciosa de información incompleta o falsa en las declaraciones requeridas para los contribuyentes que realicen inversiones en el extranjero. El análisis un poco más detenido de la aplicación de la norma en cuestión permite ilustrar el punto. Si un contribuyente invierte en el extranjero atraído por tratarse de un territorio o jurisdicción que tiene un régimen fiscal preferencial, éste debe presentar una declaración y además informar anualmente el estado de dichas inversiones con una serie de especificaciones según el artículo en cuestión. Ahora bien, si el contribuyente no realiza lo antedicho, la ley presume, salvo prueba en contrario, que tales inversiones en el extranjero constituyen retiros de especies o cantidades representativas de desembolsos de dinero que no deben imputarse al valor o costo de los bienes del activo, es decir, recalifica la operación para los efectos de aplicar la tributación que corresponda de acuerdo al artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta. Lo que hace la norma es presumir la elusión del contribuyente, razón por la cual se aplica la tributación que corresponde y además, en caso que la omisión o falta de información sea maliciosa, es decir, cuando se satisfaga el tipo subjetivo, se aplica el artículo 97 n° 4 del Código Tributario. Lo anterior no hace sino reafirmar el argumento referido a la elusión como conducta capaz de construir un delito tributario distinto de las normas anti elusivas como, en este caso, la aplicación de la tributación si se omite la declaración. Establecido lo anterior, es posible imaginar un caso en que las “maniobras fraudulentas” a que se refiere el artículo 97 n° 4 inciso 3° del Código Tributario correspondan a conductas elusivas. La diferencia entre la aplicación de la cláusula general antielusión y un delito tributario se encuentra en el tipo subjetivo y no en la imposibilidad de considerar las conductas elusivas como constituyentes de un delito.

Por otro lado, el término “lo defraudado” que se utiliza en el artículo 97 n° 4 inciso 3 del Código Tributario al establecer la norma de sanción, no puede sino comprenderse en su sentido natural y obvio, cual es determinar el monto de la disposición que siempre será perjudicial. Así, el concepto de perjuicio que la doctrina establece como elemento del tipo o como condición objetiva de punibilidad se reconoce en varios numerales del artículo 97 del Código Tributario a través de la misma expresión “lo defraudado”, la cual no parece sino determinar el monto de la disposición patrimonial que será siempre perjudicial, ya sea como disposición en el caso de las devoluciones indebidas o como legítima expectativa en el caso de la evasión o reducción de

impuestos, de manera que no se establece un requisito adicional en el perjuicio, ni como elemento del tipo ni como condición objetiva de punibilidad.

### 3.3.3 Que obtenga devoluciones de impuesto que no le correspondan: concepto de perjuicio como frustración del fin y dimensión política del patrimonio público

La descripción típica supone que se obtengan devoluciones indebidas otorgadas por el Estado, de manera que el sujeto activo recibe algo del patrimonio público sin un título que lo justifique. Las devoluciones corresponden a una cantidad cuantificable en dinero y suponen, en caso que exista obligación tributaria, todo aquello que exceda lo que el Estado efectivamente debiese entregar al contribuyente a título de devolución de impuestos; en caso que no exista obligación tributaria, la devolución asciende al total de dinero recibido por el sujeto de parte del Estado. Como ya se anticipó, la doctrina<sup>230</sup> reconoce la descripción “devolución indebida de impuestos” como el único caso en que se exige un perjuicio como elemento del tipo penal y que convierte al mismo en un delito de resultado. Interesa aquí desarrollar el concepto de perjuicio como frustración del fin, así como la dimensión política del patrimonio público, cuestión relevante en primer lugar para delimitar qué constituyen las devoluciones indebidas y la expresión “lo defraudado”; y en segundo lugar, para definir las conexiones (o desconexiones) entre el tipo penal y la identificación del objeto de protección penal en los delitos tributarios.

El mayor desarrollo dogmático, aun cuando escaso, en torno al concepto de perjuicio se ha realizado a causa del delito de estafa, así lo reconoce Hernández cuando sostiene “qué debe entenderse por perjuicio patrimonial es una cuestión bastante más ardua de lo que parece, respecto de la cual entre nosotros, más allá de coincidencias bastante rudimentarias en aspectos generales, dista de haber consenso y hasta conciencia de las aristas del tema”<sup>231</sup>. Así, la primera cuestión relevante es definir el concepto de patrimonio como objeto de protección penal y las consecuencias que éste supone en la determinación del perjuicio patrimonial.

Sostiene el profesor Kindhäuser que una concepción jurídica de patrimonio tiene consecuencias en la determinación del perjuicio patrimonial, donde “de acuerdo con las premisas del concepto jurídico de patrimonio puede consistir o bien en la lesión de un derecho o bien en el gravamen de

---

<sup>230</sup> Véase supra pp.50-55.

<sup>231</sup> Hernández, H. (2001) p.171.

un deber”<sup>232</sup>. Lo anterior resulta problemático y puede mostrarse en el siguiente ejemplo: “Supóngase que alguien compra un anillo de latón creyendo, a consecuencia de un engaño, que el anillo sería de oro. En este caso, el comprador resulta gravado con la obligación de pagar el precio de compra. No obstante, el comprador contrae esta obligación a sabiendas, lo cual significa que en esta medida el engaño y el perjuicio patrimonial no están conectados causalmente. Luego, un perjuicio patrimonial relevante en el sentido de la estafa sólo podría consistir en la lesión, condicionada mediante engaño, del derecho al traspaso del anillo. Pero esta pretensión no resulta lesionada puesto que el anillo sí es transferido al comprador. El comprador recibe exactamente el anillo que ha comprado. El comprador ciertamente podría reclamar la invalidez del contrato en virtud del engaño acerca de la calidad del anillo; pero si él lo hace, entonces el contrato será nulo *ex tunc*, es decir, retroactivamente, con lo cual no habrá un derecho del comprador que el vendedor pudiera haber lesionado mediante engaño”<sup>233</sup>. El problema, entonces, se refiere a que la adquisición de un derecho no puede conllevar perjuicio alguno<sup>234</sup>, cuestión detectada por algunos de los defensores del concepto jurídico de patrimonio como Karl Binding, quien recurre a una construcción auxiliar para solucionarlo, mediante el establecimiento de una responsabilidad precontractual como forma de una *culpa in contrahendo*<sup>235</sup>. Sin embargo, la responsabilidad precontractual en el derecho civil busca proteger el interés negativo de una de las partes para que ésta no sea perjudicada a consecuencia de las acciones preparatorias del contrato, pero esta construcción dogmática no permite sostener un interés positivo referido a que un contrato futuro tenga determinado contenido, razón por la cual se ha calificado como una “construcción fallida”<sup>236</sup>. Si, en cambio, se busca determinar un resultado de perjuicio patrimonial conceptualmente independiente de la acción del engaño, es necesario centrarse en las prestaciones que constituyen objeto del contrato<sup>237</sup>, desde una concepción económica de patrimonio entendida como “el conjunto de los valores económicos sobre los que se ejerce un poder fáctico de aprovechamiento (uso o disposición)”<sup>238</sup> o, en otras palabras, formado por “los objetos que le corresponden [a una persona] en virtud de sus derechos transferibles”<sup>239</sup>. Frente a una

---

<sup>232</sup> Kindhäuser (2011) p.53.

<sup>233</sup> Ibid.

<sup>234</sup> Ibid.

<sup>235</sup> Ibid.

<sup>236</sup> Kindhäuser (2011) p.54.

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Bascuñán (2004) p.7.

<sup>239</sup> Kindhäuser (2011) p.54.

comprensión económica, se plantea además, la pregunta de por qué el valor pecuniario de las prestaciones debe servir como estándar de comparación, concluyendo que éste se presenta como objetivo, pero no constituye una propiedad o característica constante de una cosa, así como tampoco muestra el sentido y fin de los negocios<sup>240</sup>. El profesor Kindhäuser afirma que la comprensión de patrimonio como el valor global de la suma de los objetos patrimoniales de una persona “no sólo es superfluo, sino ya dogmáticamente desafortunado”<sup>241</sup>. Ejemplos de la dificultad de esta comprensión son, por ejemplo, los casos de disposiciones patrimoniales unilaterales, ya que en la estafa de donaciones el engaño debe estar referido al fin del donativo, pues no existe un equivalente valor pecuniario y efectivamente el donatario disminuye voluntariamente su patrimonio, de manera que no constituye estafa por falta de error respecto del carácter perjudicial de la disposición patrimonial<sup>242</sup>. Otro ejemplo es el caso de utilización inapropiada de fondos presupuestarios estatales por la administración pública, ya que estos por naturaleza se utilizan con fines de inversión y no para conservar un determinado estado patrimonial, de manera que frecuentemente el Estado dispondrá fondos a modo de pérdida como en el caso de las subvenciones, donde la pregunta es “¿cómo tendría uno que poder determinar aquí un perjuicio a través de una operación de saldo?”<sup>243</sup>. En este contexto, el profesor Kindhäuser propone una comprensión a través de la doctrina de la frustración del fin que soluciona los problemas en la determinación del perjuicio, atendiendo antes que al cómputo financiero, a la obtención del fin de la inversión, entendido como “el equivalente que compensa la disminución financiera que se sigue de la disposición patrimonial. Y eso significa: un perjuicio patrimonial se produce allí donde el fin asociado a la disposición patrimonial no es alcanzado”<sup>244</sup>. Esta comprensión es también económica pues “economizar quiere decir invertir en dirección a un fin”<sup>245</sup>, de manera que el patrimonio se constituye como expresión cosificada del desarrollo individual, es decir, perseguir fines en conformidad con los propios intereses<sup>246</sup>.

El concepto de perjuicio en los delitos tributarios se refiere, generalmente, a la frustración de expectativas de ingreso en el patrimonio público y excepcionalmente, a la efectiva disminución en

---

<sup>240</sup> Kindhäuser (2011) pp.55-56.

<sup>241</sup> Kindhäuser (2011) p.54.

<sup>242</sup> Kindhäuser (2011) p.57.

<sup>243</sup> Ibid.

<sup>244</sup> Kindhäuser (2011) p.58.

<sup>245</sup> Ibid.

<sup>246</sup> Ibid.

el patrimonio de la misma, en el caso de las devoluciones indebidas de impuestos<sup>247</sup>. Este concepto se diferencia de la noción de perjuicio patrimonial característico de los delitos contra el patrimonio individual, y es necesario construirlo de manera que se haga cargo de la dimensión política y no sólo económica del mismo, cuestión coincidente con la identificación de lo protegido como el patrimonio público. Según Sánchez-Ostiz, el perjuicio patrimonial, a diferencia del desplazamiento patrimonial, debe entenderse como el “no ejercicio del derecho de crédito de la Hacienda Pública frente a los obligados”<sup>248</sup>; y agrega que más que un perjuicio al patrimonio, se trate de “una puesta en peligro (más o menos concreta) de las funciones que el tributo viene a cumplir”<sup>249</sup>, entendidas como fines públicos, de manera que el patrimonio no puede contemplarse bajo el prisma de proyección de la personalidad del sujeto titular, sino de su funcionalización. En contrario, García Cavero sostiene que no basta con la puesta en peligro de la recaudación tributaria, sino que el perjuicio debe ser efectivo, de manera que es necesario que el Estado deje de percibir los tributos realmente adeudados, aunque posteriormente pueda conseguirse el pago de éstos mediante los mecanismos de coerción jurídica de los que dispone el Estado<sup>250</sup>. La cuantía del perjuicio se determina por la cantidad de lo no pagado en el caso de la evasión o reducción del impuesto; y por el importe de la devolución en el caso en que ésta sea indebida<sup>251</sup>.

Uno de los problemas que ha surgido desde la determinación del perjuicio es la posibilidad de que existan acumulaciones o compensaciones por defraudaciones de diferentes impuestos o bien, del mismo impuesto en diferentes períodos. Al respecto, Kuhlen sostiene que existe una prohibición de compensación que muestra una “formalización del tipo delictivo de fraude discal”<sup>252</sup> como sugiere en el siguiente ejemplo: quien durante un año paga muy poco impuesto sobre la renta porque no ha declarado los ingresos obtenidos mediante intereses, y durante el mismo período de tiempo ha pagado impuesto de IVA en exceso de la misma cantidad, no puede hacer valer que, a fin de cuentas, no ha reducido su deuda tributaria<sup>253</sup>. Esta formalización, sostiene Kuhlen, es cuestionable desde el punto de vista dogmático y político criminal, si se toma en cuenta que existen motivos que no son susceptibles de compensación, pero a la vez se tienen en cuenta en la

---

<sup>247</sup> Martínez-Buján Pérez (2015) p.540.

<sup>248</sup> Sánchez Ostiz (2003) p.122.

<sup>249</sup> Ibid.

<sup>250</sup> García Cavero (2007) p.634.

<sup>251</sup> En el mismo sentido, Bacigalupo y Bajo (2010) p.290.

<sup>252</sup> Kuhlen (2015) p.32.

<sup>253</sup> Ibid.

determinación de la pena<sup>254</sup>. Martínez-Buján, por su parte, sostiene también que existe una prohibición de acumulación de las cuotas defraudadas, ya sea por diferentes tributos en el mismo período o por diferentes cuotas en diferentes períodos sean o no del mismo tributo<sup>255</sup>.

En este caso, el fin asociado a la disposición patrimonial “devoluciones de impuestos” no se cumple allí cuando se entrega el dinero a un sujeto que o definitivamente no tiene la calidad de contribuyente o bien, cuando siéndolo obtiene mayor cantidad que la que le corresponde en virtud de la obligación tributaria. Así, existirá perjuicio toda vez que quien obtenga devoluciones del Estado, éstas no se encuentren justificadas por una obligación tributaria, lo cual es coincidente con una identificación del fin público del patrimonio estatal, donde las devoluciones de impuestos son parte de la cuantificación del impuesto que efectivamente tiene que pagar un contribuyente en razón de incurrir en un hecho gravado. Es decir, si “A” obtiene devoluciones indebidas de impuestos, entonces disminuye el patrimonio público y con él se afecta la capacidad de “B”, quien obtuvo las devoluciones adecuadas según su obligación tributaria, de decidir democráticamente sobre el gasto público. Bajo la misma lógica, existirá perjuicio, a través del concepto de legítima expectativa, cuando el Estado deje de percibir una cantidad del dinero que debe pagarse a título de una obligación tributaria por un contribuyente, es decir, en razón de incurrir en un hecho gravado, de manera que el resultado perjudicial es consustancial a las descripciones típicas del artículo 97 del Código Tributario y no únicamente en el caso en que el perjuicio se constituya como una disposición (devoluciones indebidas), pues eso equivaldría a sostener que se afecta la formación del patrimonio público sólo cuando el Estado hace devoluciones sin una obligación tributaria que las justifique o bien que difieran en cuanto al monto, siendo que lógicamente el bien jurídico protegido se afecta de la misma manera cuando un contribuyente no paga aquello que debe pagar en razón de una obligación tributaria o reduce la cantidad del impuesto.

En este sentido, parece que la discusión de la doctrina en torno a la ubicación sistemática del perjuicio comprendido como requisito adicional del tipo confunde por una parte el carácter “perjudicial” que tendrá siempre la afectación del bien jurídico y por otra, la determinación o cuantificación de “lo defraudado” a efectos de la norma de sanción, además de la pretendida clasificación de los delitos de resultado y mera actividad. Cuando se establece en el artículo 97 n°4 inciso 3° del Código Tributario que la sanción será de multa del cien por ciento al cuatrocientos

---

<sup>254</sup> Ibid.

<sup>255</sup> Martínez-Buján Pérez (2015) p.541.

por ciento de lo defraudado, al igual que se establece en otros numerales del mismo artículo al establecer la norma de sanción, el sentido natural y obvio de la expresión “lo defraudado” supone que la disposición que realiza el Estado en esos casos será siempre perjudicial, lo cual no incorpora un requisito adicional en el perjuicio, ni como elemento del tipo ni como condición objetiva de punibilidad. Lo anterior no implica que no pueda establecerse, como ocurre en España por ejemplo, un baremo cuantitativo para la punibilidad, pero lo anterior tendrá que ver con una decisión de política criminal y no con un problema dogmático.

### 3.4 Concurrencia entre el tipo penal del artículo 97 N°4 inciso tercero del Código Tributario y la nueva cláusula general anti elusión

#### 3.4.1 La Nueva Cláusula General Anti elusión: interpretación y relación con los delitos tributarios

La ley 20.780 publicada en el Diario Oficial el 29.09.2014 consagra la reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, entre ellos la inclusión de una cláusula general anti elusiva que substantivamente está contenida en los nuevos artículos 4 bis, 4 ter, 4 quáter y 4 quinquies del Código Tributario, normas transcritas en los párrafos siguientes.

**Artículo 4° bis.-** *Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imponibles, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles.*

*El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes.*

*No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imponibles establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imponibles en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente.*



*En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quáter.*

*Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los artículos 4° quinquies y 160 bis.*

**Artículo 4° ter.-** *Los hechos imponderables contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.*

*Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria.*

*En caso de abuso se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imponderables establecidos en la ley.*

**Artículo 4° quáter.-** *Habrá también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.*

**Artículo 4° quinquies.-** *La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los artículos 4° ter y 4° quáter será declarada, a requerimiento del Director, por el Tribunal Tributario y Aduanero competente, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 160 bis.*

*Esta declaración sólo podrá ser requerida en la medida que el monto de las diferencias de impuestos determinadas provisoriamente por el Servicio al contribuyente respectivo, exceda la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la presentación del requerimiento.*

*Previo a la solicitud de declaración de abuso o simulación y para los efectos de fundar el ejercicio de ésta, el Servicio deberá citar al contribuyente en los términos del artículo 63, pudiendo solicitarle los antecedentes que considere necesarios y pertinentes, incluidos aquellos que sirvan para el establecimiento de la multa del artículo 100 bis. No se aplicarán en este procedimiento los plazos del artículo 59.*

*El Director deberá solicitar la declaración de abuso o simulación al Tribunal Tributario y Aduanero dentro de los nueve meses siguientes a la contestación de la citación a que se refiere el inciso anterior. El mismo plazo se aplicará en caso de no mediar contestación, el que se contará desde la respectiva citación. El precitado término no se aplicará cuando el remanente de plazo de prescripción de la obligación tributaria sea menor, en cuyo caso se aplicará éste último. Terminado este plazo, el Director no podrá solicitar la declaración de abuso o simulación respecto del caso por el que se citó al contribuyente o asesor.*

*Durante el tiempo transcurrido entre la fecha en que se solicite la declaración de abuso o simulación, hasta la resolución que la resuelva, se suspenderá el cómputo de los plazos establecidos en los artículos 200 y 201.*

*En caso que se establezca la existencia de abuso o simulación para fines tributarios, el Tribunal Tributario y Aduanero deberá así declararlo en la resolución que dicte al efecto, dejando en ella constancia de los actos jurídicos abusivos o simulados, de los antecedentes de hecho y de derecho en que funda dicha calificación, determinando en la misma resolución el monto del impuesto que resulte adeudado, con los respectivos reajustes, intereses penales y multas, ordenando al Servicio emitir la liquidación, giro o resolución que corresponda. Lo anterior, sin perjuicio de los recursos que, de acuerdo al artículo 160 bis, puedan deducir el Servicio, el contribuyente o quien resulte sancionado con las multas que pudieren aplicarse.*

El inciso primero del artículo 4° bis releva a mi parecer una cuestión determinante, cual es que la interpretación de las normas antielusión debe realizarse desde la propia autonomía dogmática del derecho tributario. En este sentido, que los hechos, actos o negocios realizados se miren desde el punto tributario implica que son hechos generadores de una obligación tributaria que denotan capacidad contributiva, independiente de la forma que estos tengan por ejemplo en el derecho civil<sup>256</sup>. Esto pone de manifiesto la importancia de una teoría del hecho imponible que permita

---

<sup>256</sup> En este sentido “algunos impuestos tienen como presupuesto un negocio jurídico; pero, desde el punto de vista dogmático, aquí no se trata de negocio, porque la ley no atribuye a la manifestación de voluntad de las partes sino únicamente a sí misma el poder de crear efectos tributarios. Lo que es negocio en sentido técnico para el derecho privado es solamente un hecho para el derecho tributario”. Jarach (1982) p.78.

interpretar todos los conceptos que introducen las nuevas normas antielusión: abuso, simulación, buena fe, etc. desde el derecho tributario.

El Servicio de Impuestos Internos ha interpretado las normas recién transcritas, en la Circular N° 65 que imparte instrucciones acerca de las normas incorporadas en el Código Tributario por la Ley 20.780 en materia de medidas anti elusión. En primer lugar define la elusión como “aquella conducta que busca dejar sin aplicación la ley tributaria a través de abuso de las formas jurídicas o la simulación”, delimitando el tipo de conductas susceptibles de ser calificadas como elusión desde sus efectos más específicos, estos son, (i) la evitación total o parcial de la realización de los hechos gravados, (ii) la disminución de la base imponible o la obligación tributaria, (iii) el diferimiento o postergación de dicha obligación (iv) que disimulen la configuración del hecho gravado o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, su monto o data de nacimiento. Lo anterior supone que las normas antielusión se estructuran como reglas y no como principios.

En segundo lugar, la circular establece que una de las diferencias esenciales entre las normas anti elusivas y aquellas destinadas a la sanción de conductas evasivas, definidas como “aquellas constitutivas de delitos tributarios” consiste en que la aplicación de las primeras no depende de la existencia o prueba de dolo o malicia<sup>257</sup>. Además, la aplicación de las normas anti evasivas se manifiesta en la presentación de denuncias o querrelas por parte del Servicio, mientras que la aplicación de las normas anti elusivas se traduce en (i) la pretensión de cobro de un impuesto, (ii) la denegación de devoluciones o (iii) el requerimiento de la restitución de las sumas indebidamente devueltas, todo a través de las respectivas liquidaciones, giros o resoluciones “sin perjuicio de la aplicación de los intereses penales y multas respectivas”. En el mismo sentido, sostiene el órgano de la administración que en el caso de las normas anti elusivas, nada tiene que ver el recurso a instituciones propias del derecho penal o infraccional como la culpa o el dolo, ya que la Norma General Anti elusión (en adelante NGA) no tipifica delitos o infracciones respecto de los cuales la administración deba perseguir la aplicación de una sanción, sino que protege “el principio de legalidad tributaria, cuya consecuencia es precisamente la aplicación de los impuestos eludidos, lo que claramente no puede ser calificado como una sanción”, sin perjuicio –agrega- de las sanciones

---

<sup>257</sup> En el mismo sentido, Matus (2014) p.268.

que dicho incumplimiento pueda traer consigo y que el legislador establece específicamente en el ámbito sancionatorio tributario.

En tercer lugar, se entiende que existe abuso cuando “se detecte la ejecución de actos o negocios jurídicos que, considerados individualmente o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, sino que sólo alguno de los siguientes efectos tributarios: (i) evitar total o parcialmente la realización del hecho gravado; (ii) disminuir la base imponible o la obligación tributaria; (iii) postergar o diferir el nacimiento de la obligación tributaria”. Por otro lado, existe simulación para efectos tributarios “cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento”. En este sentido, se considera el caso de simulación relativa cuando “se oculte, a través del acto fingido, la configuración de un hecho gravado, los elementos constitutivos, verdadero monto o data de nacimiento de la obligación tributaria, produciendo el efecto de eludir el pago, disminuir la base imponible o de obtener algún otro tipo de beneficio tributario”.

Contrario a aquello que establece la circular del Servicio, hay quienes<sup>258</sup> sostienen que las conductas elusivas sancionadas por la NGA no podrían a su vez ser punibles a título de delitos tributarios, idea que surge porque algunas conductas que antes eran consideradas evasivas, el Servicio las interpreta ahora como elusivas. Es el caso del ejemplo de elusión propuesto en la Circular N° 65: que los ejecutivos de una empresa reciban bonos a través de sociedades para no pagar el impuesto único a los trabajadores. De esta manera, por la nueva ley y su interpretación hay conductas que han sido consideradas tradicionalmente como evasivas y que ahora pasarán a

---

<sup>258</sup> Esto es sostenido por el abogado Ricardo Escobar en una Minuta que circuló en el Congreso durante el año 2015 referida al financiamiento de la política. En ella se defiende la idea que el financiamiento de campañas políticas es normalmente un gasto rechazado que no constituye delito tributario, incluso si ha habido simulación, pues en este caso la conducta es elusiva y ha sido “despenalizada por la Reforma Tributaria”. Establece específicamente en el punto 19 b) de la minuta que **“La entrega de una factura o boleta por servicios profesionales u otros para ocultar un contrato gratuito de financiamiento político, es una forma de simulación: las partes convienen y realizan un acto, pero disimulan con la apariencia de otro. Esta conducta ha sido despenalizada en la reforma tributaria de 2014.** El artículo 4 ter introducido al código tributario, señala que la simulación es una forma de elusión, es decir, un ilícito civil y no penal, donde actuando dentro de la ley se pretende reducir un tributo. En este caso se ordena el SII a ignorar el acto aparente, recharacterizar la situación y gravarla según el acto real convenido por las partes. En consecuencia, **los actos anteriores de simulación, que pudieron ser constitutivos de delitos tienen ahora un tratamiento más favorable y no pueden ser castigados**”. Minuta disponible en: <http://www.theclinic.cl/2015/06/18/el-informe-que-circulo-en-el-gobierno-por-el-delito-de-boletas-falsas-y-las-similitudes-con-la-doctrina-de-ricardo-escobar/>

ser elusivas, el punto es si esa situación supone –como algunos han afirmado- que las conductas ahora elusivas no puedan ser objeto de delitos tributarios, es decir, evasivas. En este sentido se reconocen dos tesis diferentes, la primera (en adelante tesis sustantiva) defiende la inaplicabilidad de la ley penal tributaria frente a una conducta subsumible en las normas anti elusivas; y la segunda (en adelante tesis procesal) defiende una dependencia entre el proceso penal y el procedimiento especial tributario.

Lothar Kuhlen, desde el análisis de los problemas constitucionales del fraude fiscal<sup>259</sup>, sostiene que no es compatible con el principio de legalidad el hecho que se le otorgue relevancia penal a configuraciones que suponen un abuso de derecho o una elusión de la ley tributaria, ya que “posibilitaría una aplicación analógica de las leyes tributarias”<sup>260</sup>. Sostiene Kuhlen que el ordenamiento jurídico alemán prohíbe una aplicación analógica de las leyes penales en perjuicio del ciudadano a través de cualquier aplicación del Derecho que vaya más allá del contenido de una norma legal sancionadora<sup>261</sup>. En este sentido, resultaría problemático –según el autor- si la prohibición de analogía impide la punición por fraude fiscal también cuando ésta sólo fuera posible mediante la aplicación analógica de las leyes tributarias concretas<sup>262</sup> (como por ejemplo, las normas anti elusivas). Frente a este problema, la opinión mayoritaria es otorgar relevancia penal a ciertas conductas que suponen abuso de derecho o elusión de la ley tributaria, cuestión que –según Kuhlen- es dudoso que sea compatible con el principio de legalidad<sup>263</sup>. En el caso alemán, la teoría dogmático-jurídica en su opinión mayoritaria ha propuesto una fundamentación como la que sigue: el artículo 42 AO<sup>264</sup> es una norma general anti elusiva y por tanto, en el caso que la aplicación de esta nos lleve a la aplicación del artículo 370.1 AO, es decir, a la configuración de un delito tributario, esta “no sería aplicación analógica alguna ya que falta una laguna legal. Queda excluida por tanto una vulneración de la prohibición de analogía”<sup>265</sup>, como lo reconoce el mismo Kuhlen. Sin embargo, agrega que puede ser cuestionable si el tipo delictivo está suficientemente definido, en la medida que su aplicabilidad se apoya en el 42 AO, enfatizando en que las

---

<sup>259</sup> Kuhlen (2015) p.73.

<sup>260</sup> Kuhlen (2015) p.78.

<sup>261</sup> Kuhlen (2015) pp.76-77.

<sup>262</sup> Kuhlen (2015) p.77.

<sup>263</sup> Kuhlen (2015) p.78.

<sup>264</sup> Art.42 AO. La ley tributaria no podrá ser eludida mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica que ofrece el derecho. En caso de abuso nacerá el crédito tributario tal como hubiera nacido con arreglo a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos.

<sup>265</sup> Kuhlen (2015) p.79.

disposiciones generales sobre fraude a la ley pueden ser problemáticas debido a su relativa indefinición<sup>266</sup>. Parece ser que la prevención que realiza Kuhlen y que recogen algunos abogados en Chile, es más bien una cuestión puramente contingente respecto de la configuración positiva del delito tributario y la búsqueda de una interpretación adecuada en cuanto a la concurrencia de una conducta elusiva que a su vez sea objeto de un delito tributario y, no así, una argumentación sustantiva respecto de la inaplicabilidad de la ley penal tributaria cuando concurre una norma anti elusiva

Por otra parte, el profesor Matus defiende un argumento procesal en el mismo sentido. Así, reconoce en un primer momento la diferencia entre ambas responsabilidades, por un lado aquella infraccional o administrativa donde el abuso y la simulación comprobados objetivamente caben bajo los supuestos de las reglas generales anti elusivas a través del procedimiento especial de declaración del nuevo artículo 160 bis del Código Tributario; por otro lado, los casos en que tal abuso o simulación constituyan a la vez infracciones del artículo 97 del Código Tributario. Sin embargo establece que en estos casos, “es discutible que no sea también exigible tal declaración, ya que el Director del Servicio no parece estar ahora facultado para hacerla por sí mismo”<sup>267</sup>. Frente al argumento del profesor Matus, surge la siguiente pregunta: ¿por qué si se trata de dos procesos totalmente distintos –penal y tributario- hace depender la primera de la calificación jurisdiccional de la segunda?

Es objeto de esta tesis mostrar que un entendimiento como el anterior, sea desde una tesis sustantiva o procesal, supone desconocer la justificación de los delitos tributarios como diferente a aquélla de la obligación tributaria, en aquellos casos en que no existe identidad positiva. Para sostener la diferencia y relación que existe entre las normas anti elusión y los delitos tributarios<sup>268</sup>, hay que recordar la distinción conceptual básica entre elusión y evasión a la que también se refiere la circular del Servicio mencionada. Por una parte, la evasión se refiere a las conductas desarrolladas por los contribuyentes para, de manera ilegal, incumplir con sus obligaciones tributarias, cuestión que generalmente conlleva un castigo o pena en atención a la gravedad de las conductas, de manera que la evasión se encuentra en el ámbito del derecho penal tributario. La elusión, por otra parte, supone cumplir formalmente con la ley pero dejarla substantivamente sin

---

<sup>266</sup> Ibid.

<sup>267</sup> Matus (2014) p.268.

<sup>268</sup> Saffie (2015)

efecto, “es una forma de evitar el pago de impuestos usando formalmente la ley para ir contra su sentido (o espíritu)”<sup>269</sup>, es por tanto un fraude a la ley, de manera que en general, los sistemas jurídicos reaccionan a la elusión cobrando los impuestos que realmente corresponde aplicar.

Esta distinción, reconocida explícitamente por el Servicio, se encuentra también recogida en la ley 16.271 sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, específicamente en sus artículos 63 y 64, los cuales señalan que “el Servicio de Impuestos Internos podrá investigar si las obligaciones impuestas a las partes por cualquier contrato son efectivas, si realmente dichas obligaciones se han cumplido o si lo que una parte da en virtud de un contrato oneroso guarda proporción con el precio corriente en plaza, a la fecha del contrato, de lo que recibe en cambio. Si el Servicio comprobare que dichas obligaciones no son efectivas o no se han cumplido realmente (...) liquidará y girará el impuesto que corresponda”, agregando el mismo artículo que “la liquidación del impuesto conforme a este artículo no importará un pronunciamiento sobre la calificación jurídica del respectivo contrato para otros efectos que no sean los tributarios”. Así, el artículo 64 agrega que “las personas que figuren como partes en los actos o contratos a que se refieren los artículos precedentes de este capítulo, a quienes se les compruebe una actuación dolosa encaminada a burlar el impuesto y aquellas que, a sabiendas, se aprovechen del dolo, serán sancionadas de acuerdo con el N° 4° del artículo 97 del Código Tributario”, siendo “solidariamente responsables del pago del impuesto y de las sanciones pecuniarias que correspondan, todas las personas que hayan intervenido dolosamente como parte en el respectivo acto o contrato”.

Otro caso que permite ilustrar la diferencia es el ya mencionado nuevo artículo 14 letra e) de la Ley del Impuesto a la Renta, donde se impone la obligación a los contribuyentes que invierten en el extranjero de entregar cierta información referida a sus inversiones y si no lo hacen, se presume una conducta elusiva y se aplica la tributación que corresponda de acuerdo al artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta ya que se presume que tales inversiones constituyen retiros de especies o cantidades representativas de desembolsos de dinero que no deben imputarse al valor o costo de los bienes del activo. Así, la ley presume una conducta elusiva y grava las operaciones sin necesidad de que exista un elemento subjetivo en la conducta del contribuyente, pero diferencia el caso en que éste omita o entregue información falsa maliciosamente, estableciendo en el mismo

---

<sup>269</sup> Saffie (2015)

artículo que entonces se aplicarán las penas del artículo 97 n°4 del Código Tributario. En estos términos, el artículo diferencia claramente ambos tipos de problemas y exigencias.

Queda claro a través de la distinción conceptual que se trata de dos categorías que buscan resolver cuestiones distintas, lo que a su vez está lejos de significar que éstas no puedan concurrir, es decir, que en algunos casos las conductas elusivas puedan considerarse como antecedentes para aquellas evasivas, lo que también ocurre con instituciones en otras ramas del derecho, por ejemplo, que el dolo civil en un contrato implique la nulidad del mismo, no obsta a que en el mismo caso se cumplan los requisitos típicos del delito penal de la estafa, así algunos contratos celebrados con dolo civil serán constitutivos del delito de estafa y otros no, sin que exista ningún problema conceptual entre las instituciones del dolo civil y el delito penal de estafa. De la misma manera, afirma Hernández que “[n]aturalmente no tiene nada de mitológico constatar que existen diferencias entre un ilícito civil y uno penal, como tampoco que no es lo mismo el incumplimiento de un contrato que una estafa. Todo esto es evidente. Lo que no es evidente y es más bien abiertamente erróneo, es creer que tales diferencias son de una naturaleza excluyente, de modo que un supuesto de hecho sólo puede ser calificado de una u otra forma, como si fraude civil y fraude penal se repelieran como agua y aceite. Esta creencia es, desde luego, absurda, pues un mismo supuesto de hecho puede perfectamente satisfacer las exigencias de una y otra calificación”<sup>270</sup>.

De la misma manera recogen estas distinciones conceptuales la nuevas normas anti elusión, en tanto establecen que en los casos de abuso de las formas jurídicas o simulación, los tribunales tributarios pueden aplicar los impuestos que correspondan según la ley, recurriendo a criterios objetivos que no consideran, como sí lo hacen los delitos tributarios, elementos subjetivos como el dolo para calificar una operación como elusión. En conclusión, “el legislador configuró de manera distinta el ámbito de los delitos tributarios del de la elusión. Así, algunas operaciones celebradas con abuso de las formas jurídica o simulación serán constitutivas de delitos tributarios concurriendo las circunstancias, mientras que otras no”<sup>271</sup>. El Servicio, por su parte, también reconoce esta distinción en la interpretación que hizo en la Circular N° 65, a través del establecimiento de un procedimiento para aquellos casos en que puedan aplicarse las normas anti

---

<sup>270</sup> Hernández, H. (2001) p.158.

<sup>271</sup> Saffie (2015)



elusión y además concorra un delito tributario<sup>272</sup>. Así, tanto la ley como la interpretación administrativa de la misma entienden que las nuevas normas anti elusión “no están estructuradas para hacer inaplicable la vía penal tributaria”<sup>273</sup>. En contrario, ambas vías pueden concurrir en un caso particular porque las normas anti elusión buscan cobrar los impuestos debidos y no establecer penas o sanciones y suponer lo contrario es equivalente a comprender que los impuestos son un reproche a la realización de determinadas conductas<sup>274</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Suprema en la sentencia Rol N° 27.783-14 con fecha 23 de diciembre de 2015, recalifica una operación atendiendo al verdadero sentido de la ley y los hechos de la causa en aplicación de los artículos 19 y 20 del Código Civil referido a la interpretación de la ley, en forma coincidente con la cláusula general antielusión y curiosamente sin mencionar la palabra “elusión”. El recurso de casación en el fondo interpuesto denuncia la falsa aplicación del antiguo inciso cuarto del artículo 41 de la Ley de Impuesto a la Renta, ya que según el recurrente esta disposición se aplica en la enajenación de derechos en sociedades de personas y no en la enajenación de acciones. Sin embargo, la Corte determinó que la enajenación de acciones debía recalificarse como una transferencia de derechos en la sociedad de personas ya que, con el objeto de evitar la aplicación del artículo 41 inciso cuarto, la sociedad se transformó en una sociedad anónima cerrada, capitalizando la totalidad de las cuentas de patrimonio que no habían tributado. La venta de acciones se realizó inmediatamente después de la transformación de la sociedad, en la que el vendedor tenía una participación del 99%, de manera que según la Corte se expresa en forma manifiesta el propósito del recurrente de mantener la propiedad de las acciones retirando las utilidades no distribuidas sin pagar los impuestos que las gravan. Es relevante el razonamiento de la Corte porque justamente aplica en él los conceptos que se explicitan con la cláusula general antielusión y además porque muestra cómo en ese caso y en ese tipo de caso, hay elusión sin existir delito tributario.

### 3.4.2 Límites y concurrencia del artículo 97 N° 4 inciso tercero del Código Tributario y la Norma General Anti elusión

---

<sup>272</sup> “2.1 Detección de un delito tributario durante la fiscalización de maniobras eventualmente elusivas”.

<sup>273</sup> Saffie (2015)

<sup>274</sup> Véase supra pp.25-29.

Para mostrar los límites y la concurrencia de la cláusula general antielusiva y los delitos tributarios, se analizarán diferentes hipótesis en que podrían concurrir (o no) ambos. El siguiente cuadro ofrece una descripción sinóptica de estas opciones:

<p><b>CASO 1:</b> hipótesis en que existe una obligación tributaria y la conducta es sancionable a través del artículo 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y también es aplicable la Cláusula General Antielusión a través de la recalificación de la misma obligación.</p> <p><i>“A” tiene un crédito fiscal de IVA por “x” y utiliza el sistema especial de recupero de IVA (art. 27 bis LIVA), pero para que le devuelvan un monto más alto, modifica algunas facturas y recibe “x + y”.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Existe una obligación tributaria, la conducta de A afecta el patrimonio público y a través de la falsedad material de las facturas con la intención de obtener un monto más alto se satisface el tipo subjetivo del fraude, de manera que la hipótesis es sancionable bajo el artículo citado.</li> <li>- Es posible entender la falsedad material de las facturas como forma de disimular la configuración de la naturaleza de los elementos de la obligación tributaria, entonces es aplicable la NGA. La obligación puede recalificarse correctamente para reintegrar las devoluciones indebidas.</li> </ul>
<p><b>CASO 2:</b> hipótesis en que hay una obligación tributaria real y la conducta es sancionable por el artículo 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y también es aplicable la Cláusula General Antielusión.</p> <p><i>“A” tiene un crédito de IVA por recuperar de “x” y para que le devuelvan un monto más alto simula que ciertas ventas internas son exportaciones para poder imputarlas como crédito fiscal.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Existe obligación tributaria y se utiliza un medio fraudulento, a saber, la simulación de operaciones en el extranjero, con la intención de obtener una devolución más alta, de manera que es aplicable el artículo 97 N°4 inciso 3°.</li> <li>- Se disimula la configuración de los elementos constitutivos de la obligación tributaria para modificar su monto. Se puede recalificar la operación a efectos de</li> </ul>

	<p>reintegrar las devoluciones indebidas, por lo que es aplicable la CGA.</p>
<p><b>CASO 3:</b> hipótesis en que hay una obligación tributaria falsa y la conducta es sancionable a través del artículo 97 n°4 inciso 3 del Código Penal y no es aplicable la Cláusula General Antielusión.</p> <p><i>“A” no tiene ningún crédito fiscal de IVA, pero compra una serie de facturas falsas a “C” para generar la devolución “x” del crédito.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La obligación tributaria se simula a través de la falsedad material e ideológica de las facturas con la intención de recibir devoluciones indebidas, por lo que es posible aplicar el artículo 97 N° 4 inciso 3°.</li> <li>- No es aplicable la CGA ya que no hay ninguna operación que pueda recalificarse, es decir, no existe obligación tributaria respecto de la cual se disimulen sus elementos. No hay un fraude a la ley tributaria en este caso, pues el derecho tributario grava la operación simulada.</li> <li>- Aquí puede notarse la diferencia entre la simulación penal y tributaria.</li> </ul>
<p><b>CASO 4:</b> hipótesis en que existe una obligación tributaria y la conducta no es sancionable como delito tributario, pero es posible recalificarla en aplicación de la Cláusula General Antielusión.</p> <p><i>“A” es socio de la sociedad “Z”, la cual se transforma en una sociedad anónima cerrada “ZZ” y acto seguido vende una cantidad “x” de acciones a la sociedad de personas “W” en la cual “A” tenía una participación del 99%.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La venta de acciones realizada aparece frente al derecho tributario como una forma de transferir los derechos en una sociedad de personas y se trata de un hecho gravado. Así, hay abuso entendido como fraude a la ley, pues ésta no se aplica en atención a su verdadero sentido o sustancia. La solución desde la aplicación de la NGA es gravar la operación como una transferencia de derechos sociales y no venta de acciones. No hay delito tributario porque no se</li> </ul>

	genera la obligación tributaria ni tampoco se simula.
--	---

El análisis de los casos propuestos muestra cómo una misma conducta debe analizarse en cuanto a la existencia de problemas elusivos y evasivos, pues como se sostuvo anteriormente, ambos responden a cuestiones diferentes, por lo que pueden concurrir frente a una misma conducta, evidenciando sus diferencias según la existencia de una obligación tributaria a través de la realización del hecho gravado. Mientras en el caso de la aplicación de la cláusula general anti elusión el análisis debe centrarse en el abuso o simulación de las formas jurídicas para evitar o desnaturalizar la configuración de una obligación tributaria, que puede no existir; en el caso del delito tributario el análisis deberá centrarse en la intención dolosa de evadir o reducir el monto de un impuesto, o de recibir una devolución o beneficio indebido cuando exista una obligación o bien se simule.

## CONCLUSIONES

1. La revisión del estado de la cuestión permite concluir que el bien jurídico identificado en los delitos tributarios ha sido tradicionalmente la Hacienda pública, sea desde una concepción puramente patrimonial entendida como un conjunto de bienes y derechos de titularidad estatal; desde una concepción funcional como instrumento de recaudación o realización de la función pública; o desde un grupo de teorías conciliadoras que reconocen como bien jurídico mediato el orden público económico o la función pública de los impuestos y como bien jurídico inmediato el patrimonio estatal. El bien jurídico tradicional Hacienda Pública es un reflejo del paradigma clásico del derecho tributario, cual comprende los impuestos como instrumentos económicos destinados a recaudar (medios para un fin). Lo anterior es problemático porque esta comprensión del derecho tributario no permite dar cuenta de problemas como la elusión y los delitos tributarios, es decir, no provee de un aparato teórico capaz de explicar y justificar ciertos fenómenos relevantes como aquél objeto de esta tesis.
2. La tesis propuesta por el profesor Francisco Saffie comprende al derecho tributario como una práctica de reconocimiento recíproco y desarrolla un cuerpo teórico que, en cambio, si permite dar cuenta y explicar problemas como la elusión y los delitos tributarios, razón por la cual será relevante en la justificación de la protección penal de los mismos. Lo anterior sumado a la así llamada tesis de la independencia, que sugiere una explicitación y reconocimiento de la diferencia conceptual entre la justificación de una obligación tributaria y la justificación referida a la imposición de una sanción penal tributaria, se constituyen como las bases de la reconstrucción del bien jurídico propuesto en esta tesis.
3. En estos términos, la reconstrucción del bien jurídico tradicional Hacienda Pública supone, por una parte, identificar la justificación de la protección penal y, por otra, identificar propiamente “lo protegido” u objeto de protección. Así, la protección penal se justifica desde el mal compartido reificación, entendido como el olvido del reconocimiento, es decir, sancionamos a través del derecho penal las conductas que importan una evasión respecto de la obligación de pagar impuestos porque etiquetamos como un mal común que las relaciones intersubjetivas dentro de una comunidad política sean meramente instrumentales e individuales, porque el bien interno del derecho

tributario implica reconocer al otro y no tratarlo como medio en el contexto del cálculo automático sobre el capital, sino como parte de la decisión democrática sobre los fines del gasto público. Luego, el objeto de protección en los delitos tributarios se identifica como la formación del patrimonio público en cuanto posibilidad de decisión sobre el gasto público. Así, la institución de los impuestos se considera valiosa y se constituye como bien jurídico, por ser condición de posibilidad de la decisión democrática sobre el gasto público en la formación del patrimonio público, lo cual implica reconocer que el patrimonio tiene también una dimensión política, además de una económica, que se materializa en la definición democrática del gasto público a través de la ley de presupuesto. Se trata de un bien jurídico colectivo e institucional, lo cual tiene una serie de problemas frente al modelo de imputación del derecho penal liberal que protege esferas personales de libertad.

4. La reconstrucción del bien jurídico en los términos propuestos tiene consecuencias en la interpretación de los tipos penales establecidos en el artículo 97 del Código Tributario chileno. Para los efectos de esta tesis, el rendimiento descriptivo de la reconstrucción del bien jurídico se evalúa específicamente en la sistematización de la categoría delitos tributarios y específicamente, la interpretación del artículo 97 n°4 inciso 3° del Código Tributario y la Cláusula General Antielusión, llegando a las siguientes conclusiones. Respecto de la sistematización de los delitos tributarios, se propone una definición sustantiva de la categoría como aquellas acciones y omisiones típicas antijurídicas y culpables que afectan el patrimonio público mediante la evasión, reducción o aumento de una devolución o beneficio, referidos al monto a pagar en razón de una obligación tributaria real o simulada. De un análisis del artículo 97 del Código Tributario es posible concluir que la categoría delitos tributario es hoy demasiado amplia e irracional, pues incluye conductas que solo indirectamente se conectan con la afectación del bien jurídico protegido, otras que no satisfacen las exigencias del tipo subjetivo, así como tampoco se clarifica la relación de las conductas con las correspondientes obligaciones tributarias.
5. Respecto de la lectura del artículo 97 n°4 inciso tercero del Código Tributario es posible concluir lo siguiente: en primer lugar, se establece un concepto amplio de fraude que incluye en ciertos casos conductas elusivas dentro del género “maniobras fraudulentas” del artículo 97 n°4 inciso 3°; en segundo lugar, la descripción típica supone la realización por parte del Estado de “devoluciones indebidas” de impuestos, cual se constituye como el

resultado perjudicial o afectación del bien jurídico común a todo los delitos tributarios, no siendo entonces una excepción este artículo sino sólo por que en estos casos lo “defraudado” se constituye como una disposición y no como una expectativa legítima, para su determinación en ambos casos se establece un concepto de perjuicio según la doctrina de frustración del fin así como una construcción política del concepto de patrimonio. Paralelamente se analiza la interpretación y aplicación de la nueva Cláusula General Antielusión, evidenciando que esta tiene una justificación y estructura diferente de los delitos tributarios, particularmente porque no se exige el tipo subjetivo.

6. Por último, el ejercicio analítico referido a la posibilidad de concurrencia entre el artículo 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la nueva Cláusula General Antielusión, permite delinear con mayor claridad la diferencia de justificación entre ambas figuras, mostrando la posibilidad de concurrencia frente a una misma conducta, así como establecer los límites y alcances de conceptos como simulación, abuso del derecho, falsedad, dolo, rol de la obligación tributaria y otros, en uno y otro caso.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALCÁCER, R. 2002 La protección del futuro y los daños cumulativos. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 4(8): 1-30.
2. AMELUNG, K. 2007. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En: HEFENDELH, R. (coord.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Marcial Pons. pp.227-264.
3. ARANEDA, H. 1966. La Administración Financiera del Estado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 237p.
4. ATRIA, F. y SALGADO, C. 2015. La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile. Santiago, Thomson Reuters. 135p.
5. BACIGALUPO, E. 2000 (dir.) Derecho penal económico. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. 578p.
6. BAJO, M. y BACIGALUPO, S. 2010. Derecho Penal Económico. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 784p.
7. BASCUÑÁN, A. 2004. Delitos contra intereses instrumentales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez I: 291-362.
8. BRUNKHORST, H. 2005. Solidarity From civic friendship to a global legal community. Cambridge, MIT Press. 262p.
9. CASAS, I. 2005. El fraude de ley tributaria no constituye delito fiscal porque no implica ocultación ni engaño: la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se opone a la tesis del Tribunal Supremo. Actualidad Jurídica Uría Menéndez 12: 86-91.



10. DE LA MATA BARRANCO, N. 1996. Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Barcelona, Cedecs. 271p.
11. ALTAMIRANO, A. y RUBINSKA, R. 2008 (coord.) Derecho Penal Tributario. Tomo I. Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina. 1421p.
12. ECHEVERRÍA RAMÍREZ, R. 2014. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del artículo 305 C.P Español. Revista electrónica de ciencia penal y criminología 16(4): 1-39.
13. ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal. Parte especial. Tomo III. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 490p.
14. FRISCH, W. 2007. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. En: HEFENDELH, R. (coord.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Marcial Pons. pp.309-339.
15. GARCÍA CAVERO, P. 2007. Derecho Penal Económico. Parte especial tomo II. Lima, Editorial jurídica Grijley. 894p.
16. GARCÍA MARTÍN, L. 1994. Nuevas perspectivas del derecho penal tributario: las funciones del tributo como bien jurídico. Actualidad Penal 1(10): 183-216.
17. GARCÍA NOVOA, C. 2003. El delito fiscal. Aspectos jurídico tributarios. Dereito 12 (2): 37-84.
18. GIULIANI FONROUGE, C. 1982. Derecho Financiero. Volumen I, 3ª edición. Buenos Aires, Editorial Depalma. 958p.

19. GREEN, S. 2013. Mentir, hacer trampa y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco. Madrid, Marcial Pons. 399p.
20. \_\_\_\_\_. 2004. Cheating. *Law and Philosophy* 23(2): 137-185.
21. \_\_\_\_\_. 2009. What is wrong with tax evasion? *Houston Business and Tax Journal*: 220-233.
22. HEFENDEHL, R. 2007. El bien jurídico como eje material de la norma penal. En: La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Marcial Pons. pp.179-196.
23. \_\_\_\_\_. 2013. Los delitos contra la Administración de Justicia: importancia, estructura y desarrollos. *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales* 2(1): 39-68.
24. HERNÁNDEZ, H. 2001. Aproximación a la problemática de la estafa. En: Universidad Católica de Temuco Problemas Actuales de Derecho Penal. pp.147-190.
25. \_\_\_\_\_. 2012. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Política Criminal* 7(13): 147-167.
26. HERNÁNDEZ, N. 2013. El fraude tributario: problemas relativos a la punibilidad de la elusión fiscal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 212p.
27. HONNETH, A. 2008. Reification. A new look at an old idea. New York, Oxford University Press. 161p.
28. \_\_\_\_\_. 2007. Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento. Buenos Aires, Katz Editores. 150p.

29. \_\_\_\_\_. 2009. Crítica del agravio moral. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica. 428p.
30. HORVITZ, M. 1989. El delito de obstruccionismo fiscal. Estudio político-criminal y dogmático del artículo 350 bis del Código Penal español. Tesis para la obtención del grado de doctor. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona. 503p.
31. JAKOBS, G. 2003 ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En: Universidad Externado de Colombia. 2003. El funcionalismo en derecho penal. Universidad Externado de Colombia: Libro homenaje al profesor Günter Jakobs. Bogotá, Edición de la Universidad. pp.41-56.
32. JARACH, D. 1982. El Hecho imponible. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 217p.
33. KINDHAÜSER, U. 2011. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal. ADPE 1: 51-58.
34. \_\_\_\_\_. 2002. Estudios de Derecho Penal Patrimonial. Lima, Grijley. 200p.
35. \_\_\_\_\_. 2009a. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. InDret 1: 1-19.
36. \_\_\_\_\_. 2009b. La lógica de la construcción del delito. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia 14: 499-509.
37. \_\_\_\_\_. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Política Criminal 3: 1-19.
38. KRUSE, H. 1973. Derecho Tributario, parte general. Munich, Editoriales de Derecho Reunidas S.A. 627p.

39. KUHLEN, L. 2015. Cuestiones fundamentales del delito de fraude fiscal. Madrid, Marcial Pons. 277p.
40. LAPORTA, M. 2013. Delito Fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico. Buenos Aires, Editorial B de F. 407p.
41. MACINTYRE, A. 2009. Tras la virtud. Barcelona, Editorial Crítica. 350p.
42. MAÑALICH, J.P. 2012. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. *Política Criminal* 7(14): 357-377.
43. \_\_\_\_\_. 2006. La protección del Medio Ambiente bajo el nuevo Código Penal de Puerto Rico. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 7(2): 503-527.
44. \_\_\_\_\_. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis* (2): 21-70.
45. MARSHALL, S.E. y DUFF, R.A. 1998. Criminalization and Sharing Wrongs. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 11(1): 7-22.
46. MARTÍNEZ COHEN, R. 2007. El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (29): 351-378.
47. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. 2015. Derecho Penal Económico y de la empresa Parte especial. 5ª Ed. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch. 1031p.
48. \_\_\_\_\_. 1995. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. *Estudios Penales y Criminológicos* 18: 123-196.

49. MASSONE, P. 2010. Infracciones tributarias. 2ª ed. Santiago, Thomson Reuters. 616p.
50. MATUS BENAVENTE, M. 1964. Finanzas Públicas. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 308p.
51. MATUS, J.P. 2012. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. *Política Criminal* 7(14): 318-356.
52. \_\_\_\_\_. 2013. De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art.285 del Código Penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández. *Política Criminal* 8(15): 314-362.
53. \_\_\_\_\_. 2014. Aspectos penales de la Reforma Tributaria. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* (6): 261-268.
54. MAYER LUX, L. 2007. El patrimonio del Estado como objeto de protección penal. *Revista de Derecho PUCV* 39: 205-234.
55. PALLAVICINI, J. 2015. Derecho Público Financiero. Santiago, Thomson Reuters. 382p.
56. RADOVIC, A. 2010. Sistema sancionatorio tributario: infracciones y delitos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 241p.
57. RODRÍGUEZ COLLAO, L. y OSSANDÓN WIDOW, M. 2005. Delitos contra la función pública: el derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 498p.
58. RODRÍGUEZ COLLAO, L. 1987. Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 11: 117-163.

59. \_\_\_\_\_. 2005. La función pública como objeto de tutela penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26: 325-340.
60. \_\_\_\_\_. 2006. La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político criminales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 27: 243-265.
61. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A. 1995. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, Libros Dykinson. 1412p.
62. ROXIN, C. 1997a. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed.* Madrid, Civitas. 1071p.
63. \_\_\_\_\_. 1997b. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. 2ª ed.* Madrid, Civitas. 1071p.
64. SAFFIE, F. 2013. *Taxes as practices of mutual recognition: towards a general theory of tax law. Presented for the Degree of Doctor of Philosophy.* Edinburgh, The University of Edinburgh. 255p.
65. \_\_\_\_\_. 2012. El impuesto a las herencias como una institución de justicia. *Estudios Públicos* 126: 123-161.
66. \_\_\_\_\_. 2015. Sobre las nuevas normas antielusión y la evasión tributaria. *El Mostrador*, Santiago, Chile, 27 de agosto, opinión.
67. SÁNCHEZ OSTIZ, P. 2003. Fraude tributario. En: Silva Sánchez, J.M. ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial. Madrid, Marcial Pons. pp.91-125.

68. SCHLACK, A. 2008. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho* 35(2): 261-292.
69. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir). 2003 *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*. Madrid, Marcial Pons. 399p.
70. VALENZUELA, J. 2011. *Compartir el mal. Sobre la justificación política del mandato de impedir determinados delitos en el Derecho Penal Español*. Tesis para la obtención del título de Doctor. Girona, Universidad de Girona. 298p.
71. VAN WEEZEL, A. 2007. *Delitos tributarios*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 206p.
72. VIVEROS, M. y RAMÍREZ, E. 1997. *Delito tributario*. Santiago, Ediciones Jurídicas Congreso. 303p.
73. WILENMANN, J. 2011. La Administración de Justicia como un bien jurídico. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso* 36: 531-573.
74. \_\_\_\_\_. 2014. Sobre la estructura dogmática de los delitos de falsedad en el proceso. *Ius et Praxis* 20(2): 71-108.

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

N°57 - DICIEMBRE 2013



# REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°57 - Diciembre 2013

## **Fiscal Nacional y Representante Legal:**

*Sabas Chahuán Sarrás*

## **Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:**

*Pablo Campos Muñoz*

## **Comité Editorial:**

*Pablo Campos Muñoz*

*Coordinador*

*Karen Guzmán Valenzuela*

*Sandra Luco Castro*

*Ricardo Mestre Araneda*

*Antonio Segovia Arancibia*

## **Colaboradores:**

*Andrea González Leiva*

*David Opazo Meneses*

*Soledad Poblete Moya*

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Toda solicitud de canje o donación de la Revista debe dirigirse a la Biblioteca de la Fiscalía Nacional.

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: [sluco@minpublico.cl](mailto:sluco@minpublico.cl)

Teléfono: 2965 9693

Las sentencias publicadas en esta Revista, se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual o violencia intrafamiliar, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, casos en el cuales los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

# ÍNDICE

## PRÓLOGO

### I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

#### Artículos

Desde el inquisitivo al acusatorio formal, evoluciones e involuciones a más de 10 años de la gran Reforma Procesal Penal 9  
*Rodrigo Cerda San Martín*

#### Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Declaración de imputado sin la presencia de abogado defensor. Derecho a no autoincriminarse. Buena fe de funcionarios policiales 17  
*Corte Suprema*

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 389 del Código Procesal Penal 29  
*Tribunal Constitucional*

### II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y A LOS TESTIGOS

#### Artículos

Origen y evolución del sistema de protección a víctimas y testigos en Chile 45  
*Carmen Barra Jofré*

### III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Artículos

La querrela de capítulos y los jueces de policía local 73  
*Claudia Ortega Forner*

#### **IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES**

##### **Sentencias Comentadas**

- Facultades de la policía marítima de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante 95  
*Renzo Figueroa Aste*

#### **V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

##### **Artículos**

- Algunos desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales en torno a los delitos contemplados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal 127  
*Karen Guzmán Valenzuela*

#### **VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS, MEDIOAMBIENTALES Y CRIMEN ORGANIZADO**

##### **Artículos**

- Punibilidad de los fraudes cometidos mediante falsificación y uso de licencias médicas falsas 177  
*Verónica Rosenblut Gorodinsky*
- Algunas consideraciones sobre el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable 191  
*Angélica Torres Figueroa*

#### **VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS**

##### **Artículos**

- Estudio de caracterización del delito adolescente: lo que develan las estadísticas 217  
*Francisco Maffioletti Celedón y Alejandra Vera Azocar*

## PRÓLOGO

Junto con el inicio del nuevo siglo, comenzó a regir de manera gradual el nuevo proceso penal en nuestro país.

A más de una década de funcionamiento, hoy ya no es un tema novedoso, y su funcionamiento forma parte del normal acontecer nacional, habiendo sido incorporado por la población como una más de las reglas del juego de nuestra sociedad.

Sin embargo, el estar plenamente incorporado en el quehacer judicial del país, no significa que su estudio, los aciertos o errores que se presenten en su aplicación concreta, o las dudas o discusiones que éstos puedan generar, sean cosas del pasado. Por lo mismo, en materia penal no sólo se sigue profundizando y avanzando en lo referido al actuar penal ilícito, sino también en lo procedimental, y como solemos hacer presente, con la publicación de nuestra Revista Jurídica, pretendemos aportar en el desarrollo en nuestro país de la ciencia penal, así como del estudio del proceso penal.

Así es como en esta edición presentamos la ponencia de don Rodrigo Cerda San Martín, Ministro de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, sobre la evolución de nuestro antiguo sistema inquisitivo al actual. Por otra parte, y desde la aplicación judicial concreta, nos referimos a sendos fallos que resuelven materias tan trascendentes como la declaración de un imputado sin la presencia de un abogado defensor o la procedencia de un recurso de inaplicabilidad referido al artículo 389 del Código Procesal Penal, así como también una sentencia comentada que se refirió a las facultades de la policía marítima.

Del mismo modo, presentamos interesantes artículos elaborados por nuestras Unidades Especializadas que abordan diversas temáticas que van desde el fraude cometido a través de licencias médicas falsas, el lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, y la querrela de capítulos en el caso de los jueces de policía local, hasta la evolución dogmática y jurisprudencial de los delitos tipificados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal, entre otros.

**SABAS CHAHUÁN SARRÁS**  
Fiscal Nacional



MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---





## DESDE EL INQUISITIVO AL ACUSATORIO FORMAL, EVOLUCIONES E INVOLUCIONES A MÁS DE 10 AÑOS DE LA GRAN REFORMA PROCESAL PENAL

Rodrigo Cerda San Martín<sup>1</sup>

*Sumario. 1.- Ideas preliminares. 2.- El riesgo del error. 3.- Importancia de los principios para la vigencia de la garantía epistémica. 4.- La presunción de inocencia y el estándar de convicción. 5.- Conclusiones.*

### 1. Ideas preliminares

Hemos querido exponer acerca de lo que ha significado la Reforma Procesal Penal en el ejercicio de la función jurisdiccional, transcurridos ya más de diez años desde su gradual entrada en vigencia, que en el caso de la región del Biobío data del año 2003.

Trataremos de ordenar, con ese fin, un conjunto de ideas que corresponden a la experiencia de un juez que estuvo en el período anterior a cargo de un tribunal con competencia en materia penal, o sea un juez inquisitivo, de aquellos que determinaban de oficio las cautelares personales, investigaban los hechos punibles denunciados, coordinando el trabajo de las policías y órganos auxiliares, procesaban a los reos, acusaban y, después de un amago de juicio, que recibía el nombre de plenario, sentenciaban al acusado, condenando –las más de las veces– o absolviendo.

Nos encontrábamos, entonces, dentro del grupo de jueces que, en los momentos iniciales, fueron calificados como “contaminados”, pues se consideraba que traíamos incorporada una cultura jurídica de carácter inquisitiva difícil de borrar, pero que, no obstante ello, debían ser considerados para las nuevas dotaciones de jueces de garantía y orales, en atención a que no había personal de reemplazo suficiente para empezar efectivamente de cero.

Después de superar los procesos de selección y nombramientos, vino la capacitación profunda acerca del sistema que se iba a implementar, sus principios y reglas. En esos cursos de formación inicial debimos internalizar los grandes valores en que se sustentaba el nuevo Código Procesal Penal e idear la forma de concretizar en las audiencias y demás actuaciones tales postulados y normas abstractas. Se trataba de un escenario absolutamente diferente,

1 Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción y Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados (2012-2014). Ponencia presentada en la jornada de conmemoración de los diez años de la reforma procesal penal en la Región del Biobío, organizada por el Ministerio Público de Concepción, 8 de noviembre de 2013.

que exigía habilidades y destrezas diversas de parte de los sujetos procesales e intervinientes.

Nuestros profesores se esforzaron al máximo para procurar que estos futuros jueces y demás operadores generaran efectivamente el cambio que se esperaba, de modo que las capacitaciones fueron muy intensas y acabadas, logrando, al menos, inocular en nuestras conciencias la importancia de los principios inspiradores de la reforma, muchos de los cuales constituían, además, sendos derechos y garantías fundamentales, dentro del contexto de un “*proceso penal constitucionalizado*”.

En ese escenario nos propusimos ser adecuados jueces para el sistema, aprender esta nueva forma de trabajo y eliminar del pensamiento de las autoridades de la época todos los temores y suspicacias que nuestras funciones precedentes generaban. Para ello se requería dirigir los debates en las audiencias públicas de un modo claro y eficiente, exigiendo el respeto irrestricto de los principios de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción, todo lo cual se tradujo en la adopción de una serie de ritos procesales coherentes con tales postulados, lo que incluyó la definición de la estructura de las distintas audiencias, los tiempos máximos de uso de la palabra, escuchando siempre a todos los intervinientes y decidiendo los asuntos de forma verbal e inmediata.

Especial relevancia asignamos a la llamada capacitación interinstitucional, en la cual pudimos recrear mediante la simulación de roles lo que serían las futuras audiencias de control de detención, de formalización, de debate de cautelares, de cautela de garantías, de salidas alternativas, de cierre de la investigación, de preparación y de juicio oral.

## 2. El riesgo del error

Como todo era nuevo la posibilidad de errar en el ejercicio de la función era considerable y, como ya señalamos, debíamos disipar las dudas que provenían de nuestro oscuro pasado inquisitivo, vulnerador de todo tipo de derechos y garantías de los justiciables, dentro de los cuales destacaban la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la imparcialidad del tribunal.

La oralidad y la intermediación fueron elevadas al rango de principios estructurales y con esa fuerza entraron en nuestras mentes, ya nunca más actuaciones escritas, ya nunca más delegación de funciones jurisdiccionales.

Bajo esa consigna el péndulo osciló hacia el lado inversamente opuesto, en relación a la situación preexistente, sin efectuar un análisis realmente meditado acerca de los significados profundos de estas técnicas procesales y respecto de la utilidad que ellos prestan a verdaderos valores del sistema, como son el principio adversarial y el grado de certeza que el estado jurídico de inocencia imponían, esto es, la convicción más allá de toda duda razonable.

Cuántas veces instruimos a los intervinientes acerca de la prohibición de hacer lectura de escritos, llamándolos a convocarse con el principio de oralidad, lo que implicaba manifestar sus argumentos y peticiones en forma verbal; luego, al concluir el debate respectivo nos percatábamos que ahora nos correspondía a nosotros decidir y motivar también de un modo oral. No fue fácil alcanzar los estándares esperados y realizar, a su vez, audiencias en tiempos acotados en pos de la eficiencia.

La necesidad de entregar una decisión oportuna nos convirtió en jueces y litigantes que ejecutaban su labor de un modo eficiente, cumpliendo con los tiempos máximos fijados en la ley casi en la totalidad de los casos. Ello nos trajo el reconocimiento internacional y muchos jueces, fiscales y defensores fuimos convocados a exponer en otros países acerca de nuestro sistema procesal penal y especialmente por la forma óptima de utilización de los recursos.

En principio la atención se focalizó en los aspectos formales relativos al escenario de las audiencias públicas y la interpretación de las normas adjetivas. Pero, con posterioridad, empezamos a preocuparnos por cuestiones más sustanciales, tales como los errores en la identificación de los imputados, la fiabilidad de la información aportada por el órgano persecutor, la licitud de la misma, el nivel de fundamentación de las peticiones y de las decisiones preliminares y definitivas, el rol de la víctima y la vigencia de los derechos de todos los involucrados en la persecución penal. Todo lo anterior cruzado por la preocupación social y política relativa a la seguridad pública.

Para dar un salto cualitativo en el crecimiento del sistema resulta necesario hacerse cargo de tales cuestiones en forma seria y científica, sin caer en la tentación de modificar instituciones y normas, que son de la esencia, ante casos puntuales o anécdotas estadísticas.

### **3. Importancia de los principios para la vigencia de la garantía epistémica**

En lo personal, durante todos los años como juzgador penal, me pareció preocupante la existencia de condenas con mínima información de cargo y una cierta resistencia a absolver en los casos de duda razonable.

Creemos que el sistema nos llama a adjudicar la sanción penal sólo en aquellos casos en que no hay dudas razonables acerca de la existencia del hecho imputado, para luego hacer una correcta o al menos plausible aplicación del derecho vigente, todo por cierto en un contexto de debido proceso.

La posibilidad de errar es grande y por ello debemos ser rigurosos en nuestras conclusiones, motivando de un modo solvente, claro y lógico en la sentencia las razones que nos llevan a decidir de uno u otro modo.

Ante tales cavilaciones los principios de oralidad, intermediación y contradictorio asumieron un sentido sustancial y no sólo formal. Se nos presentaron, ahora, como exigencias indispensables para un juzgamiento acertado, especialmente en lo que hace al juicio fáctico. Como herramientas útiles para llegar a la verdad por aproximación o, al menos, para errar lo menos posible, esto es, para hacer vigente la garantía epistémica.

Desde la sola consideración epistemológica, la racionalidad de la conclusión fáctica se relaciona con la cantidad de información en que se sustenta (principio lógico de razón suficiente), de modo que el estándar mínimo de convicción es el de probabilidad prevalente, reducible bajo la fórmula “*más probable que no*”, lo que significa que la cantidad de información afirmativa de la hipótesis fáctica es superior a la información negativa. No basta, en consecuencia, con la existencia de evidencia de cargo, es preciso además que esa información supere un cierto nivel de racionalidad.

Lo dicho precedentemente se hace más complejo en el escenario de juzgamiento penal, en razón de trascendentes determinaciones normativas, a saber la presunción de inocencia y el estándar de convicción más allá de toda duda razonable. Sobre estas definiciones volveremos más adelante.

Visto así el tema, la intermediación y, desde ella, la optimización del contradictorio sirven a la búsqueda de la verdad, pues aportan al debate condiciones materiales que permiten la dialéctica y por el choque de versiones se mejoran las posibilidades de aproximarnos a la certeza deseada o, al menos, reducir las posibilidades de errar.

Para disminuir la eventualidad del error, los jueces debemos alejarnos de la mera subjetividad, que es arbitraria y no admite controles, asumiendo condiciones de juzgamiento y obligaciones de fundamentación que se ajusten a la racionalidad y a la normatividad existente.

Vistas así las cosas, la intermediación no puede ser concebida como un privilegio, en cuya virtud la presencia directa del juez en el debate, especialmente probatorio, implique que sólo ese juzgador puede emitir conclusiones válidas acerca de lo que se estima probado o no, como una epifanía inefable acerca de lo que es verdadero o falso, asumiendo capacidades o competencias intelectuales o parasicológicas respecto de su escrutinio a las conductas de los testigos y peritos durante el juicio, a las miradas, titubeos, quiebres de voz u otras manifestaciones a las que la psicología del testimonio no se permite emitir ninguna conclusión de validez científica.

La intermediación no puede ser una excusa del juez para explicar la nula fundamentación racional de su juicio fáctico. Nada puede concluir un juez desde la intermediación si no es susceptible de ser justificado racionalmente y, enseguida, controlado a través de los recursos procesales. Si el tribunal no fundamenta o

si sus argumentos no se ajustan a la racionalidad, esto es, a los parámetros de la sana crítica la decisión es susceptible de ser invalidada por la Corte conociendo del recurso de nulidad.

En consecuencia, no basta con que el juez esté presente en el debate, despierto y atento, asumiendo los roles que describe la ley, sino que, además, debe saber obtener desde ese escenario la información objetiva que le proporcionan los elementos de prueba y que servirán racionalmente a su juicio fáctico, utilizándolos como insumos de sus fundamentos probatorios. Así por ejemplo, si la ciencia ha demostrado, de un modo afianzado, que el testigo que titubea al responder una pregunta miente, podrá utilizar dicho conocimiento privado, como máxima de la experiencia, siendo válida la conclusión; en caso contrario, si su aseveración en ese sentido carece de todo apoyo racional, no es más que una mera subjetividad, un puro arbitrario, proscrito por los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal.

Lo dicho nos lleva a tener una opinión crítica respecto de aquellos considerados tipo utilizados en algunas sentencias de nulidad de nuestros tribunales de alzada, en el sentido que lo concluido por los jueces del fondo, en virtud del principio de inmediación, no es susceptible de control, que son soberanos y, por ende, que no cabe a la Corte entrar a revisar sus argumentos. Ello implica una denegación al derecho al recurso, lo que es inadmisibles en un proceso penal constitucionalizado.

#### **4. La presunción de inocencia y el estándar de convicción**

El estado jurídico de inocente constituye un derecho y una garantía del juzgamiento penal para el imputado, de modo que sólo es legítima la condena previo juicio, en el cual se haya demostrado con elementos de prueba serios, lícitos y contundentes que es culpable del hecho que se le atribuye, debiendo el tribunal llegar a esa conclusión después de una serie de pasos metodológicos que demuestren el cumplimiento de las exigencias racionales y normativas. Tales pasos pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- a) Describir toda la prueba rendida en el juicio, separando aquella que va a ser utilizada al momento de emitir la conclusión de aquella otra que no lo será, por diversos motivos, tales como la impertinencia, la ilicitud y la falta de fuerza epistémica.
- b) Valorar la información obtenida desde los diversos elementos de prueba seleccionados, en una apreciación conjunta, infiriendo, además, a través de procesos lógicos, aquellos otros datos que se desprenden o deducen desde la prueba directa.

- c) Emitir la conclusión fáctica propiamente tal, para lo cual será indispensable oponer efectivamente el alto estándar de prueba exigido por la ley (artículo 340 del Código Procesal Penal).

En consecuencia, podría ocurrir en un caso concreto que no obstante existir información afirmativa que sirva para predicar la verdad del hecho imputado ello no puede realizarse en razón del estándar de convicción, más allá de toda duda razonable. Ello puede acontecer, pues para condenar en el ámbito penal no basta con vencer el parámetro de la probabilidad prevalente, sino que se requiere de una probabilidad más alta.

Es un deber jurídico del tribunal utilizar y tener en cuenta ese alto estándar de convicción al momento de concluir si los hechos imputados ocurrieron o no, así lo imponen los artículos 297 y 340 del Código Procesal Penal y la sanción de su infracción es la nulidad del juicio y de la sentencia.

Las definiciones normativas en análisis vienen a fortalecer la garantía epistémica, encontrándose políticamente dirigidas a evitar un error determinado, cual es la condena de un inocente. Axiológicamente se acepta la posibilidad de absolver a uno o varios acusados, al exigir una cantidad importante de información para la decisión de condena, con tal que con ello se obtenga una reducción notable de la eventualidad de la condena de un inocente.

Para que tales propósitos sean logrables es preciso entender el estándar de “*convicción más allá de toda duda razonable*” con un sentido objetivo, esto es, como una creencia aceptada y aceptable racionalmente, donde la racionalidad está dada por la información que proviene de los elementos de prueba incorporados a juicio y la normatividad cumplida con la oposición del alto nivel de prueba que se exige.

Una visión subjetivista del estándar, donde basta la creencia del juzgador, esto es, el sentirse persuadido, al modo de la íntima convicción, tira por el suelo los mecanismos de control que el sistema prevé para evitar los errores, especialmente la eficacia del derecho al recurso. En efecto, si sostenemos que la convicción es un estado interno de la conciencia, al cual se llega irracionalmente y soberanamente a través de la inmediatez, su revisión se hace imposible y la garantía del recurso desaparece.

## 5. Conclusiones

Transcurridos ya más de diez años desde la implementación de la reforma procesal penal se hace necesario volver a revisar los cimientos en que se estructura el sistema, determinando cuáles son los principios en los que éste realmente se sustenta y el alcance práctico de los mismos.

Debemos retomar una capacitación profunda de todos los actores, que implique un crecimiento efectivo y un mejoramiento real de la actividad jurisdiccional penal.

Es nuestra obligación evitar o al menos disminuir las posibilidades de error judicial, de modo que el valor declarado por el sistema de no condenar a personas inocentes se haga efectivo, identificando las garantías que permiten obtener tal logro y generando buenas prácticas en ese sentido.

En dicho contexto, la presunción de inocencia y el estándar de convicción se erigen como garantías epistémicas que los jueces estamos llamados a respetar en el proceso intelectual de valoración de la prueba.

Bajo estas mismas ideas, los principios de oralidad, inmediación y adversarial adquieren un sentido sustancial y no meramente formal.

Finalmente, si no respetamos estos postulados, que sirven de garantía epistémica, el recurso de nulidad debe ser el principal mecanismo de control endo-procesal de la decisión fáctica, promoviendo una revisión cabal de la forma en que se establecieron los hechos, en procura de la racionalidad y de las exigencias normativas aludidas.





## RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. DECLARACIÓN DE IMPUTADO SIN LA PRESENCIA DE ABOGADO DEFENSOR. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE. BUENA FE DE FUNCIONARIOS POLICIALES

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen:

*Recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de un condenado por el delito de violación con homicidio. En dicha presentación se reclamaba de actuaciones autónomas ilegales de funcionarios de Carabineros y de infracción al derecho a no autoincriminarse, puesto que el ex conviviente de la víctima es llevado a una Comisaría, y luego de tres horas de ser entrevistado en calidad de testigo, revela ser el autor del hecho, dirigiéndose luego con los funcionarios policiales al sitio del suceso, donde había enterrado el cadáver.*

*Al respecto la Excma. Corte señala, ante el reclamo de actuaciones ilícitas y autónomas, que dichos funcionarios no estaban investigando la comisión de un delito de homicidio, sino que recibieron una denuncia por presunta desgracia y, en virtud de ello, el Ministerio Público les dio una orden amplia de investigar para desarrollar las labores propias y oportunas que permitieran dar con el paradero de la persona desaparecida.*

*Agrega además el fallo, que la actividad desplegada por la policía cae en una de las excepciones a la exclusión de prueba ilegal, cual es la buena fe, porque si bien es cierto, no era excusable que simplemente le anunciaran que su calidad cambiaría de testigo a imputado cuando dijo que quería decir lo que había hecho, que la mató y que la enterró en el bosque y que los funcionarios decidieran primero comprobar si ello era cierto, porque no le creyeron, la verdad es que cuando lo llevaron al Cuartel, no lo condujeron como sospechoso de homicidio, sino que efectivamente como testigo en una investigación por presunta desgracia.*

*Por otra parte, refiere el fallo en comentario que, el solo transcurso de ocho horas no es un tiempo que resulte excesivo o que por sí solo permita considerar que se ha incurrido en una vulneración de derechos que afecte el juicio o el libre albedrío de un hombre adulto y joven.*

*Finalmente, se indica que el imputado fue informado sobre el derecho que tenía a ser asistido por un abogado defensor y él decidió no contar con dicho profesional para declarar lo que deseaba informar a las autoridades respectivas. Esta situación es posible, desde que no es obligatoria la presencia del profesional mencionado para que el imputado declare, sino tan sólo que se le asegure el acceso a ese derecho y ello se cumplió, al punto que el abogado llegó al lugar donde éste se encontraba y se entrevistó con aquél. Luego, es relevante destacar, tal como lo hicieron los jueces del fondo, que después de la entrevista con el abogado, el imputado perseveró en declarar y sólo después de la insistencia del profesional, optó por interrumpir su confesión.*

**Texto Completo:**

Santiago, treinta y uno de diciembre de dos mil trece.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, condenó a RICARDO ALEXIS ARÉVALO VIDAL por su responsabilidad como autor del delito de violación con homicidio de K.Y.B.N. a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales, sin costas. El hecho se cometió el 23 de septiembre de 2012 en Santa Bárbara. Fue absuelto del delito de inhumación ilegal.

La defensa del referido dedujo recurso de nulidad el que se admitió a tramitación por resolución de fs. 135, habiéndose fijado audiencia pública para su conocimiento por decreto de fs. 136.

A fs. 138 se incorporó el acta que da cuenta de haberse realizado la audiencia de la vista del recurso.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que por el recurso deducido, la defensa invocó como causal principal, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando infracción al artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política, en relación al debido proceso en cuanto a un juicio previo legalmente tramitado y al artículo 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Aduce el recurrente que funcionarios de Carabineros fueron a buscar al imputado a su domicilio –en virtud de una orden amplia de investigar– y lo trasladaron hasta un cuartel policial, en una supuesta calidad de testigo, aunque mantenían sospechas de su intervención en el hecho; y procedieron a interrogarlo desde las 13:30 hasta las 15:00, sin leerle sus derechos y sin que exista registro de lo conversado, hasta cuando voluntariamente habría confesado que mató a su ex pareja y la enterró en el bosque. Sin leerle sus derechos aun y sin advertir al fiscal, los funcionarios llevaron al sujeto al lugar señalado y excavaron en el sitio indicado y sólo después de constatar lo aseverado, aproximadamente a las 17:00 horas, llamaron al fiscal de turno que dispuso las diligencias de rigor y gestionó la detención del imputado, lo que se cumplió a las 17:45, siendo nuevamente interrogado en presencia de la fiscal adjunta, a las 20:00 horas, pero sin asistencia de un abogado defensor.

Las actuaciones ilícitas que de estos hechos deriva la recurrente son las siguientes: 1) se le llevó engañado al cuartel, en calidad de testigo y no de imputado, a pesar que en el juicio el Carabinero Hugo Sanhueza, a cargo de la Unidad de Investigación, reconoció que sospechaban de él. Lo llevan, interrogan y aunque dicen que le toman declaración, aquélla no consta en ninguna parte. Lo mismo dicen los otros funcionarios.

El artículo 7 del Código Procesal Penal establece los derechos del imputado desde que se atribuye a

una persona responsable en un hecho, en tanto el artículo 195 del mismo código impide el engaño al tomar declaración al imputado. Cita al respecto los fallos de este tribunal roles números 4001-10 en su considerando 18; 9758-09, motivo 12; y, 3849-12 razonamiento 11.

2) No se leyeron los derechos al imputado al momento de confesar su participación en un delito de homicidio. El funcionario Sanhueza reconoció este hecho y señaló que sólo lo harían una vez que ratificaran la información aportada por el imputado y esa fue la razón por la cual lo trasladaron hasta el lugar donde dijo encontrarse el cadáver. Sin embargo, tal situación en opinión de la defensa, configura una grave vulneración al debido proceso porque lo puso en situación de desventaja frente al Estado, lo que es aún más reprochable si se tiene en cuenta que los funcionarios a cargo del procedimiento tienen una vasta experiencia profesional. Sobre este tópico, cita el fallo de esta Corte Suprema rol N°9521-09.

3) No existe acta de la supuesta declaración que entregó como testigo entre las 13:30 y las 15:00 horas en el cuartel policial, como tampoco el acta de lectura de los derechos como imputado, ni como testigo. Los funcionarios dicen que lo llevan al cuartel para tomarle una declaración más formal (por sus contradicciones) y sin embargo ella no existe. Luego dicen que sólo fue una entrevista y que no se hizo acta de ella, en circunstancias que el artículo 228 del Código Procesal Penal ordena dejar

constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y toda circunstancia útil a la investigación.

4) Los funcionarios policiales realizaron diligencias de investigación de manera ilegal. Una vez recibida la confesión, no llamaron al fiscal, sino que autónomamente fueron al lugar y excavaron para encontrar el cuerpo, con lo cual se vulneró el artículo 7 de la Constitución Política y 85 del Código Procesal Penal que si bien autoriza actuaciones sin orden previa del fiscal, no contempla la alteración del sitio del suceso, para lo cual no resulta suficiente una orden amplia de investigar.

5) En la declaración que se tomó al imputado a las 20:00 horas, no estuvo presente un abogado defensor que lo asistiera. Se trata de una garantía que asegura el principio de igualdad entre las partes y de contradicción y sólo la presencia de un abogado permite asegurar mínimamente que el proceso se mantenga en un ámbito de racionalidad y juego limpio que garantice que la investigación y el procedimiento sean racionales y justos.

En el caso, se reclama que el fiscal no sólo no realizó ninguna gestión para que el imputado contara con abogado defensor, sino que no cumplió con la obligación de dar aviso al defensor al tomar la declaración como lo ordena el artículo 193 inciso final del Código Procesal Penal.

La defensa sostiene que pidió la exclusión de los funcionarios apre-

hensores como prueba ofrecida y de toda la derivada de su ilícita actividad, lo que fue rechazado por el Juez de Garantía, quien adujo que el artículo 297 del Código Procesal Penal establecía el principio de libertad de prueba. Lo mismo se reclamó en la audiencia de juicio oral, con el objeto que ese tribunal no valorase tales medios probatorios por haber sido obtenidos con infracción de garantías constitucionales. El tribunal admite en los motivos 26° y 27° de la sentencia que existió la vulneración de derechos, pero la valora igual por estimar que existen dos excepciones a la exclusión, cuales son: el vínculo causal atenuado o saneamiento de la prueba ilícita y la teoría de la proporcionalidad (considerandos 29° a 33°)

La defensa estima que se violó el debido proceso al legitimar las declaraciones, actuaciones y evidencias obtenidas ilícitamente por los funcionarios Hugo Sanhueza Fuentes, Angelina Cuevas Aguilera y Marco Rojas Lagos, quienes infringieron el derecho a no autoincriminación del imputado y afirma que los razonamientos del tribunal para valorarlos contravienen la ley nacional y que además, no se dan en el caso los requisitos de las teorías esgrimidas por ellos.

En relación a la cita del profesor Héctor Hernández en el fallo, aduce que siendo la no auto incriminación un derecho fundamental, la teoría de la proporcionalidad no puede ser admitida en nuestro ordenamiento si de ello una prueba obtenida con infracción de garantías constitucio-

nales conlleva una sentencia condenatoria. El artículo 276 inciso 3° del código del ramo ordena al juez excluir la prueba obtenida con infracción de garantías, en tanto el artículo 334 inciso final, impide incorporar como medio de prueba, alguno obtenido en la misma situación. De ello colige que la teoría de la proporcionalidad no puede ser tolerada en nuestro ordenamiento por ser contraria al mismo y por ser extremadamente peligrosa porque conduce a que “el fin justifica los medios”.

También rechaza la forma en que se aplicó la teoría del vínculo causal atenuado o saneamiento de la prueba ilícita, que purga las infracciones pretéritas de la policía, ya que de acuerdo a lo prevenido en los artículos 160 y 164 del Código Procesal Penal, las infracciones que impiden el pleno ejercicio de los derechos no pueden ser subsanadas por acto posterior, el que en el caso tampoco resulta idóneo porque en todas las legislaciones extranjeras donde existe la figura se exige que se preste ante abogado defensor y en un ambiente comprobable de libertad, sin vicios ni situaciones sugestivas. En el caso, la segunda declaración se prestó en un ambiente de coerción: en un cuartel policial, al que fue trasladado engañado, sin asistencia de abogado, después de 8 horas en poder de los funcionarios, sin haber comido ni descansado. Tal ambiente destruye la dignidad humana, socava la libertad e impide una libre elección, lo que lleva al sujeto a sucumbir.

Concluye la defensa, pidiendo que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia y que se retrotraiga el proceso al estado de realizar nueva audiencia preparatoria donde se proceda conforme a derecho excluyéndose las pruebas que señala para realizar nuevo juicio oral.

**SEGUNDO:** Que en subsidio de la causal antes descrita, la defensa ha invocado la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo código, lo que ha hecho consistir en diferentes capítulos.

En primer término, afirma que el imputado fue condenado como autor de violación con homicidio. El Ministerio Público consideró que la violación se había cometido con intimidación que describió “bajo amenaza”, la que sin embargo, no se tuvo por acreditada por el tribunal, que sólo dijo “encontrándose la víctima en indefensión, dado el lugar donde se encontraba...” de donde concluye la defensa que no se indican las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente los hechos como violación, ya que aun cuando en el motivo 38° los jueces parecen razonar sobre la existencia de fuerza, ella no está descrita en el hecho.

Agrega la defensa que no se valoró toda la prueba rendida en el juicio, puesto que dos peritos de Laborcar dijeron que no encontraron en el cuerpo de la víctima, señales de lucha o defensa.

También reclama que se dieron por establecidos hechos sin prueba,

puesto que en el sitio del suceso se encontró rastros de semen en una toalla higiénica y pese a que no hubo examen de ADN se presumió que era del imputado.

Luego, sostiene que se recurre también porque no se consignó de manera íntegra toda la prueba presentada durante el juicio, ya que se interrogó a la testigo Nadia Inostroza Aránguiz (médico legista) sobre las lesiones genitales y anales de la víctima, lo que no era menor ya que se había establecido que aquella había estado en un motel con su pareja ese mismo día y la perito declaró que las lesiones podía haber sido originadas hasta 24 horas antes de su fallecimiento. Tales asertos no se contemplaron en la sentencia.

Del mismo modo, la sentencia resulta contraria a las máximas de la experiencia porque la legista dijo que las lesiones de la vagina y el ano podían tener una data de 24 horas previas a la muerte y se comprobó en el motivo octavo que la víctima estuvo con su pareja el día anterior, a pesar de lo cual, el tribunal rechazó la defensa esgrimida porque la legista dijo que las lesiones también podían ser coetáneas y porque ningún testigo declaró haber visto a la víctima con su pareja el día anterior.

La defensa cuestiona este argumento, primero, porque lo natural es que las personas busquen intimidad para tener sexo y por lo tanto, no es probable que existan testigos de ello; y, segundo, porque existiendo duda razonable sobre el origen de las lesiones, se pide a la defensa que

proube que la víctima tuvo relaciones sexuales el día en que murió.

Por último, sostiene el recurrente que no se señalan las razones por las cuales se admite la declaración del acusado sólo en algunos aspectos y en otros no, ya que éste declaró que la relación sexual fue voluntaria, lo que el tribunal rechaza por la existencia de lesiones y por las circunstancias en que se produjo.

**TERCERO:** Que para la demostración de la preparación y las circunstancias de las causales invocadas, la defensa ofreció prueba documental y de audio. Sin embargo, iniciada la rendición de su prueba, en lo que se refería a la preparación de la causal principal, el abogado del Ministerio Público fue consultado por el Presidente de la Sala en cuanto a si existía discusión sobre la preparación del recurso, a lo que éste contestó que no existía cuestionamiento al respecto, lo que llevó a la defensa a retirar la prueba ofrecida para la demostración de tal extremo.

En consecuencia, la defensa reprodujo a través de su lectura resumida, parte del auto de apertura de juicio oral de 28 de agosto de 2013 y luego, del registro de audio del juicio oral, una sección de la pista 1200960074-2-1325-1310105-03-04, entre los minutos 00:46 a 03:08.

**CUARTO:** Que en lo que cabe a la causal de infracción de normas constitucionales, no existe cuestionamiento sobre la efectividad de los hechos consignados en el motivo vigésimo sexto de la sentencia impugnada, respecto de los

cuales, los jueces del fondo concluyeron que se había incurrido en una violación de garantías fundamentales en cuanto al principio de no autoincriminación y, por ende, habría correspondido restar valor a la declaración del imputado prestada bajo esas circunstancias así como a toda la prueba restante que fuera derivada en forma directa de aquélla.

Empero, los mismos jueces razonaron luego en el sentido que se había verificado en la especie una situación de excepción a la exclusión de prueba ilícita, conocida en doctrina como vínculo causal atenuado o saneamiento de la prueba ilegítima, lo que se había producido dado que en un momento posterior a la primitiva declaración y al descubrimiento del cadáver, el imputado prestó una nueva declaración, pero esta vez lo hizo en presencia de una fiscal del Ministerio Público y advertido de sus derechos, ocasión en la cual consintió voluntariamente en declarar, reconociendo su autoría en el delito y dando detalles sobre el mismo, lo que hizo sin requerir la presencia de un abogado defensor. Los funcionarios aprehensores que se refieren al hecho –según se lee de la misma sentencia y fue destacado en estrados por el apoderado del Ministerio Público– dijeron que se apersonó un abogado al lugar, el que se entrevistó de inmediato con el imputado, tras lo cual, este último dijo que deseaba seguir declarando, oportunidad en que el abogado requirió volver a hablar con él, lo que se extendió por cerca de media hora, tras lo cual el acusado indicó que no seguiría



hablando y que tampoco firmaría su declaración.

Los jueces asignaron mérito a esta segunda declaración, cuya existencia no fue cuestionada por la defensa, que sólo reprochó que se realizara muchas horas después de encontrarse el imputado a disposición de la policía, a lo que agregaron los magistrados la circunstancia que después de hablar con el abogado mantuvo su resolución de declarar, la que declinó sólo después de una segunda entrevista con el profesional que se extendió por cerca de media hora.

A resultas de lo descrito, los jueces estimaron que se había producido el denominado vínculo atenuado o saneamiento de la nulidad, porque en la segunda entrevista actuó advertido de sus derechos y en presencia del fiscal.

A ello se sumó, “por otro lado” la circunstancia que el fundamento de las teorías de excepción a las reglas de exclusión, está en que en algunos casos rechazar la prueba ilícita puede resultar excesivo, de ahí la existencia de variados motivos para ello y en este caso concreto, se estimó que tenía también aplicación la teoría de la proporcionalidad de acuerdo a la cual debe atenderse a la gravedad del hecho punible investigado y a la intensidad o gravedad del derecho fundamental afectado. En la situación en estudio, el derecho violentado se refería a no haber dado a conocer al imputado sus derechos una vez que confesó su participación en un delito, lo que más tarde

se corrigió, renovándose su confesión con todas las garantías legales, infracción que, en consecuencia, pasó a ser secundaria ante la gravedad del delito que siempre siguió siendo el mismo, una violación con homicidio y con agravantes de alevosía y premeditación concurrentes.

QUINTO: Que, a su turno, la defensa impugna la procedencia del denominado vínculo atenuado, porque de conformidad a lo prevenido en los artículos 160 y 164 del Código Procesal Penal las infracciones que impiden el pleno ejercicio de los derechos no pueden ser subsanadas por acto posterior, que en el caso tampoco habría sido idóneo, ya que la segunda declaración no se prestó en situación de efectiva voluntariedad, sino que de coerción, dentro de un cuartel policial, al que se le llevó engañado, sin asistencia de abogado, después de 8 horas de estar detenido y sin haber comido ni descansado. A ello sumó que la teoría de la proporcionalidad no tendría ninguna posibilidad de ser admitida en nuestra legislación, porque tanto el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, como el 334 inciso final del mismo código, impiden incorporar como medio de prueba, alguno obtenido con infracción de garantías constitucionales, concluyendo que de ello deriva que el fin justifique los medios.

SEXTO: Que para comenzar el análisis sometido al conocimiento de este tribunal es preciso, en primer término, advertir que la conclusión de los jueces de haber sido ilícita la primera actuación de los funciona-

rios policiales, realizada sin intervención del fiscal del proceso, puede ser estimada correcta, pero es excesiva porque desatiende el origen de la indagación.

En efecto, los funcionarios policiales no estaban investigando la comisión de un delito de homicidio, sino que –según se lee de la misma sentencia impugnada– ellos recibieron una denuncia por presunta desgracia y recibieron un mandato del Ministerio Público, facultados por una orden amplia de investigar para desarrollar las labores propias y oportunas que permitieran dar con el paradero de la persona desaparecida. En tales circunstancias habían ya interrogado en una ocasión al acusado, quien dijo no haber tenido contacto alguno con la mencionada, pero luego recibieron información de una hermana de la misma que dijo disponer del registro de llamadas telefónicas de K.B. y que conforme al mismo, aquella había recibido llamadas del teléfono del acusado. En ese escenario, los funcionarios decidieron entrevistarlo para salvar la contradicción existente, pero como ya se explicó, en el desarrollo de una orden de investigación por una denuncia de presunta desgracia. Tenían datos incluso, en el sentido que K. había desaparecido con las llaves del local donde trabajaba y el dinero recaudado, de modo tal que hasta el momento en que se formulan preguntas a Ricardo Arévalo sobre las contradicciones o su conocimiento sobre el paradero de la mujer, no podía ser sospechoso de delito alguno.

En este sentido, la actividad desplegada por la policía cae también en otra de las excepciones a la exclusión de prueba ilegal, cual es la buena fe, porque si bien es cierto, no era excusable que simplemente le anunciaran que su calidad cambiaría de testigo a imputado cuando dijo que quería decir lo que había hecho, que la mató y que la enterró en el bosque y que los funcionarios decidieran primero comprobar si ello era cierto, porque no le creyeron, la verdad es que cuando lo llevaron al Cuartel, no lo condujeron como sospechoso de homicidio, sino que efectivamente como testigo en una investigación por presunta desgracia. Luego, cuando en el transcurso de una entrevista asume una posición determinada y decide hablar de lo que ha hecho, sorprende también a los funcionarios con lo que asevera y en su primera frase ha confesado ya su delito. Hasta ese momento los policías estaban actuando de buena fe y era en ese momento que debieron leerle sus derechos.

Sin embargo, en esta segunda parte, ha sido correcta la conclusión a la que llegaron los jueces en cuanto a que lo obrado con posterioridad constituyó una situación de excepción a la obligación de exclusión por prueba ilícita, aunque no se compartan todos los motivos esgrimidos para ello, pero esta última circunstancia carece de trascendencia para los efectos del recurso deducido, ya que existió saneamiento posterior o el denominado vínculo causal atenuado. En esta parte, la defensa no desconoce que existió la segunda declaración en la que el imputado repitió la misma



información ya aportada y que dio detalles sobre el hecho y su intervención, sino que reclamó por la falta de voluntariedad de esa confesión, fundamentalmente porque habían transcurrido 8 horas desde que se encontraba a disposición de la policía y, por ende, cansado y sin comer y, sobre todo, porque no fue asistido por abogado defensor, exigencia que sería absoluta en todas las legislaciones comparadas.

Sobre este tópico, valga en primer término despejar el hecho que el solo transcurso de 8 horas no es un tiempo que resulte excesivo o que por sí solo permita considerar que se ha incurrido en una vulneración de derechos que afecte el juicio o el libre albedrío de un hombre adulto y joven. Fue convocado al cuartel cerca de las 13:00 ó 13:30 y la declaración ante el fiscal se habría prestado cerca de las 20:00, esto es, lo que puede extenderse una jornada laboral o incluso, escolar. Sobre la falta de descanso, valga el mismo razonamiento y en cuanto a la falta de alimentación, si bien no existe información alguna en el proceso, no se trata de un plazo tan extenso que pueda razonablemente inducir a prestar una declaración que no se desea realmente hacer.

Luego, sobre la presencia del abogado, existen declaraciones suficientes en el proceso que avalan el hecho que el imputado fue informado sobre el derecho que tenía a ser asistido por un abogado defensor y él decidió no contar con dicho profesional para declarar lo que deseaba informar a las autoridades respecti-

vas. Esta situación es posible, desde que no es obligatoria la presencia del profesional mencionado para que el imputado declare, sino tan sólo que se le asegure el acceso a ese derecho y ello se cumplió, al punto que el abogado llegó al lugar donde éste se encontraba y se entrevistó con aquél. Luego, es relevante destacar, tal como lo hicieron los jueces del fondo, que después de la entrevista con el abogado, el imputado perseveró en declarar y sólo después de la insistencia del profesional, optó por interrumpir su confesión.

Asimismo, en lo que respecta a las disposiciones de los artículos 160 y 164 del Código Procesal Penal, esgrimidas por la defensa, ocurre que la primera sólo establece una presunción de perjuicio en la que se alude al “pleno ejercicio de los derechos”, sin que pueda sostenerse que en el caso se verificó efectivamente una infracción de esa naturaleza; en tanto la segunda, sólo se remite a la anterior.

En consecuencia, no se han producido los defectos que aduce la defensa, o ellos no han tenido injerencia alguna en el resultado verificado.

Luego, en lo que atañe a la teoría de la proporcionalidad que también ha sido esgrimida en el fallo impugnado, ella no resulta oportuna así descrita para aceptar una prueba en que se ha cometido una vulneración de derechos fundamentales, porque si bien en el caso el defecto fue subsanado por una actuación posterior del mismo supuesto afectado, no es

propio enfrentar la intensidad del gravamen de una garantía constitucional con el bien jurídico protegido por un tipo penal determinado. Si bien la idea que subyace en la tolerancia de las teorías de excepción de la exclusión de prueba ilícita es el hecho que su ponderación aislada de la realidad concreta en que se encuentra inmersa la dinámica de funcionamiento de la investigación policial lleva a situaciones absurdas y desproporcionadas, motivos que tienen reconocimiento en la garantía que regla el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República, no es en sí misma una regla de excepción, sino que contempla otros motivos adicionales.

SÉPTIMO: Que en lo que cabe a la causal deducida en forma subsidiaria, se ha reclamado en primer término que no existe descripción de la fuerza empleada por el acusado para cometer el delito de violación.

Tal denuncia de defecto será desestimada, desde que como se aprecia de la lectura del hecho que se ha tenido por comprobado, se tuvo por cierto que "...en un lugar solitario en que la víctima no pudiera pedir ayuda... y encontrándose la víctima en indefensión, dado el lugar donde se encontraba la víctima, procedió a accederla carnalmente vía vaginal y anal, causándole lesiones en genitales externos y zona anal...". Luego, si bien es cierto en tal presupuesto se describe la intimidación a través del traslado de la víctima a un lugar solitario, en el razonamiento trigésimo octavo se afirma que la violencia del acto quedó plasmada en la calidad de

las lesiones ocasionadas a la víctima, lo que resulta suficiente razonamiento para satisfacer las exigencias de la disposición legal en comento.

En segundo término, se reclama que no se valoró toda la prueba rendida en el proceso, lo que se habría producido porque dos peritos del Labocar dijeron no haber encontrado signos de lucha o defensa en la víctima. Sobre esta impugnación, ocurre que aquella no corresponde a una omisión de valoración probatoria propiamente tal, ya que el contenido de la declaración de los peritos fue analizado por los jueces del fondo, sin que la sola circunstancia de no haberse determinado si la víctima pudo o no oponer resistencia a la agresión defina una omisión de fundamentación en el fallo.

Luego, se aduce que se dieron por establecidos hechos, sin prueba y con ello se remite al hallazgo de una toalla higiénica con rastros de semen que no pudo ser periciada, pero respecto de la cual se presumió que tales eran del imputado. Lo cierto es que el delito de violación se tuvo por establecido con otros antecedentes, así como también lo fue la participación del imputado y donde la referencia al elemento de cargo que ahora se controvierte por la defensa, fue mencionado en el razonamiento trigésimo octavo, donde se analizó el uso de la fuerza para la comisión de ese delito, afirmando los jueces que "...a través de un proceso de inferencia a los antecedentes señalados precedentemente es posible concluir que lo más probable era que haya sido su semen", esto es, no hay en tal

argumento, un motivo de condena, ni se tuvo por cierto con él hecho alguno, sino que se dejó constancia de la negativa del acusado a colaborar con el esclarecimiento del origen de la muestra orgánica recolectada.

Por otra parte, en cuanto a los dichos de la perito legista, aquella explicó que las lesiones en los labios mayores de la víctima podían presentar color rojo violeta al primer día de ocurrida la agresión y verde o amarillo con dos o más días de evolución, en tanto ella encontró en la víctima el color rojo violeta, agregando luego que el proceso de putrefacción también tenía injerencia en el color, porque se liberaba hemoglobina, aclarando que una vez muerta la víctima no cambiaba la coloración de la contusión, porque no había evolución.

Esta afirmación de la perito no altera ni modifica la declaración que aparece transcrita en el fallo impugnado y que sirvió de base a los jueces del fondo para determinar los extremos del hecho que tuvieron por comprobado, sin que aparezca, por otra parte, como hecho del proceso, que la víctima permaneció o tuvo actividad sexual con otro sujeto el día anterior a la agresión de que fuera objeto, puesto que la cita que al efecto hace la defensa, se refiere sólo a la transcripción del dicho de un testigo y no a un hecho de la causa.

En el mismo sentido es posible razonar cuando se afirma que la decisión que se revisa atentó contra las máximas de la experiencia, porque como ya se dijo, el argumento de la defensa está apoyado en una declaración y

no en un hecho comprobado. A ello huelga agregar que la perito describió una agresión sexual, con determinadas lesiones consecuentes y no un acto sexual consentido, como habría sido el que refirió el testigo a que alude el recurrente.

Finalmente, no es cierto que los jueces no hayan señalado las razones por las cuales rechazaron parcialmente la declaración del acusado, puesto que ello se lee del párrafo segundo del motivo trigésimo séptimo de la sentencia en revisión, donde se confrontó lo aseverado por aquél con las circunstancias del hecho y la evidencia recogida.

Por las razones señaladas, en consecuencia, no será admitida la causal alegada en forma subsidiaria puesto que el fallo no adolece de las omisiones que se le han atribuido.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Ricardo Alexis Arévalo Vidal, contra la sentencia de veintidós de octubre de dos mil trece, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1200960074-2 y RIT 119-2013, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Splte. Sr. Juan Escobar Zepeda.

Rol N°11.482-13

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Lamberto Cisternas R., Juan Escobar Z., y el abogado integrante Sr. Ricardo Peralta V. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa

y acuerdo del fallo, por estar con feriado.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a treinta y uno de diciembre de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

## REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 389 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

### Tribunal: Tribunal Constitucional

#### Resumen:

*No forma parte de la competencia del Tribunal Constitucional juzgar las actuaciones judiciales que están en la base de la gestión pendiente, ni mucho menos actuar como tribunal de casación ni de apelación. Tampoco le corresponde calificar jurídicamente los hechos punibles que conforman la causa de fondo, ni fijar criterios para su interpretación o tipificación penal.*

*La supletoriedad establecida en el artículo 389 del Código Procesal Penal constituye una remisión normativa admisible desde el punto de vista constitucional, que ejerce una función interpretativa en los casos de ausencia parcial de norma aplicable y una función de integración cuando se está frente a una ausencia total o insuficiencia sustancia.*

*Respecto al derecho al debido proceso, la Constitución no clausura su contenido, por lo tanto, no existe un único modelo iusfundamental correcto que lo garantice.*

*El principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica.*

*El procedimiento simplificado se inicia con el requerimiento del Ministerio Público y, por tanto, el principio de congruencia tendrá aplicación entre el requerimiento y la sentencia, lo que puede ser examinado por el tribunal de alzada en el conocimiento del recurso de nulidad que se pudiere interponer en contra de la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía.*

*El precepto legal impugnado no afecta el derecho constitucional al debido proceso en el caso concreto, por cuanto el requirente aún tiene suficiente tiempo y etapas procesales para preparar su defensa en un juicio que recién comienza, considerando además que en la audiencia de juicio simplificado puede presentar pruebas, argumentar su teoría del caso e impugnar a través de los mecanismos pertinentes una sentencia desfavorable.*

**Texto Completo:**

Santiago, veintidós de octubre de dos mil trece.

**VISTOS:**

Con fecha 25 de septiembre del año 2012, los abogados GONZALO CRUZ SÁNCHEZ y RODRIGO LUNA GONZÁLEZ, en representación de D.A.S.L., dedujeron un requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare la inaplicabilidad de las expresiones “...en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza”, contenidas en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal, disposición referida a las normas supletorias aplicables en el procedimiento simplificado, estimando los requirentes que las expresiones objetadas resultan contrarias a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución Política, así como al artículo 14, numeral 3°, letra a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8°, numeral 2°, letras b) y c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

El texto íntegro del precepto legal impugnado dispone:

*“Artículo 389. Normas supletorias. El procedimiento simplificado se regirá por las normas de este Título y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro Segundo de este Código, en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza.”*

La gestión pendiente invocada consiste en el procedimiento simplificado que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Colina contra el requirente y otros imputados, por los delitos de cohecho y de otorgamiento indebido de patente de alcoholes, RIT 2676-2012.

A la fecha de presentación del requerimiento la gestión se encontraba con audiencia de preparación de juicio oral simplificado terminada, con el auto de apertura de juicio notificado y con fecha de audiencia fijada para el día 22 de octubre del mismo año 2012, siendo suspendido el procedimiento por resolución de este Tribunal de fecha 10 de octubre de ese año, que rola a fojas 49 y siguientes.

En cuanto a los antecedentes de la gestión pendiente, señala el requerimiento que con fecha 28 de abril del año 2010 el Ministerio Público formalizó la investigación que, en lo tocante al requirente, consistió en la participación en calidad de autor en dos delitos de cohecho presuntamente cometidos en agosto del año 2005 y en enero del año 2006, calificados de acuerdo al artículo 248 del Código Penal y en grado de consumados.

Agrega que, con fecha 2 de agosto del año 2010, el Ministerio Público reformalizó a los imputados y específicamente al requirente le formuló cargos por dos delitos de cohecho, previstos y sancionados en el artículo 248 bis, inciso primero, del Código Penal (antes de la modificación de la Ley N°20.341, de 22 de

abril de 2009). El primero acaecido en agosto del año 2005 y ratificado por carta en enero del año 2006 y el segundo, verificado en enero del año 2006, ambos en grado de consumados y en que les habría cabido participación en calidad de autores.

Indica que, con fecha 11 de noviembre del año 2011, tras el cierre de la investigación, el Ministerio Público presentó requerimiento en procedimiento simplificado, advirtiéndose una radical modificación en los hechos a partir de la reformalización, lo que dejó de manifiesto una grosera incongruencia.

Expone los hechos contenidos en la reformalización y en el requerimiento y señala que en la audiencia de preparación de juicio oral se planteó como incidencia la existencia de un vicio formal, consistente en la evidente incongruencia entre los hechos de la reformalización y los del requerimiento. Ello derivó en que la jueza ordenara al Ministerio Público modificar su requerimiento para ajustarlo a los términos fácticos de la formalización, situación a la cual se allanó inicialmente el Ministerio Público. Sin embargo, luego de un receso solicitado con tal objeto, este organismo se negó a modificar los hechos respecto del imputado –requerente de autos–, aduciendo que el artículo 390 del Código Procesal Penal lo facultaba para actuar del modo que mejor le pareciera.

En cuanto a la inconstitucionalidad alegada, sostiene que la falta de congruencia denunciada en la gestión pendiente constituye infracción a lo

previsto en el inciso final del artículo 259 del referido cuerpo legal, que dispone que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

Agrega el requirente que los artículos 389 y 395 bis del Código Procesal Penal establecen la aplicación de la normativa del juicio ordinario al simplificado y que la interpretación de la norma que hizo el Tribunal que conoció de la preparación de juicio oral simplificado, recurriendo a la fórmula de la brevedad y simpleza, permitió al órgano persecutor formular cargos hasta el último momento, sin atenerse estrictamente a las actuaciones previas. Con ello vulneró garantías fundamentales de todo imputado en un proceso penal, en lo relativo al debido proceso y al derecho a defensa.

Sostiene que las garantías del proceso penal no pueden restringirse o mermarse por consideraciones de tipo funcional o de orden económico, como la supuesta brevedad o simpleza del procedimiento. Máxime si su aplicación tiene la potencialidad de afectar la libertad personal de un ciudadano, ya que el contenido mínimo de la garantía lo fija el propio procedimiento ordinario del Código Procesal Penal, que no puede ser restringido en este ámbito, sobre todo considerando que la investigación y el proceso han tardado más de 4 años.

Termina sosteniendo sobre el punto que no es aceptable que el Tribunal



subsidie una actuación defectuosa del Ministerio Público basándose en una norma abiertamente inconstitucional.

En cuanto a la infracción al derecho a un procedimiento y a una investigación racionales y justos, señala que para que el proceso se califique de legalmente tramitado, el imputado tiene que tener derecho a una imputación congruente en todas sus fases, que no contenga extemporáneas sorpresas sobre el contenido de la misma por parte del ente persecutor, de modo de poder preparar adecuadamente la defensa.

En lo tocante a la infracción a la letra a) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que este precepto consagra el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra. Todo lo anterior no puede ser ocultado hasta el momento final del juicio, so pretexto de cambiar la formalización inicial de cargos.

Señala que las normas más explícitas y formalmente infringidas son las letras b) y c) del artículo 8°, numeral 2°, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran como derechos de toda persona inculpada de un delito: a) la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; y b) la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Termina señalando que la aplicación concreta que se pretende del precepto legal supone una interpretación que deviene en el establecimiento de una facultad omnímoda para el órgano persecutor, al permitirle con ello formular cargos hasta el último momento, con prescindencia de las actuaciones previas y con desprecio de las garantías antes mencionadas, especialmente la de conocer con la debida antelación los cargos a los cuales deberá enfrentarse el imputado en la etapa de juzgamiento, los que deberán ser los mismos que enfrentó en la etapa de investigación.

Pide que se acoja a tramitación el requerimiento y, en definitiva, se declare inaplicable en la gestión pendiente el precepto impugnado, ordenando al Ministerio Público, antes de ser conocida la solicitud de sobreseimiento definitivo formulada y antes de ser sometido a juicio el requirente, que ajuste los términos de su acusación (requerimiento) a la formalización de la investigación vigente en dicho procedimiento. Todo ello a fin de que dicha solicitud de sobreseimiento y el juzgamiento se ajusten a las normas constitucionales, a los tratados internacionales y a las normas legales aplicables en la especie, con pleno respeto a las garantías cuya infracción pueda concretarse, al aplicar el precepto legal previsto en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal.

Por resolución de fecha 10 de octubre de 2012, escrita a fojas 49 y siguientes, se admitió a trámite el requerimiento y se decretó la suspensión del



procedimiento de la gestión en que incide; luego, por resolución de fecha 6 de noviembre de 2012, escrita a fojas 95 y siguientes, se lo declaró admisible, con el voto en contra del Ministro señor Hernández.

Por resolución de fecha 12 de diciembre del año 2012, escrita a fojas 107 y siguientes, se dio traslado a los órganos constitucionales interesados y a las otras partes de la gestión pendiente, por veinte días, para formular sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaran pertinentes.

Mediante presentación de fecha 31 de diciembre del año 2012, agregada a fojas 119 y siguientes de autos, el Consejo de Defensa del Estado evacuó el traslado conferido, formulando sus observaciones, en las que solicitó el rechazo del requerimiento, por configurarse en la especie las causales de inadmisibilidad contempladas en los numerales 5° y 6° del artículo 84 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura, esto es, por no ser decisivo el precepto impugnado en la resolución del asunto y por carecer de fundamento plausible.

En cuanto a la primera causal invocada, estima que el precepto no es decisivo, por cuanto las normas efectivamente decisoria litis son: a) el artículo 248 bis, inciso primero, del Código Penal, que contempla el tipo penal de cohecho agravado del funcionario público; b) el artículo 390, incisos primero y segundo, del Código Procesal Penal y c) los artículos 396 y 340 del mismo

cuerpo legal, que, indica, fueron omitidas convenientemente a los intereses del requirente.

En relación con la primera de las normas omitidas, sostiene que la acción típica de cohecho prevista en el artículo 248 bis del Código Penal exige que el empleado público solicite o acepte recibir un beneficio económico para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, lo que implica que es un delito de mera actividad y no de resultado, con lo que la conducta referida en el requerimiento resulta subsumible en la figura agravada de cohecho prevista en este artículo, no mencionada en el requerimiento.

En cuanto al segundo precepto omitido, el artículo 390, inciso primero, parte final, del Código Procesal Penal, relativo a la procedencia del requerimiento en un proceso penal simplificado, sostiene que es plenamente lógico, racional y ajustado a derecho que el requerimiento se presente en un proceso penal aunque exista formalización o reformatización, las que para todos los efectos legales deben quedar sin efecto, ya que el requerimiento sustituye el procedimiento ordinario por uno especial —el simplificado—, que se tramita conforme las reglas de los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, ya que resulta incompatible la continuación del proceso penal con dos procedimientos. Esta conclusión, señala, resulta evidente; para el requirente,

sin embargo, convenientemente a “su plan”, la paradoja resulta necesaria y útil, no obstante carecer de asidero jurídico que la sustente.

Finalmente, respecto de los artículos 396 y 340, ambos del Código Procesal Penal, señala que también son normas decisoria litis no mencionadas por el requirente, toda vez que lisa y llanamente destruyen su pretensión, pues regulan la resolución del conflicto jurídico penal que la judicatura competente debe resolver.

Concluye que es evidente que mediante la omisión en el requerimiento de las normas decisoria litis antes mencionadas, se pretende dar fundamento lógico y sustento a la inaplicabilidad solicitada y artificiosamente dar un tinte de norma decisoria litis a un precepto que simplemente regula la aplicación supletoria de ciertas normas del proceso oral en lo penal ordinario. Esta supletoriedad no hace sino mantener la coherencia del sistema jurídico penal, evitando las lagunas jurídicas y garantizando además los derechos del imputado.

En lo tocante a la segunda causal invocada, sostiene que el requerimiento carece de fundamento plausible por cuanto no señala precisamente cómo el precepto sería contrario al artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución, ni al artículo 14, numeral 3, letra a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8°, numeral 2, letras b) y c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bastando contrastar las

mencionadas normas para percatarse de que tal contradicción no existe.

Finalmente sostiene que el requerimiento pretende limitar la supuesta inconstitucionalidad del precepto impugnado a sus efectos, es decir, a la aplicación que realice su intérprete, cual es un juez de la República, apreciando que lo que se pretende es impugnar la decisión adoptada por el Juzgado de Garantía de Colina.

El Ministerio Público, por su parte, mediante presentación de fecha 3 de enero de 2013, que rola a fojas 134 y siguientes, formuló sus observaciones, solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes por las razones que expone.

En primer término sostiene que el procedimiento simplificado es un procedimiento especial que se caracteriza por su brevedad y simpleza, atendido que está diseñado para el juzgamiento de figuras típicas de menor envergadura.

Sostiene que el legislador entregó al juez de garantía la facultad de determinar qué normas del procedimiento ordinario se podrían aplicar supletoriamente, fijando para ello ciertos límites: siempre que sean compatibles con el carácter breve y simple del procedimiento simplificado, lo que conlleva una tarea eminentemente exegética. Por lo tanto, el cuestionamiento, más que de constitucionalidad, dice relación con la forma en que el juez de garantía ha interpretado y aplicado dicha norma al pronunciarse sobre las alegaciones de los defensores del requirente acerca de la supuesta falta de

congruencia, pretendiendo que este Excmo. Tribunal entre a revisarlo, lo que necesariamente debe llevar al rechazo del requerimiento.

Agrega que la parte que se siente afectada tiene la posibilidad de plantear sus reclamos por la vía del recurso de nulidad, si estima que se pudo haber infringido de alguna manera la garantía de un debido proceso por alguna decisión judicial determinada, como ocurrió, por ejemplo, en el caso que cita, Rol N°4.805-2009, fallado por la Corte Suprema con fecha 29 de septiembre de 2009.

En suma, sostiene que el presente requerimiento debe ser rechazado porque se construye sobre el alcance que debe tener el precepto impugnado y por cuanto lo que el requirente pretende con la declaración de inaplicabilidad es la aplicación de determinadas normas del Código Procesal Penal en la forma que él entiende que deben ser aplicadas al procedimiento simplificado, dejando en evidencia que su pretensión escapa a la esencia de un requerimiento de inaplicabilidad. Asimismo, conforme lo ha declarado reiteradamente este Tribunal, acoger la inaplicabilidad posee un efecto exclusivamente negativo, no teniendo competencia para determinar la norma aplicable al caso particular, cuestión que es de resorte exclusivo de los jueces del fondo (STC N°2034, de 5 de julio de 2012).

Mediante presentación de fecha 5 de enero de 2013, agregada a fojas 143 y siguientes, el abogado Matías Bal-

maceda Mahns, en representación de M.O.R., formuló sus observaciones y solicitó se acogiera el presente requerimiento, por vulnerar las normas constitucionales y los tratados internacionales que se señalaron como infringidos por el requirente. A su juicio, la aplicación del precepto impugnado impidió, tanto al requirente como a su parte, conocer de la acusación que pesa en su contra, puesto que los hechos son distintos de los señalados en la formalización. Transcribe los hechos y concluye que en la formalización se imputa haber actuado solo y en el requerimiento, haber actuado conjuntamente.

Cita a la profesora María Inés Horvitz, quien indica que la limitación de las expresiones impugnadas “... *no debiera significar la afectación del núcleo esencial de garantías del imputado, especialmente cuando quepa la aplicación de penas privativas de libertad*” (Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, 1a. edición, pág. 502) y señala que en la especie se infringe el derecho a defensa, que exige conocer de manera anticipada los cargos que son materia de la investigación, y que el requerimiento que hace las veces de acusación debe cumplir con el estándar que le impone la ley a ésta, es decir, debe cumplir con el principio de congruencia, tal como lo señala el artículo 259 del Código Procesal Penal.

Con fecha 30 de enero de 2013 se dictó el decreto que ordenó traer los autos en relación y se dispuso agregar la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla. Posteriormente, con fecha 4 de junio del año en

curso se verificó la vista de la causa, alegando, luego de escuchar relación, el abogado Gonzalo Cruz Sánchez, por la parte requirente; por el Ministerio Público, el abogado Pablo Campos Muñoz y, por el Consejo de Defensa del Estado, el abogado Rolando Melo Silva.

## CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

### 1. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO A RESOLUCIÓN DE ESTA MAGISTRATURA.

**PRIMERO:** Que el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;*”;

**SEGUNDO:** Que, en el caso de autos, se solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las expresiones “*...en cuanto se adecúen a su brevedad y simpleza*”, contenidas en la parte final del artículo 389 del Código Procesal Penal, el cual sería aplicable en el procedimiento simplificado que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Colina contra el requirente y otros imputados, por los delitos de cohecho y de otorgamiento indebido de patente de alcoholes, RIT 2676-2012;

**TERCERO:** Que el requirente sostiene que la aplicación del precepto legal aludido vulnera la Constitu-

ción, pues la interpretación judicial de la “brevedad y simpleza” del procedimiento simplificado infringe el debido proceso, asegurado en el inciso sexto del artículo 19, N°3°, de la Constitución, especialmente en cuanto al derecho a defensa. Además, también vulneraría la letra a) del artículo 14 N°3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las letras b) y c) del artículo 8 N°2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos referidos al derecho de toda persona a la comunicación previa de los hechos que se le imputan con la debida antelación para preparar su defensa;

### 2. CUESTIONES SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ ESTA SENTENCIA.

**CUARTO:** Que este Tribunal sólo se referirá al precepto legal impugnado por el requirente y su correspondencia o no con el texto constitucional, sin efectuar consideraciones sobre la interpretación que el juez de fondo ha hecho en la causa. No forma parte de nuestra competencia juzgar las actuaciones judiciales que están en la base de la gestión pendiente, ni mucho menos actuar como tribunal casatorio ni de apelación de sentencias;

**QUINTO:** Tampoco le corresponde a esta Magistratura calificar jurídicamente los hechos punibles que conforman la causa de fondo, ni fijar criterios para su interpretación o tipificación penal;

### 3. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

**SEXTO:** Para la resolución del presente caso se utilizarán tres criterios interpretativos: la constitucionalidad de las normas supletorias, la relación entre principio de congruencia y debido proceso, y la aplicación del procedimiento simplificado;

#### 3.1. Constitucionalidad de las normas supletorias.

**SÉPTIMO:** Que, en el presente requerimiento, la norma impugnada establece una regla de supletoriedad dirigida al juez con el objeto de salvar lagunas jurídicas. En este sentido, el legislador prevé la aplicación de normas del proceso penal ordinario durante la tramitación del procedimiento simplificado, lo que permite al tribunal cumplir su deber constitucional de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, toda vez que, reclamada legalmente su intervención, no puede excusarse de ejercer tal autoridad, “*ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*” (inciso segundo del artículo 76 de la Constitución);

**OCTAVO:** Que la supletoriedad establecida por la norma impugnada constituye una remisión normativa admisible desde el punto de vista constitucional, que ejerce una función interpretativa en los casos de ausencia parcial de norma aplicable y una función de integración cuando se está frente a una ausencia total o insuficiencia sustancial (Orellana, Luis (2000): “La supletoriedad de

las leyes”. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N°4, p. 809);

**NOVENO:** Que la remisión normativa antes descrita prescribe al juez dotar al procedimiento simplificado de reglas más densas de debido proceso, en cuanto sean adecuadas a su brevedad y simpleza. Esta limitación, impugnada en autos, “*(...) pareciera referirse básicamente a las etapas del procedimiento ordinario previas al juicio oral, porque todas las actuaciones previstas por la ley durante su desarrollo aseguran garantías fundamentales del debido proceso*” (Horvitz, María, y López, Julián (2005): *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 503). En estas circunstancias, el estándar que obliga al juez penal es el debido proceso, el cual permite el desarrollo de todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario;

#### 3.2. Relación entre principio de congruencia y debido proceso.

**DÉCIMO:** Que esta Magistratura ha fallado en repetidas ocasiones sobre el contenido y alcance de este derecho, señalando, por ejemplo, que “*el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal supe-*

*rior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho” (STC Rol N°1838, de 7 de julio de 2011);*

**DECIMOPRIMERO:** Que respecto al derecho al debido proceso, la Constitución no clausura su contenido; por lo tanto, no existe un único modelo iusfundamental correcto que lo garantice. En este sentido, la Comisión de Estudios *“estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador” (STC Rol N°1518, de 21 de octubre 2010; STC Rol N°481, de 4 de julio de 2006);*

**DECIMOSEGUNDO:** Que un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver, prescribiendo *“(...) que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada” (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales.*

Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 93);

**DECIMOTERCERO:** Conforme a lo anterior, el principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica;

**DECIMOCUARTO:** Que, en el mismo sentido, el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal indica que *“[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.”* De esta forma, el principio de congruencia también se extiende, con menor intensidad, a etapas previas del juzgamiento, vinculando la acusación fiscal con la formalización, de manera de establecer progresivamente la *“(...) precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa (...)” (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 96);*

**DECIMOQUINTO:** Que esta Magistratura ya ha considerado que el precepto legal citado *“tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia,*



*en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa”* (STC Rol N°1542, de 31 de agosto de 2010);

### **3.3. Aplicación del procedimiento simplificado.**

**DECIMOSEXTO:** Que el procedimiento simplificado establecido en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal se aplica para el conocimiento y fallo de las faltas y respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiere la imposición de una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

**DECIMOSÉPTIMO:** Que la instauración de este procedimiento es una innovación introducida por la Reforma Procesal Penal con el objeto de solucionar uno de los mayores obstáculos para el éxito de la justicia criminal, cual es *“el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos.”* (Historia de la Ley N°19.969, p. 23);

**DECIMOCTAVO:** Que, en este orden de ideas, el procedimiento simplificado busca que *“por la vía*

*de acuerdos (...) se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger.”* (Historia de la Ley N°19.969, p. 23);

**DECIMONOVENO:** Que la aplicación del procedimiento simplificado implica varias opciones de tramitación y resolución, dependiendo de la admisión de responsabilidad del imputado, de la naturaleza del ilícito penal y de la pena requerida por el Ministerio Público. De este modo, si en el juzgamiento de faltas el fiscal pide sólo la imposición de una multa, se aplicará el procedimiento monitorio; si el imputado admite responsabilidad en los hechos, procede su resolución inmediata; si no admite responsabilidad, se prepara y realiza una audiencia de juicio simplificado. En todas estas modalidades, el procedimiento se inicia con la formulación de un requerimiento por parte del Ministerio Público, a través del cual se pone en conocimiento del imputado el hecho punible que se le atribuye, de manera análoga a la acusación que se formula en el procedimiento ordinario;

**VIGÉSIMO:** Que la oportunidad procesal para que se formule este requerimiento se extiende hasta la deducción de la acusación, y en tal caso *“el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230, y proceder conforme a las reglas de este Título.”*

(Artículo 390 del Código Procesal Penal);

**VIGESIMOPRIMERO:** En consecuencia, con la formulación del requerimiento la formalización queda sin efecto, terminando completamente el procedimiento ordinario e iniciándose un nuevo procedimiento. Con la aplicación del procedimiento simplificado, regido por los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, deja de existir el procedimiento ordinario anterior, ya que resulta inconcebible la continuación del proceso con la aplicación de dos procedimientos distintos;

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que, en consideración a lo ya expuesto, el procedimiento simplificado se inicia con el requerimiento del Ministerio Público y, por tanto, el principio de congruencia tendrá aplicación entre el requerimiento y la sentencia, lo que puede ser examinado por el tribunal de alzada en el conocimiento del recurso de nulidad que se pudiere interponer en contra de la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía;

#### 4. APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO.

**VIGESIMOTERCERO:** Que el requirente busca, a través de la presente impugnación, refutar una resolución judicial, que consistió en la interpretación del precepto legal impugnado en contra de los intereses hechos valer por la parte en la respectiva audiencia. En este sentido, la interpretación de la norma aludida es una facultad pri-

vativa del juez de instancia, que no es procedente impugnar a través de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

**VIGESIMOCUARTO:** Que, en virtud del artículo 76 de la Constitución, el juez está compelido a actuar y por ende, ante la ausencia de norma, puede y debe utilizar distintos criterios para resolver, algunos de los cuales contempla la misma ley, como en el caso de autos. En este sentido, el requerimiento pretende contradecir el mandato constitucional de inexcusabilidad de los jueces en la resolución de los asuntos sometidos a su competencia;

**VIGESIMOQUINTO:** Que el precepto legal impugnado establece la supletoriedad de las normas que regulan el procedimiento penal ordinario, en cuanto se adecúen a la brevedad y simpleza del procedimiento simplificado. Sin embargo, hasta el momento no hay supletoriedad sino una cabal aplicación del artículo 390 del Código Procesal Penal, que permite al Ministerio Público formular requerimiento hasta la deducción de la acusación, dejando sin efecto la formalización de la investigación realizada con anterioridad;

**VIGESIMOSEXTO:** Que el precepto legal impugnado no afecta el derecho constitucional al debido proceso en el caso concreto, por cuanto el requirente aún tiene suficiente tiempo y etapas procesales para preparar su defensa en un juicio que recién comienza. Considerando además que en la futura celebración de la audiencia de juicio simplificado



puede presentar pruebas, argumentar su teoría del caso e impugnar a través de los mecanismos pertinentes una sentencia desfavorable;

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que respecto a una posible infracción del principio de congruencia –en cuanto integrante del debido proceso penal–, ésta no puede verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo. Sólo con la dictación de la sentencia podremos determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal, de modo que hasta el momento no existe una vulneración de este principio y, por tanto, tampoco se infringe el derecho fundamental asegurado en el inciso sexto del artículo 19 N°3° constitucional;

**VIGESIMOCTAVO:** Que, por las consideraciones expuestas, procede rechazar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en las normas constitucionales y legales aludidas,

**SE RESUELVE:**

**Que, por unanimidad, se rechaza el requerimiento interpuesto a fojas uno.**

**Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 49**

**y siguientes. Oficiese al efecto al Juzgado de Garantía de Colina.**

**No se condena en costas al requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.**

El **Ministro señor Juan José Romero Guzmán** previene que concurre al fallo, con excepción de lo dispuesto en el considerando vigesimosexto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino y la prevención, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N°2314-12-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.



DIVISIÓN DE ATENCIÓN  
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

---



## ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN CHILE

Carmen Ximena Barra Jofré<sup>1</sup>

### Introducción

La Reforma Procesal Penal implementada en nuestro país hace catorce años trajo aparejada una profunda transformación en la forma de hacer justicia en el ámbito penal. El cambio de paradigma en la persecución criminal; la evolución de un sistema inquisitivo a uno acusatorio; el surgimiento de nuevas instituciones y de roles, han generado una dinámica de constantes desafíos encaminados a plasmar la eficiencia, transparencia y cercanía de la justicia penal a que la sociedad aspiraba.

Al cabo de poco más de todos estos años, tenemos instalado un sistema de persecución penal acorde a un Estado moderno, que contempla un proceso adversarial, oral y público; sistemas de resolución alternativos, reconocidos y formales; un sistema profesionalizado de defensa penal, y un modelo de atención y protección a víctimas y testigos. Este último componente del sistema de justicia penal actual es el que nos convoca a escribir este artículo, a través del cual pretendemos efectuar una sintética reseña de su evolución.

### Antecedentes del sistema de protección chileno

El procedimiento penal antiguo, esto es, el anterior a Reforma, no contemplaba un sistema que brindara atención y protección a las víctimas y testigos que participaban en éste. Más aún, las disposiciones aisladas del Código de Procedimiento Penal que daban cuenta de la preocupación del legislador de otorgar mínimas cautelas a los “perjudicados” por el delito, así como a los testigos del mismo, fueron introducidas en su gran mayoría sólo en los últimos años anteriores a la cesación de su vigencia, como se expondrá a continuación.

En efecto, su artículo 6°, en su versión aprobada por Decreto N°733, de 23 de julio de 1996 del Ministerio de Justicia, señalaba lo siguiente “*Cualquiera que sea el tribunal llamado a conocer de un juicio criminal, los jueces letrados con competencia penal y los demás jueces que tengan esta competencia, aunque sólo sea respecto de delitos menores, faltas o contravenciones, están obligados a practicar las primeras diligencias de instrucción del sumario con respecto a los delitos cometidos*”

1 Abogada, Jefa de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional del Biobío, Ministerio Público.

en el territorio de su jurisdicción, sin perjuicio de dar inmediato aviso al tribunal a quien por ley corresponda el conocimiento de la causa”.

Por su parte, el artículo 7°, rezaba: **“Considérense como primeras diligencias: dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delincuentes, decretar el arraigo de los inculcados cuando proceda y detenerlos en su caso, procediendo a la detención con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2° y 5° del Título IV, Primera Parte, del Libro Segundo.** El Inciso segundo agregaba: *“Para estos efectos, el juez de prevención dispondrá la atención prioritaria del ofendido por los servicios públicos pertinentes, decretará su resguardo policial o el de los testigos, interrogará a estos últimos y a los inculcados, y practicará los careos y reconocimientos que fueren necesarios”.*

La anterior es la única disposición de dicho Código que podríamos asimilar a una norma de protección a la víctima del delito, entendiendo que el concepto de víctima está contemplado en el vocablo “perjudicado”. Debemos agregar que, tratándose de víctimas menores de edad, y en relación con delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, el artículo 8° del referido Código expresaba **“...Los jueces del crimen de uno de los delitos tipificados en los artículos 346 a 372 del Código Penal, en que sea víctima un menor de edad, deberán poner el hecho en conocimiento del juez de menores competente, a fin de que éste pueda dictar, si procediere, alguna medida de protección en su favor”.** Este inciso fue agregado por el Art.1 de la Ley 19.304 de 29 de Abril de 1994, lo que da cuenta de que las normas de protección fueron incorporadas mayoritariamente en una época relativamente cercana al inicio de la Reforma Procesal Penal, en términos temporales, no formando parte de las disposiciones primitivas de un cuerpo legal que alcanzaba más de un siglo de antigüedad.

En el caso de los **testigos**, era el artículo 189 el que aludía a la protección de los mismos, tanto de manera genérica, como también específicamente en relación a la **reserva de identidad**. Al efecto, la citada disposición señalaba: **“... Todo testigo consignado en el parte policial, o que se presente voluntariamente a Carabineros de Chile, a la Policía de Investigaciones, o al tribunal, podrá requerir de éstos la reserva de su identidad respecto de terceros.**

*Las autoridades referidas deberán dar a conocer este derecho al testigo y dejar constancia escrita de su decisión, quedando de inmediato afectas a la prohibición que se establece en el inciso siguiente.*

*Si el testigo hiciera uso de este derecho, queda prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que conduzcan a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcione la información. En caso que la información sea*

*difundida por algún medio de comunicación social, su director será castigado con una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales.*

*Esta prohibición regirá hasta el término del secreto del sumario.*

***Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal disponga y podrán ser renovadas cuantas veces fueren necesarias.***

Cabe hacer presente que esta norma de protección a los testigos fue incorporada al Código en el año 1991, en virtud de la Ley 19.077. Llama la atención la explícita referencia a la responsabilidad de los medios de comunicación, la cual se repite en la actual legislación.

Por su parte, el artículo 220 contemplaba, como derecho del testigo, el pago de una especie de indemnización por lucro cesante, que a la época de dicha disposición era de cargo de la parte que lo presentaba, y que hoy la ley regula como una obligación del Ministerio Público, tratándose de testigos presentados por éste.

A partir de la Reforma Procesal Penal, cambia radicalmente el estatus de la víctima en el proceso penal, transformándose en interviniente y en un claro sujeto de derechos. Por su parte, los testigos también ven mejorada su condición, al establecerse la obligación constitucional y legal de brindarles, al igual que a las víctimas, atención y protección. Es así como la Constitución Política de la República, en su artículo 83, entrega al Ministerio Público el mandato de brindar protección a las víctimas y testigos.

Consecuente con el mandato constitucional, la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público señala en su artículo 1° que: ***“El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.***

Luego, en sus artículos 20 y 34 crea dentro de las Unidades Administrativas, tanto a nivel de la fiscalía nacional como de las fiscalías regionales, la ***División de Atención a las Víctimas y Testigos, y las Unidades de Atención a las Víctimas y Testigos***, respectivamente, a las que les encomienda el cumplimiento de las tareas que, en relación a la atención y protección de víctimas y testigos asigna la legislación procesal penal al Ministerio Público.

Tratándose precisamente de la legislación procesal aludida, podemos señalar que el artículo 6° del actual Código Procesal Penal prescribe, en relación a la

**Protección de la Víctima** que: “El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

*El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima.*

*Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”.*

Así también, el artículo 12 del Código Procesal Penal refleja explícitamente ese cambio de estatus jurídico de la víctima al que aludíamos anteriormente, al considerarla **interviniente** desde que realice cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

Continuando con esta reseña normativa, debemos mencionar lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Penal, el que, refiriéndose a la **Información y Protección a las Víctimas**, ordena que: “Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieran intervenir.

*Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:*

- a) *Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.*
- b) *Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.*
- c) *Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.*
- d) *Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.*

*Si la víctima hubiese designado abogado, el ministerio público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes”.*



A mayor abundamiento, el Párrafo 6° del Título IV del Libro I del Código Procesal Penal, referido a la víctima, define este concepto en el artículo 108, señalando que: *“Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.*

*En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:*

- a) *al cónyuge y a los hijos;*
- b) *a los ascendientes;*
- c) *al conviviente;*
- d) *a los hermanos, y*
- e) *al adoptado adoptante*

*Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes”.*

Luego de la definición, y coherente con los objetivos de la Reforma y con esta nueva mirada de la víctima como sujeto de derechos, el artículo 109 consagra los **Derechos de la Víctima**, señalando lo que sigue: *“La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:*

- a) *Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;*
- b) *Presentar querrela;*
- c) *Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;*
- d) *Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;*
- e) *Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y*
- f) *Impugnar el sobreseimiento temporal y definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.*

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad”.

Para los **testigos** también encontramos algunas normas en el Código Procesal Penal que resumen sus derechos en el ámbito de su protección. Uno de ellos es el **derecho a reserva de su identidad**, el cual es tratado en el artículo 307 de dicho cuerpo legal, norma que guarda cierta similitud con el artículo 189 del antiguo Código de Procedimiento Penal, ya transcrito. A propósito de la **Individualización del Testigo** al momento de su declaración, el artículo 307 establece: *“La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.*

*Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder dicha pregunta durante la audiencia.*

*Si el testigo hiciera uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o antecedentes que condujeran a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcionare la información. En caso que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales”.*

Igualmente en la perspectiva de la **protección a testigos**, el artículo 308 señala que: *“El tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger al testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.*

*De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección”.*

En el plano de los **derechos del testigo**, es relevante citar el artículo 312 del Código Procesal Penal, el que, refiriéndose al **derecho del testigo a ser indemnizado en determinadas circunstancias**, dispone que: *“El testigo que careciere de medios suficientes o viviere solamente de su remuneración, tendrá derecho a que la persona que lo presentare le indemnice la pérdida que le ocasionare su comparecencia para prestar declaración y le pague, anticipadamente, los gastos de traslado y habitación si procediere.*

*Se entenderá renunciado este derecho si no se ejerciere en el plazo de veinte días, contado desde la fecha en que se prestare la declaración.*

*En caso de desacuerdo, estos gastos serán regulados por el tribunal a simple requerimiento del interesado, sin forma de juicio y sin ulterior recurso.*

*Tratándose de testigos presentados por el ministerio público, o por intervinientes que gozaren de privilegio de pobreza, la indemnización será pagada anticipadamente por el Fisco y con este fin, tales intervinientes deberán expresar en sus escritos de acusación o contestación el nombre de los testigos a quien debiere efectuarse el pago y el monto aproximado a que el mismo alcanzará.*

*Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de la resolución que recayere acerca de las costas de la causa”.*

En conclusión, efectuado este recorrido por las disposiciones constitucionales y legales relativas a la atención y protección a víctimas y testigos contempladas en el nuevo ordenamiento jurídico, resulta relevante identificar cómo tales mandatos y disposiciones se han plasmado en la práctica al alero de las reglamentaciones internas de la Fiscalía, así como del diseño y evolución de los diversos modelos de atención y protección de estos sujetos procesales.

Si nos remontamos a los inicios de la implementación del nuevo sistema procesal penal en el Ministerio Público, la regulación de esta materia no responde a un modelo extranjero de atención y protección a víctimas y testigos que haya inspirado determinadamente los primeros instructivos dictados en nuestro país. Si bien se observaron y estudiaron regulaciones y experiencias como las de Inglaterra y Colombia, no es factible aseverar que alguna de estas regulaciones haya primado en la concreción de nuestras políticas de acción frente a las obligaciones que como institución nos asiste en el ámbito que nos ocupa.

Los antecedentes recogidos apuntan más bien a concluir que las instrucciones y los modelos que se pusieron en práctica durante los primeros siete años de implementación de la Reforma, obedecieron a construcciones elaboradas por los profesionales que partieron con ella, tanto de la División de Atención a Víctimas y Testigos, como de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos de las Regiones de Coquimbo y de La Araucanía, y que fueron surgiendo del estudio, observación y experiencia adquirida.

De esta manera se elabora el **Instructivo General N°11 sobre Atención y Protección a las Víctimas en el nuevo Código Procesal Penal**, el cual es difundido a través del Oficio N°143, de fecha 12 de octubre de 2000, del Fiscal Nacional. En esta normativa interna se precisa el concepto de víctima, y se regulan aspectos relacionados con las tareas que, tanto los fiscales como las Unidades de Víctimas deben asumir en esta materia, en las diversas etapas del proceso penal. De su lectura se desprende que, desde el origen del nuevo sistema fue prioritaria la atención directa de las víctimas que debían prestarle los fiscales, sin perjuicio de la permanente disponibilidad de las URAVIT.

Asimismo, se le asignó a las Unidades de Víctimas y Testigos (URAVIT) respecto del trato a las víctimas por parte de las Fiscalías Locales, rol que con

el transcurso del tiempo fue transitando a uno de asesoría, liderazgo y monitoreo de la implementación de los modelos de atención. Ello, sin perjuicio de su rol principal de atender y proteger directamente a las víctimas y testigos que requieren de su intervención especializada.

En relación a los criterios de derivación a las URAVIT, el texto primitivo del Instructivo N°11 establecía como criterio obligatorio de derivación (entendiéndolo así por la utilización de la expresión “el fiscal *derivará* ...”) los siguientes:

- a) Por cualquier delito en que fuere víctima un menor de edad, un enfermo mental grave, una persona con capacidad física notoriamente disminuida o que hubiere sufrido un daño psicológico grave a consecuencia del delito.

Luego agregaba ciertos criterios en que la derivación era facultativa del fiscal, comprendiendo aquel relativo a la pertenencia de la víctima a una etnia; cuando hablare otro idioma o fuere analfabeta; o cuando se trate de una persona de la tercera edad.

- b) Por delitos con resultado de muerte o de puesta en peligro concreto de la vida; delitos con resultado de lesiones corporales de significación, delitos sexuales, delitos de secuestro, de abandono o delitos terroristas.

Refiriéndose específicamente al ámbito de la protección, el Instructivo también disponía la intervención de las URAVIT en los siguientes casos:

- a) Por delitos cometidos por organizaciones criminales o por cualquier otro delito en que existiere un vínculo familiar, de amistad o de vecindad o una relación de subordinación o dependencia entre el imputado y la víctima.
- b) Por cualquier delito en que, a juicio del fiscal, existieren antecedentes concretos de hechos reiterados de violencia, hostigamientos o amenazas, de alcoholismo, drogadicción, u otra causa de inestabilidad psicológica del imputado o de acceso a armas por parte del mismo.

Estos criterios de derivación fueron posteriormente ampliados por el Oficio N°337, de fecha 11 de julio de 2003, del Fiscal Nacional, que modifica el ya aludido Instructivo N°11, fijando asimismo su texto refundido y sistematizado.

En efecto, a propósito de la antedicha modificación, se incorpora el concepto de “*Atención Integral*” de las víctimas, entendiéndose por tal el acompañamiento en el proceso, derivación, y apoyo en el ejercicio de derechos. Conceptualmente esta atención integral estaba reservada a las víctimas, considerando a los testigos como sujetos de atenciones más delimitadas, tales como la

protección y el apoyo para participar en el proceso penal<sup>2</sup>. De esta manera, la derivación para los efectos de la atención integral quedó regulada en el Instructivo en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, infanticidio, robo calificado, castración, mutilación, lesiones graves gravísimas, lesiones simplemente graves o menos graves cometidas en un contexto de violencia intrafamiliar, manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, violación, estupro, abuso sexual propio cometido contra menores de 18 años, abuso sexual impropio, favorecimiento de la prostitución de menores, delitos de secuestro y abandono. Asimismo, previa apreciación de la gravedad del caso, abuso sexual cometido contra mayores de 18 años, lesiones simplemente graves y menos graves.
- b) Cuando se trate de víctimas con daño psicológico grave provocado por el delito, enfermedad mental grave o incapacidad física notoriamente disminuida. Asimismo, previa apreciación del estado de la persona, víctimas menores de edad, mayores de 65 años, analfabetas o pertenecientes a otra etnia.

En lo relativo a la protección, el nuevo texto de este instructivo adiciona a las causales que ya figuraban en el texto primitivo, la siguiente:

“Cuando, a juicio del fiscal, se requiere de la intervención de la Unidad para la ejecución de medidas de protección de difícil implementación”.

Al observar el tenor de los criterios de derivación, tanto en su versión original como modificada, podemos vislumbrar que ya desde los inicios del sistema, se esbozaban criterios de evaluación de riesgo e intimidación que posteriormente fueron recogidos y sistematizados en las pautas de evaluación con las que trabajamos actualmente. Asimismo, con la incorporación de esta última causal de derivación vinculada a la labor proteccional, identificamos una primera referencia a lo que después pasó a conformar un sistema de protección para casos de mayor complejidad.

Otras modificaciones introducidas por el citado Oficio N°337/2003, que también podemos destacar son las siguientes:

- La obligación del fiscal de atender directamente a la víctima se entiende que también puede ser cumplida por el equipo jurídico (específicamente por el Abogado Asistente);
- Las URUVIT puedan adoptar autónomamente medidas de protección;

---

2 “Modelo de Actuación de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos”, documento emanado de la Coordinación Técnica Nacional, División de Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional.

- Se introduce la obligación de derivar a las víctimas a las URAVIT, cuando proceda, dentro del plazo de 5 días siguientes a aquél en que se hubiere iniciado el procedimiento penal;
- Se incorpora la posibilidad de que las URAVIT apoyen la preparación metodológica de las víctimas para el Juicio Oral;
- Se amplía el catastro de medidas autónomas de protección.

Cabe hacer presente que el Instructivo N°11, en las dos versiones referidas, contemplaba la intervención de las URAVIT en los procesos relativos a Acuerdos Reparatorios. En la versión original, lo señalaba explícitamente en su numerando 43, y en la versión modificada, lo hacía de manera tácita al remitirse en esta materia, en su numerando 25, a la **Instrucción General N°34 sobre Criterios de Actuación relativos a los Acuerdos Reparatorios, difundida a través del Oficio N°242, de fecha 14 de diciembre de 2000.**

En ambas normativas se instruía a las URAVIT, emitir un informe acerca de la conveniencia del acuerdo para la víctima concretamente afectada por el delito, y además, se le encomendaba a la Unidad conducir un proceso de conciliación o mediación penal entre la víctima y el imputado. En el proceso de adaptación de la normativa esta función fue dejada sin efecto por **Oficio N°977, de fecha 19 de julio de 2007, del Fiscal Nacional, que actualiza criterios generales de actuación en Acuerdos Reparatorios basados en los resultados de Evaluación de Proyecto Piloto realizado en la IX Región.** De esta manera, se eliminó el rol de las URAVIT como conductoras de los procesos de conciliación, sin perjuicio de la facultad del fiscal para solicitarles informe acerca de la conveniencia de un acuerdo, tratándose de víctimas previamente derivadas.

## Testigos

Nos interesa ahora revisar las principales disposiciones que han regulado la intervención de los fiscales y las URAVIT en el tratamiento de los testigos, entendiendo a los mismos como aquellas personas que tienen conocimiento de hechos o circunstancias que forman parte o son de interés para una investigación penal.

Un referente en esta materia lo constituye el **Instructivo General N°32 sobre testigos en la etapa de investigación y de su protección, difundido a través del Oficio N°237, de fecha 12 de diciembre de 2000, del Fiscal Nacional,** el cual orientaba, entre otros aspectos, acerca de la comparecencia de los testigos ante la Fiscalía; el ejercicio de sus derechos; la protección de los mismos; la reserva de identidad; la prueba anticipada; y la intervención especializada de las URAVIT.

En relación a la intervención de las URAVIT, el Instructivo expresaba que el fiscal podrá requerir el apoyo de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, para la ejecución de medidas de protección, especialmente en los siguientes casos:

- a) Cuando se tratare de un testigo menor de edad, enfermo mental grave, con su capacidad física notoriamente disminuida, mayor de edad (65 años) o que evidencie un estado de alteración psicológica que pueda inhibir su intervención en el proceso.
- b) Cuando se tratare de un testigo de un delito grave ocurrido en el núcleo familiar, o que tuviere un vínculo de subordinación o dependencia respecto del imputado, de un delito de tráfico de drogas o terrorista o cometido por una organización criminal.

También en estos casos se disponía que la Unidad, si lo estimaba pertinente su Jefatura, apoyara al testigo cuando tuviere dificultades psicológicas para concurrir y declarar en la audiencia del juicio oral.

## **Reserva de identidad**

Si bien uno de los principios fundamentales de la Reforma Procesal Penal radica precisamente en la publicidad de las actuaciones del proceso, la ley y la jurisprudencia reconocen como excepción la figura de la reserva de identidad de los testigos, cuando dicha reserva se torna indispensable para proteger la vida o la integridad física o psíquica del testigo, así como la de su entorno cercano. Esta medida de protección no ha estado exenta de polémica, tanto en el ámbito nacional como internacional, pues no es fácil armonizar los derechos de las partes. Desde una perspectiva hay que considerar el derecho del testigo a su vida e integridad, lo que implica la posibilidad de prestar declaración libremente y sin que ello signifique un riesgo para su vida o integridad; así como desde otra, el pleno ejercicio de su derecho a defensa por parte del imputado. A ello, debemos sumar el interés del Estado en la persecución penal.

“Velar por estos tres intereses en el marco del nuevo proceso penal constituye todo un desafío. Se trata de brindar protección a los testigos en el marco de un proceso penal inserto en un Estado de Derecho. El Estado de Derecho, como es sabido, se encuentra establecido en el Capítulo Primero “Bases de la Institucionalidad” y en el artículo 19 de la CPR, así como en los tratados internacionales que reconocen los derechos fundamentales de toda persona -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, etc.-. La tarea consiste, entonces, en buscar soluciones razonables a los conflictos que pueden suscitarse entre, por una parte, el interés en la persecución y la jurisdicción penal y la protección de los derechos

fundamentales del testigo, y, por la otra, el interés en el respeto del derecho fundamental a la defensa que tiene el imputado”<sup>3</sup>.

El Instructivo en comento expresaba que, cuando existieran indicios de hostigamientos, amenazas, o probable atentado, el fiscal podría, además, mantener en reserva la identidad y los antecedentes del testigo, disponiendo que las actuaciones, registros o documentos en que aparezcan se mantengan en secreto respecto de los demás intervinientes, en conformidad al artículo 182 del Código Procesal Penal. De esta manera, agregaba, se dará inicio a la *cadena de reserva*, la que se extenderá por todo el período que fuere necesario para proteger al testigo. Esta medida el fiscal podía decretarla, además, a sugerencia de la URUVIT o de las policías. Además, agregaba que una vez dispuesta la reserva como medida de protección, todos los funcionarios de la Fiscalía y de las policías que participaren en la investigación estaban obligados a guardar secreto respecto de los antecedentes del testigo. Asimismo, los actos administrativos del Ministerio Público, así como los documentos que les sirvieran de sustento o complemento, se mantendrían en reserva conforme lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 19.640. Sólo el fiscal tendría acceso a estos antecedentes en el sistema computacional, a menos que él autorizare a un funcionario de la Fiscalía al efecto, y sin perjuicio de la intervención del Fiscal Regional.

Cuando se decreta la medida de reserva de identidad, el testigo pasa a ser llamado genéricamente “*testigo protegido*”, y en el evento de haber más de uno, se les numera correlativamente al mencionárseles.

El Instructivo N°32 especificaba, a modo de ejemplo, que el fiscal podía adoptar también, las siguientes medidas de protección en favor del testigo protegido:

- a) Utilizar una clave para indicar el domicilio, lugar de trabajo y profesión u oficio del testigo;
- b) Señalar la Fiscalía Local como domicilio del testigo para efectos de las citaciones y notificaciones judiciales, en conformidad al artículo 26 del Código Procesal Penal, evento en el cual se le harán llegar al testigo en forma estrictamente reservada;
- c) Impedir que se tome fotografía o que por cualquier otro medio se capte la imagen del testigo, especialmente en los traslados de éste al Ministerio Público o a los tribunales. Para ello, el fiscal podrá ordenar a la policía que arbitre las medidas necesarias;

3 ROJAS VALDEBENITO, Sonia, y ROJAS AGUIRRE, Luis. “La Protección de los testigos en la Reforma Procesal Penal”.



- d) Tomar los resguardos necesarios para impedir la identificación visual del testigo en determinadas actuaciones de la investigación.

Agregaba el Instructivo que si se mantiene la reserva de identidad hasta la acusación, el fiscal no individualizará al testigo protegido en la lista de testigos, en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 259 del Código Procesal Penal, y en la audiencia de juicio oral solicitará al tribunal que autorice al testigo a no indicar públicamente su domicilio, en virtud del artículo 307 inciso segundo del mismo Código. También el fiscal solicitará al tribunal que decrete la prohibición de divulgación, en cualquier forma, de su identidad y de los antecedentes que condujeren a ella, debiendo en caso de incumplimiento iniciar una investigación con este motivo, en conformidad al inciso tercero del artículo 307 ya citado.

En el año 2010, el Instructivo N°32 en comento, fue derogado por el **Oficio FN N°133, de fecha 31 de marzo de 2010**, el que a su vez fue recientemente derogado por el **Oficio FN N°60, de fecha 23 de enero de 2014, que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal**. Es preciso hacer presente que estos dos últimos oficios, por su naturaleza, son mucho más genéricos en lo que al tratamiento de los testigos se refiere, abarcando de manera más extensa otras materias propias de la investigación penal. En efecto, además de referirse escuetamente a los testigos, lo hace en la perspectiva de asegurar su comparecencia a las diligencias de investigación, pero no contiene alcances relativos a su protección. Lo anterior, se explica por la implementación del nuevo modelo de atención y protección de víctimas y testigos al que aludiremos más adelante.

## Reserva de identidad contemplada en leyes especiales

Además de las disposiciones generales relativas a la reserva de identidad, existen tres leyes especiales en las cuales se contempla expresamente la facultad del Ministerio Público de disponer esta medida de protección. Se trata de la **Ley N°20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas**; la **Ley N°18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad**, y la **Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos**. A continuación haremos una relación de los artículos que se refieren a esta materia en cada una de estas normativas legales.

### Ley 20.000

Las investigaciones por delitos contemplados en este cuerpo legal, por su propia naturaleza, revisten ciertas características especiales que se traducen, entre otras, en la participación de sujetos que cumplen roles diversos (agentes encubiertos, agentes reveladores, e informantes), además de establecerse otras

medidas de protección específicas para testigos de este tipo de ilícitos, entre las que se cuenta la reserva de identidad, e incluso el cambio de identidad de una persona.

De esta manera, el **artículo 30** de esta ley dispone lo siguiente:

*“Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, en cualquier etapa del procedimiento, cuando el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de un informante o de un agente encubierto o revelador y, en general, de quienes hayan colaborado eficazmente en el procedimiento, en los términos del artículo 22, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.*

*Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar medidas tales como:*

- a) *que no consten en los registros de las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar una clave u otro mecanismo de verificación, para esos efectos;*
- b) *que su domicilio sea fijado, para efectos de notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y*
- c) *que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo”.*

El **artículo 31**, a su vez, establece la obligación del tribunal de decretar, sin audiencia de los intervinientes, y una vez dispuesta la medida de protección de la identidad, la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación, agregando que se deberá decretar también la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen través de cualquier otro medio.

No obstante este acápite está vinculado a la medida de protección de reserva de identidad, nos parece relevante mencionar que el **artículo 35** de esta ley establece otra medida de protección, excepcionalísima en nuestro ordenamiento jurídico, cual es el **cambio de identidad**, el que podrá ser autorizado por el tribunal, con posterioridad al juicio, en caso de ser necesario por razones de seguridad. La disposición agrega que la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación adoptará todos los resguardos necesarios

para asegurar el carácter secreto de estas medidas, conforme al reglamento que se dicte al efecto. Todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar esta medida serán secretas. Las personas que hayan sido autorizadas para cambiar de identidad sólo podrán usar sus nuevos nombres y apellidos en el futuro, sancionándose el uso malicioso de su anterior identidad.

Esta medida de protección, que también se consagra en nuestro país en la Ley 18.314 y en la 19.913, se encuentra asimismo vigente en otras legislaciones, para casos de crimen organizado, tales como México, Perú, Estados Unidos y Guatemala. Resulta interesante señalar que en España también es aplicable para casos de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

Es menester hacer presente que esta medida de cambio de identidad no ha sido usada en nuestro país, por cuanto aún no se ha dictado el reglamento al que se alude en el artículo 35 ya citado.

### **Ley 19.913**

Esta norma legal hace suyas las disposiciones de la Ley 20.000, entre otras, en materia de protección a testigos, comprendiendo consecuentemente, las medidas de reserva y cambio de identidad.

### **Ley 18.314**

En el contexto de la determinación de conductas terroristas, esta ley igualmente contempla la medida de reserva de identidad, institución que como ya expresáramos al comienzo del acápite referido a la reserva, no ha sido pacífica ni doctrinaria ni judicialmente, y cuyo debate ha cobrado especial relevancia tratándose precisamente de la aplicación de esta ley. Tal es así, que esta discusión motivó la presentación del recurso de nulidad en el cual recayó el fallo de la Exma. Corte Supremo que se cita más adelante. El **artículo 16** explicita que *“...el tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados o se capte su imagen a través de cualquier otro medio”*.

Por su parte, el **artículo 18** de esta ley señala que *“Las declaraciones de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso.*

*Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta.*

*En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente. El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9.”*

Es importante hacer notar que el último inciso del artículo arriba transcrito fue modificado como aparece en el texto por el artículo 1°, No. 8 de la Ley 20.467, de fecha 8 de Octubre de 2010, modificación que refuerza el espíritu de resguardar la reserva de identidad del testigo o perito, tal como se desprende de la parte final de dicho inciso.

Como lo dijéramos anteriormente, este cuerpo legal contempla asimismo, en su **artículo 20**, la medida de cambio de identidad, en términos similares a la Ley 20.000.

### Fallo relativo a reserva de identidad

Resulta ilustrativo conocer los considerandos del **fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete**, de fecha 22 de marzo de 2011, recaído en la causa **RUC N°0800932994-4, por delitos de robo con intimidación, atentado contra la autoridad, incendios, asociación ilícita terrorista y otros**, en el cual se legitima y valora el testimonio de testigos con reserva de identidad, además de reconocer explícitamente el deber que también tienen los tribunales en cuanto a la protección de los testigos. Dicho fallo señala, en la parte pertinente:

*“Validez conceptual de los dichos de testigos con identidad reservada.*

**64°:** *Que se ha levantado como argumento para justificar la absolución de los imputados en esta causa, la escasa validez que como elemento de convicción, tendrían los dichos de los testigos que declaran bajo identidad reservada, principalmente considerando que aquel privilegio procesal se sostiene en la invocación por parte del ente persecutor de la normas previstas en la Ley 18.314, que fija las conductas terroristas y determina su penalidad, normativa que en este caso no fue recogida por el Tribunal.*

**65°:** *Que estos Jueces discrepan de la opinión que sobre el particular pueden tener algunas defensas, en cuanto a que los dichos de los testigos con reserva de identidad*

*carecen de validez, a la luz de los principios que inspiran el actual proceso penal, por cuanto es la propia legislación que tanto en la Ley 20.000, como en la Ley 18.314, reconoce su existencia, de modo que esa sola circunstancia debiese ser argumento suficiente para desestimar tal pretensión.*

*Sin perjuicio de ello, cabe reflexionar que nuestra legislación impone a las personas testigos de un ilícito, citadas judicialmente a prestar declaración testimonial sobre el mismo, el deber de comparecer y declarar, surgiendo como consecuencia de este deber de comparecencia, y de los eventuales daños o perjuicios a que se ven expuestas en el cumplimiento de su obligación cívica, el deber necesario de que el Estado como órgano de persecución penal y como principal garante de los derechos individuales, se obligue a proporcionar a dichas personas las medidas necesarias tendientes a proteger el ejercicio de sus derechos fundamentales, tarea que no solo ha sido encomendada por mandato constitucional al Ministerio Público, a través de su Unidad de Protección de Víctimas y Testigos, sino que también a los Tribunales de Juicio Oral, a la luz de lo dispuesto en el artículo 308 del Código Procesal Penal.*

*Es por ello que, la existencia de dicha obligación del Estado resulta imprescindible e innegable, dado que los dos objetivos principales del procedimiento penal, dentro de un Estado Democrático y de Derecho, son por un lado contribuir a la eficacia de la persecución penal de los hechos delictivos, pero por otro lado, también el respetar al máximo, en el juzgamiento de esos hechos, los derechos de quienes resulten involucrados, y es aquí en donde se debe reconocer que el testigo resulta ser una pieza clave y fundamental dentro de un juicio en donde está en juego la culpabilidad o inocencia de determinadas personas, siendo del todo justo y necesario, brindar la correcta protección frente a cualquier amenaza, sea de muerte u otra distinta, que coaccione su voluntad de declarar, en la medida que aquella no resulte atentatoria de los derechos del imputado.*

**66°:** *Que dentro de un proceso penal tradicional, salvo contadas excepciones la defensa tendrá pleno acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, dado que en ella se consignan el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el Juicio Oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales habrá de recaer su declaración, vale decir, para el legislador nacional, la regla general en el procedimiento penal es el conocimiento de la identidad de los testigos por parte de la defensa.*

**67°:** *Que no obstante lo anterior, esta regla admite como se dijo las excepciones contenidas tratándose de los delitos terroristas y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En ambos casos, el legislador ha establecido expresamente como medida de seguridad, tanto para el testigo como para los seres cercanos a éste, la posibilidad de ocultar su identidad de quien depondrá en contra del acusado, esto debido principalmente a la especial trascendencia y peligrosidad que dichos ilícitos han ido adquiriendo con el correr del tiempo, postura que con sus respectivas variantes, en lo sustantivo es compartida por muchos países.*

**68°:** *Que se han sostenido más bien desde un punto de vista doctrinal, diversos argumentos en orden a desacreditar la existencia de testigos con reserva de identidad, señalándose por ejemplo que aquella institución vulneraría los principios básicos de Publicidad y Defensa propugnados por nuestro Código Procesal Penal, o que su utilización puede traer consecuencias nocivas para ejercer adecuadamente el Derecho a Defensa, y con ello el Debido Proceso, y finalmente también se ha dicho que la Defensa no tendría la posibilidad de ejercer acciones penales en contra de quienes pudiesen haber incurrido en falso testimonio durante el juicio.*

*En el caso en estudio aquello no resultó tan cierto, toda vez que pese a que uno de los testigos con identidad reservada se presentó visiblemente lesionado, refiriendo haber sido agredido con motivo de su comparecencia, se ha permitido, salvo la excepción contenida en el artículo 18 inciso 3° de la Ley 18.314, la posibilidad de que la defensa efectúe un debido contra examen, en términos que como se ha citado durante esta sentencia, se ha podido incluso desestimar el testimonio de ciertos testigos en base al adecuado ejercicio de dicho derecho.*

*Por otro parte, tampoco es posible considerar una vulneración al Debido Proceso, toda vez que las limitaciones establecidas en la Ley, lo son precisamente en aras de lograr un adecuado equilibrio entre los contendores, entendiendo el legislador que la gravedad de ciertos hechos, justifica racionalmente la restricción parcial de determinados derechos, en pro de un adecuado y justo ejercicio de la acción penal. Es así que entonces, si bien no se acogió la tesis del ente persecutor en cuanto estimar que estos hechos configurarían hipótesis terroristas, la verdad es que aquello obedece a un planteamiento doctrinal diverso sobre un mismo punto, como se explicará más adelante, no observando estos Jueces que de parte del Ministerio Público, hubiese existido un ejercicio abusivo o desmedido, al conducir la acción penal en dicho sentido.*

*Por último, tratándose de ilícitos como el falso testimonio en sede penal, cabe señalar que las diligencias probatorias sobre el particular, son resorte exclusivo del Ministerio Público, de manera que nada obsta a que dicho organismo, en uso de sus atribuciones pueda esclarecer la existencia de dicho ilícito, y con ello develar la identidad del testigo protegido, sin embargo, eso es más bien un avatar de los acontecimientos posteriores, y no un motivo suficiente para rechazar de antemano la utilización de dicha institución”.*

## **Nuevo modelo de atención y protección a víctimas y testigos: OPA**

En el año 2008 se realiza una profunda reflexión vinculada al sistema de atención y protección a víctimas y testigos que había imperado en la institución desde los inicios de la Reforma y hasta ese momento. Uno de los aspectos que se diagnosticó fue la cobertura de la atención brindada a los usuarios, constándose que ésta alcanzaba aproximadamente el 3%, cobertura que correspondía a la intervención especializada realizada por las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos. Por otra parte, producto de la forma en que

se fueron generando los modelos de atención, fruto de la experiencia y de las realidades de los distintos territorios, existía una importante diversidad en la manera cómo se relacionaban las Fiscalías Locales con sus usuarios, incluso con los usuarios prioritarios.

Los aspectos señalados precedentemente fueron abordados en el Plan Estratégico de la Fiscalía 2008-2015, estableciéndose entre sus lineamientos estratégicos el de potenciar la atención a víctimas y testigos, figurando asimismo entre sus objetivos, el de mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios respecto de los servicios brindados por la institución. En esta perspectiva, y para avanzar en la cobertura y en la calidad de la atención, en el contexto de una institución moderna y fundamental para el acceso a la justicia y la consecución de la paz social, la División de Atención a las Víctimas y Testigos se aboca a la formulación de un nuevo modelo de atención y protección a víctimas y testigos, conocido como **MODELO OPA**, cuya sigla significa **“Orientación, Protección y Apoyo”**. Este modelo ha sido objeto de otros artículos publicados en ediciones anteriores de esta Revista Jurídica <sup>4</sup>, por lo que en esta oportunidad sólo haremos algunas consideraciones generales respecto al mismo, mencionando también las modificaciones que a la fecha ha experimentado. Cabe destacar que la implementación del modelo se desarrolló en forma gradual, comenzando en la Región de Coquimbo, en el año 2008, y completándose en el año 2012, con la incorporación de las Regiones del Maule, Biobío, Los Ríos, y Metropolitana Centro Norte.

## Principios orientadores del modelo

Coherente con lo ya señalado en relación a los lineamientos y objetivos estratégicos de la carta de navegación institucional, los principios que orientaron el Modelo OPA son los siguientes:

### 1. Participación:

Este principio está definido desde la perspectiva de la participación de las víctimas en el proceso penal, entendiendo que, en su calidad de interviniente, la víctima tiene el derecho a participar, pero ello a su vez implica para fiscales y funcionarios, el deber de facilitar dicha participación.

### 2. Discriminación positiva:

Como lo expresa el documento “Modelo de Atención General a Víctimas y Testigos”, de la División de Víctimas y Testigos, de fecha septiembre de

4 Equipo OPA, División de Atención a Víctimas y Testigos. “Modelo de Atención a Víctimas y Testigos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, No. 47, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 69-84.



2008, este principio considera la focalización de recursos especializados en las víctimas y testigos con mayor grado de vulnerabilidad. La vulnerabilidad está especialmente determinada por el tipo de delito, la relación de la víctima con el agresor, la disponibilidad para acceder a medios de ayuda y asistencia y el perfil económico de la víctima.

En virtud de lo anterior, se definió desarrollar estrategias de intervención especializada para casos de delitos sexuales, violencia intrafamiliar, víctimas menores de edad, y casos complejos de protección.

### 3. Transversalidad:

La transversalidad implica instalar la atención a víctimas y testigos no sólo como un tema exclusivo de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, sino como una responsabilidad que abarca a todos los fiscales y funcionarios, los que, actuando coordinadamente, deben procurar una atención de calidad.

### 4. Eficiencia:

De acuerdo a lo definido en el documento citado en el punto tres precedente, una gestión eficiente en el tema de víctimas y testigos se relaciona con desarrollar procesos de trabajo que tiendan a la transversalización de la temática al interior de las fiscalías. Así se facilita el aumento de cobertura en la entrega de servicios diferenciados, aumentando consecuentemente la productividad de los funcionarios en la medida que entregan mayor cantidad de servicios a mayor cantidad de usuarios. Por otra parte, la recepción de un mejor servicio por parte de los usuarios debiera redundar en un mayor compromiso de estos últimos, con los beneficios económicos y procesales que ello acarrearía.

### 5. Eficacia:

Los objetivos planteados institucionalmente respecto de las víctimas y testigos deben ser cumplidos mediante el trabajo sinérgico y transversal de la Fiscalía.

Además de los principios especificados con anterioridad, es pertinente mencionar que el Modelo OPA contempla entre sus características la **estandarización** de los servicios ofrecidos por el Ministerio Público a víctimas y testigos y de la calidad de los mismos, a través del diseño de procedimientos y protocolos de interrelación con los diferentes usuarios. Asimismo, la **cobertura total de atención** constituye una pretensión de este modelo, tomando en consideración las necesidades correspondientes a cada usuario.

El Modelo OPA encuentra su inspiración en el **sistema judicial penal inglés**, lo cual se evidencia de manera clara al examinar los instrumentos para evaluar intimidación que contempla uno y otro modelo. En efecto, de acuerdo



a lo establecido en el documento “Trabajando con Testigos Intimidados, un manual para policías y profesionales responsables por identificar y apoyar a testigos intimidados” (Noviembre, 2006), podemos observar que el sistema de protección a testigos que en él se describe razona sobre argumentos y problemas que de igual manera se identifican en nuestro modelo, partiendo por la relevancia que puede llegar a revestir el testimonio de un sujeto para el éxito de una investigación. Ambos modelos abordan el problema de la **intimidación** como uno de los factores determinantes a la hora de que un testigo desista de participar en el proceso penal. De hecho, los aspectos que se consideran en los instrumentos que se utilizan para evaluar esa intimidación, tanto en nuestro sistema como en el inglés, son bastante similares, distinguiéndose en ambos modelos tres niveles de intimidación posibles, con las consecuentes medidas de protección y acciones a seguir.

Consecuente con el principio de discriminación positiva, el modelo contempla un sistema general de atención de víctimas y testigos, conocido como el **Modelo General**, como asimismo, un **Modelo de Atención Inmediata para Víctimas de Delitos en Contexto de Violencia Intrafamiliar**, además de un **Modelo de Intervención Especializada en Menores de Edad Víctimas de Delitos Sexuales y de VIF**.

Pero la evolución de la criminalidad a nivel internacional es un fenómeno que ha permeado en alguna medida también nuestro país, lo que nos ha demandado como Estado el hacernos cargo de aquellos casos en los que el riesgo de que sufre una víctima o testigo por colaborar o haber colaborado en el proceso penal, tiene características que permiten establecer las posibilidades de concreción del riesgo por provenir de un tipo de criminalidad organizada. Frente a ello, y también dentro del Modelo General, se generó el Modelo de Protección para Víctimas y Testigos en Casos Complejos.

## Modelo de Protección en Casos Complejos

Este modelo, cuyo objetivo es precisamente brindar a las víctimas, testigos, peritos y sus familias una protección especializada para aquellos casos excepcionales de riesgo que enfrentan estos sujetos, en los que por provenir la intimidación o amenaza de algún tipo de organización criminal, requiere de una estrategia de protección elaborada para minimizar tal riesgo, fue expuesto en un artículo publicado en una edición anterior de la Revista Jurídica del Ministerio Público<sup>5</sup>. Si bien, estos casos de protección han sido aislados, no más de diez casos en los últimos tres años, es necesario avanzar en esta materia y contar con mecanismos para enfrentar esta problemática, dado que van

5 PÉREZ ADASME, Marcelo y CHÁVEZ TORRICO, Angela. “Protección a víctimas y testigos en casos complejos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, No. 48, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 81-109.

generalmente asociados a causas de narcotráfico, robos y otros delitos que constituyen la actividad de las bandas u organizaciones criminales.

## Ajustes al Modelo OPA

Desde que comenzó la implementación gradual del Modelo OPA, junto con observar su comportamiento en relación con los objetivos propuestos, la División de Atención a Víctimas y Testigos, así como las URAVIT, han ido advirtiendo la necesidad de efectuar ajustes a los modelos diseñados primitivamente. Lo anterior, a fin de adaptarlos a la realidad de las Fiscalías Locales que deben operativizar el modelo, como asimismo, con el afán de optimizar el cumplimiento de los objetivos de atención y protección en beneficio de las víctimas y testigos.

Este ejercicio de observación y mejora continua del modelo ha dado lugar a revisiones y ajustes tanto del Modelo General como de los Modelos Especializados de VIF y Menores de Edad, que pueden resumirse en los aspectos que se señalan a continuación:

**Modelo General:** En el diseño original, este modelo se aplicaba a personas mayores de edad, víctimas y testigos de cualquier delito, con excepción de las víctimas de delitos en contexto de VIF (a quienes se les aplica el modelo especializado). Posteriormente se resuelve exceptuar de la aplicación obligatoria del modelo a los cuasidelitos; delitos económicos; hurtos, robos no violentos y otros delitos contra la propiedad sin imputado conocido.

**Modelo VIF:** Este modelo especializado se aplica a personas mayores de edad, víctimas de delitos en contexto de violencia intrafamiliar. En una primera etapa se dispuso su aplicación también a menores de edad, víctimas de violencia intrafamiliar en contexto de una relación de pareja, pero con posterioridad se redefinieron como sujetos de atención del modelo especializado para víctimas menores de edad. A partir del 1 de enero del año en curso, se modificaron los plazos de intervención establecidos en el protocolo, de tal forma que el plazo de 24 horas para la aplicación de la pauta de riesgo devino en un plazo de un día hábil, y el de 48 horas para el otorgamiento de medidas de protección en los casos correspondientes, pasó de 48 horas a dos días hábiles.

**Modelo para menores de edad, víctimas de delitos sexuales o VIF:** También a contar del 1 de enero se modificó el plazo para realizar el contacto inicial para la recopilación de antecedentes de la víctima, de 72 horas a 3 días hábiles. Además, se han definido modificaciones al Modelo que se encuentran en proceso de implementación, y que consideran principalmente las acciones de seguimiento de responsabilidad de la URAVIT, en casos de riesgo alto, cuando la investigación es formalizada o cuando se revoca la prisión preven-

tiva del imputado y la coordinación, preparación y acompañamiento a juicio oral; junto con la implementación de mejoras en el sistema informático que permitan una información más fluida entre el equipo jurídico y la URAVIT, en pos de una mejor orientación y protección a la víctima.

## **Algunos desafíos pendientes**

Durante el transcurso de los catorce años en que nuestro país ha experimentado la transformación de su sistema procesal penal, también han ido evolucionando y perfeccionándose los mecanismos para brindar atención y protección a las víctimas y testigos que participan en las investigaciones criminales. Desde un sistema eminentemente asistencialista, se ha ido transitando hacia un modelo que incorpora elementos que buscan focalizar los esfuerzos hacia una perspectiva más vinculada a la protección, haciéndonos cargo también de la evolución que ha tenido la delincuencia en Chile y que demanda nuevos desafíos en este ámbito. No obstante lo anterior, estimamos que hay espacio para seguir avanzando en esa línea. Si bien los recursos asignados son restringidos, sería interesante explorar la formalización de más convenios de colaboración con otros organismos de la red pública y privada, a fin de actuar sinérgicamente en beneficio de la protección de víctimas y testigos. Estratégico resultaría una alianza, por ejemplo, con el Ministerio de la Vivienda, a fin de facilitar las eventuales reubicaciones que a lo largo del país se realizan año a año, posibilitando la permuta o la adjudicación de subsidios con fines de protección, y como parte de una política integral de apoyo a víctimas y testigos. Lo mismo podría ocurrir con aquellos organismos que potencian el emprendimiento y la inserción laboral, como una manera de estimular el cambio de vida que puede llegar a representar para una víctima o testigo el colaborar en un proceso penal. Nuestros plazos reglamentarios para entregar protección luego del término de una causa también podrían ser revisados, a fin de posibilitar apoyos por períodos más prolongados de los que actualmente están vigentes. Esas son sólo algunas de las ideas que podrían contribuir a optimizar nuestros mecanismos de protección, a lo que podríamos agregar la pertinencia de profundizar la formación que los Fiscales y funcionarios del Ministerio Público exhiben en esta materia.

La tarea de brindar atención y protección a víctimas y testigos trasciende al rol de la División de Atención a Víctimas y Testigos y de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos. Se trata de un rol de Estado que la Fiscalía está llamado a liderar, pero para cuyo cumplimiento óptimo también se requiere de los recursos, de toda índole, para enfrentar adecuadamente las cada vez más sofisticadas formas que va adoptando la criminalidad en Chile.

## Bibliografía

1. ROJAS, Sonia; ROJAS, Luis Emilio. “La Protección de los Testigos en la Reforma Procesal Penal.” Ministerio Público; Fiscalía Nacional, División de Atención a Víctimas y Testigos.
2. SALVADOR, Susana. “Cambio de apellidos motivado por situación de violencia de género”. [En línea]. [www.nodo50.org/ala/mujer](http://www.nodo50.org/ala/mujer) España.
3. Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos. Documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos. 2008.
4. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Naciones Unidas.2000.
5. Manual de Buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Naciones Unidas, Nueva York, 2008.
6. Protección de Testigos en Chile. X Conferencia Anual y Reunión General Asociación Internacional de Fiscales, Copenhage, Dinamarca, 2005. Ministerio Público de Chile.
7. Modelo de Actuación de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos. Coordinación Técnica Nacional, División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional.
8. Documento “Trabajando con Testigos Intimidados. Un manual para policías y profesionales responsables por identificar y apoyar a testigos intimidados”. Sistema Judicial Penal, Noviembre 2006.
9. Programa Especializado de Protección de Víctimas y Testigos en Casos Complejos PEP. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, Julio 2006.
10. Modelo de Atención General a Víctimas y Testigos. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Septiembre 2008.
11. Modelo de Intervención Inmediata para Víctimas de Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional.
12. Modelo de Intervención Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales y Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional.

13. Modelo de Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos. División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Noviembre de 2008.
14. Instrucción General N°11 sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal. Fiscalía Nacional, Octubre de 2000.
15. Oficio FN No. 337, de fecha 11 de Julio de 2003, que Introduce modificaciones y fija texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N°11. Oficio N°237, de fecha 12 de Diciembre de 2000, que contiene Instructivo General N°32 sobre testigos en la etapa de investigación y de su protección.
16. Oficio N°242, de fecha 14 de Diciembre de 2000, que contienen Instructivo General N°34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios.
17. Oficio FN N°246, de fecha 27 de Mayo de 2004, que complementa Instructivo General N°32.
18. Oficio FN N°013, de fecha 6 de Enero de 2005, que pone en conocimiento modificaciones y actualización de objetos y criterios de derivación a las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos.
19. Oficio FN N°133, de fecha 31 de Marzo de 2010, que contiene Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el proceso Penal.
20. Oficio FN N°060, de fecha 23 de Enero de 2014, que contiene Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal.
21. Chile, Constitución Política de la República, edición oficial aprobada por Decreto N°416, de 22 de Enero de 2010, del Ministerio de Justicia.
22. Chile, Ley N°19.640, establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial del 15 de Octubre de 1999.
23. Código de Procedimiento Penal, edición oficial aprobada por Decreto N°733, de 23 de Julio de 1996 del Ministerio de Justicia.
24. Código Procesal Penal, edición oficial aprobada por Decreto N°775, de 10 de Febrero de 2009, del Ministerio de Justicia.
25. Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, 22 de Marzo de 2011, causa RUC N°0800932994-4; RIT N°35-2010, por robo con intimidación, atentado contra la autoridad, incendios, asociación ilícita y otros.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---





## LA QUERELLA DE CAPÍTULO Y LOS JUECES DE POLICÍA LOCAL

*Claudia Ortega Forner<sup>1</sup>*

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la acción penal pública en contra de determinadas autoridades políticas, judiciales y pertenecientes al Ministerio Público, requiere para hacerse efectiva, de la realización de un antejuicio, denominado “Desafuero”, para las autoridades del poder ejecutivo, legislativo y tribunales especiales, o bien “Querella de Capítulos”, en el caso de los miembros del poder judicial y de la fiscalía.

Los antejuicios son instituciones de carácter excepcional dentro de nuestro sistema procesal penal y, en general, tienen por objeto resguardar la investidura de ciertas autoridades, en orden a evitar que exista persecución penal a su respecto sólo en casos justificados.

De esta manera, la Constitución Política de la República establece estos privilegios procesales, los que se concretan normativamente en el Código Procesal Penal, en las instituciones del desafuero y la querella de capítulos.

En este trabajo nos centraremos en las particularidades de la querella de capítulos y, en especial, analizaremos su precedencia respecto de los Jueces de Policía Local, atendidas las especiales características de estos magistrados.

### 1. La querella de capítulos

El artículo 79 de la Constitución establece la responsabilidad de los jueces por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la carta fundamental se remite a la ley, a fin de que sea el legislador el que determine los casos y el modo de hacer efectiva dicha responsabilidad. Por su parte, el art. 324 del Código Orgánico de Tribunales (COT), establece los miembros de la Corte Suprema no reciben castigo penal en cuanto a la falta de observancia a las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia.

Consecuencia de lo anterior es que los miembros del señalado tribunal estarían excluidos como sujetos activos de las formas –genéricamente denomina-

1 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

das— de prevaricación y contempladas específicamente en el Código Penal en el artículo 223 N°1, artículo 224 Nos 1, 2, 3, 4, y 5 y artículo 225 Nos 1, 2, 3, 4 y 5.

En lo que respecta al Ministerio Público, la Constitución reconoce la existencia de la responsabilidad de los fiscales en el ejercicio de sus funciones, entregando a la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, la regulación de la misma. Así, en los artículos 45 y siguientes de dicha normativa, se regula la forma de investigar la responsabilidad penal de los fiscales y a quien le corresponde efectuar dicha investigación.

Para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales, por actos que hayan ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importen una infracción penada por la ley, será necesario plantear en forma previa una **“querrela de capítulos”**, la que se encuentra regulada en los arts. 424 y siguientes del Código Procesal Penal.

La querrela de capítulos es un antejuicio, que cumple un rol similar al del desafuero que procede respecto de los parlamentarios, pero con alcances más limitados. En primer lugar, este procedimiento se aplica en aquellos casos en que se persiga la responsabilidad ministerial de jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales sólo por delitos propios o ministeriales, quedando excluidos los delitos comunes. Esta es una diferencia con el fuero de los parlamentarios, el cual alcanza a todo tipo de responsabilidad criminal.

Según el abogado Carlos Dörn<sup>2</sup>, “(...) *El legislador con la finalidad de garantizar una mínima independencia, autonomía, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones que corresponden a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público frente a acusaciones infundadas, es que concibe y establece el antejuicio denominado querrela de capítulos. De tal modo que la querrela de capítulos cumple el rol de un fuero, pero de alcances limitados pues solamente ampara a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público en el ámbito propio de su responsabilidad penal ministerial quedando excluidos, por tanto, la responsabilidad derivada de la comisión de delitos comunes como ocurre en el caso de los parlamentarios*”.

Esta institución ya estaba considerada en el Código de Procedimiento Penal, y al discutirse, con ocasión del debate legislativo producido en torno al nuevo Código de Enjuiciamiento Criminal en el Senado, se estuvo por la eliminación de la misma dada su escasa aplicación, sosteniéndose que la mayoría de las infracciones se solucionaban por aplicación de las facultades disciplinarias

2 DÖRN GARRIDO, Carlos. “Reflexiones sobre la Querrela de Capítulos en el Nuevo Código Procesal Penal”. En: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°10, Santiago, Chile, Consejo de Defensa del Estado, 2003.

de la Corte Suprema. Sin embargo, fue el propio Tribunal Superior quien estuvo por mantenerla, por cuanto ella configura una garantía en cuanto a que los jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales van a tener un procedimiento que los proteja de acusaciones sin fundamento, por delitos inexistentes<sup>3</sup>.

Se podría decir que la querrela de capítulos fue creada para efectos de proteger el ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces, con absoluta independencia.

## 2. Alcance del término “jueces”

Nuestro objetivo ha sido determinar si los jueces de policía local son acreedores del privilegio procesal de la querrela de capítulos. Para ello, es necesario determinar el alcance del término jueces.

Como se señaló anteriormente, el art. 79 de la Constitución Política de la República establece que los “jueces” son personalmente responsables por los delitos que allí se enuncian, que no son sino distintas manifestaciones del delito de prevaricación judicial, sancionado en los artículos 223 y siguientes del Código Penal.

Por su parte, el art. 76 de la Constitución Política de la República establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. A continuación, el art. 77 de la Carta Fundamental dispone que una ley orgánica constitucional será la que determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia.

Siguiendo esta línea, el art. 5 del Código Orgánico de Tribunales establece que integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los tribunales orales en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía. Se consideran tribunales especiales los juzgados de familia, los de letras del trabajo, los de cobranza previsional y los militares en tiempos de paz, debiendo regirse ellos por los respectivos cuerpos legales que menciona el mismo artículo.

Les corresponde a los tribunales antes señalados, el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, sin perjuicio de las excepciones establecidas por la Constitución y las leyes.

3 PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, 2ª ed., Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile; 2006, p. 651.

Por otra parte, establece que los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establezcan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales del Código Orgánico de Tribunales.

En consecuencia, podemos concluir que de acuerdo con lo que establecen la Constitución y las leyes, no sólo son jueces los miembros del Poder Judicial, sino todos aquellos llamados a conocer de los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio nacional, ejerciendo jurisdicción.

Así lo han entendido los profesores Ossandón y Rodríguez, quienes en su libro *Delitos Contra la Función Pública*, señalan: *“En efecto, la función jurisdiccional está encomendada en forma específica y exclusiva a los tribunales que establece la ley, tribunales que, por cierto, no se reducen sólo a los miembros del Poder Judicial. Lo relevante es que se trate de ciertos órganos, no cualquiera, a los que se concede el ejercicio de la potestad jurisdiccional en forma exclusiva”*.

Más adelante, en la misma obra, los autores concluyen que *“... es evidente que tanto la Constitución Política como la legislación atribuyen la función jurisdiccional a ciertos órganos que no forman parte del Poder Judicial, pues las normas pertinentes se refieren a los tribunales establecidos por la ley, lo que incluye a los tribunales especiales y arbitrales”*<sup>4</sup>.

El profesor Alfredo Etcheberry extiende más aún el concepto, a propósito del delito de prevaricación, en cuanto a que atendido a que la ley hace referencia al sujeto activo de este delito como “los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales”, considera a esta expresión como *“amplia y comprende tribunales los ordinarios y los especiales (jueces del trabajo, militares, de aduanas, etc.), los letrados y los legos (alcaldes) ...”*<sup>5</sup>.

Por su parte, el profesor Casarino sostiene que *“Los tribunales que no forman parte del poder judicial siguen siendo tribunales de justicia aunque se trate de órganos integrados orgánicamente a otros Poderes del Estado o de existencia independiente si ejercen jurisdicción por mandato expreso de la ley. En esta categoría conviene mencionar entre los primeros los Juzgados de Policía Local, los Tribunales Militares en tiempo de Guerra, el Tribunal Constitucional y los Tribunales Electorales, y entre los segundos la Cámara de Diputados y el Senado en lo relativo a las acusaciones constitucionales...entre otros”*<sup>6</sup>.

Finalmente, el profesor Juan Colombo señala: *“El art. 5° del Código Orgánico de Tribunales contiene la otra disposición legal que a nuestro juicio da forma al*

4 RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, Magdalena, *Delitos Contra la Función Pública*, 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, 2005, p. 170 – 171.

5 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Santiago, Tomo V, Chile., Editorial Jurídica, 1998, p. 214.

6 CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico*, Tomo I, 6ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, p. 30.

*concepto de jurisdicción. En su primera parte expresa: 'A los Tribunales que establece el presente Código estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones siguientes. . . ' que se refieren a las materias cuyo conocimiento entrega a los llamados tribunales especiales. Algunos autores han querido ver en este artículo una limitación al ejercicio de la función jurisdiccional que estaría entregada a los tribunales que establece el Código Orgánico y que son los que básicamente se organizan bajo el nombre de Poder judicial, excluyéndose a los demás. Tal aseveración es falsa ya que tienen jurisdicción todos los tribunales establecidos por la ley cualquiera que sea la norma que los cree y no sólo los que se establecen en el Código Orgánico. Así como se dirá más adelante los juzgados militares, de Policía Local, el Contralor General de la República, el Director de Impuestos Internos, etc. son tribunales en la medida en que la ley les otorga el ejercicio de la función jurisdiccional'.*

### 3. Alcance del término “jurisdicción”

“Jurisdicción es el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir. Se trata de una función pública emanada de la soberanía, que sólo la pueden hacer cumplir las autoridades que la Constitución establece. La potestad jurisdiccional le permite a los tribunales conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado, excluyendo en el área de los conflictos sometidos a su poder cualquier injerencia de autoridad alguna, nacional o internacional, como se desprende del artículo 73 de la Constitución”<sup>8</sup>.

La Excma. Corte Suprema, en fallo de 14 de septiembre de 2010, recaído en causa Rol N°3493–2010, ha señalado, sobre el concepto de jurisdicción:

*“Tercero: Que, históricamente, la jurisdicción nace como consecuencia de la agrupación de los seres humanos en familias, tribus, comunidades y, finalmente, en naciones, pues dicha agrupación es fuente inagotable de conflictos, los que, en su forma primitiva, son solucionados mediante la auto tutela, luego se traspaesa esa solución al jefe de la familia o al jefe de la tribu y, por último, a la autoridad. Sin duda, ese desprendimiento obedece al poder coercitivo que estaba en condiciones de ejercer el*

7 COLOMBO CAMPBELL, J. La Jurisdicción en el Derecho Chileno Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales [en línea]. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/10351/10407> [fecha de consulta: 20 de enero de 2014].

8 VERDUGO, Mario. “Constitución Política de la República de Chile”, *Sistematizada con Jurisprudencia*. 1ª ed., Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2001, p. 326. Referida a Sentencia del Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2002, Rol N°346.

*tercero facultado para la solución del problema, en la medida en que estaba revestido de atribuciones para hacer cumplir su decisión.*

**Cuarto:** *Que, por otro lado, etimológicamente, la palabra jurisdicción deriva del vocablo latino jurisdictione, es decir, la declaración del derecho al juicio. Sin embargo, doctrinariamente, cada autor plantea un concepto diferente, pero, en general, coinciden en que la función jurisdiccional deriva de la moderna concepción de la Teoría del Estado, la cual se basa en la separación de tres poderes fundamentales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a los que se les atribuyen funciones específicas y en las manifestaciones del Poder del Estado surge la diversificación de funciones, entre las cuales, en lo que interesa, se encuentra la aludida función jurisdiccional. Siguiendo al autor argentino Clemente A. Díaz, es posible señalar que La función jurisdiccional es el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico (Instituciones de Derecho Procesal. Tomo II. Jurisdicción y Competencia. Volumen A. Teoría de la Jurisdicción. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972). Más simple, pero no por eso menos útil a la controversia, resulta el concepto sugerido por el autor Juan Colombo Campbell, quien señala que es el poder que tienen los tribunales de justicia para resolver, por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada, los conflictos de relevancia jurídica en cuya solución les corresponde intervenir (La Jurisdicción. El Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el derecho Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1980). Sin duda, implícita en los conceptos transcritos se encuentra la idea en orden a que es el Estado quien ejerce la jurisdicción, a través de sus órganos especializados, esto es, los tribunales de justicia, es decir, forma parte de la soberanía nacional, en la medida que se trata de una función pública.*

**Quinto:** *Que, en nuestra legislación no existe una definición de la institución de que se trata, sin embargo, la Carta Fundamental contiene disposiciones que orientan en tal sentido. En principio, el artículo 5° dispone La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece.... Por su parte, el artículo 77 establece Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República... Luego y como premisa básica la disposición del artículo 76, el cual establece La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos... Por último, el artículo 19 N°3, inciso quinto, consagra la norma que contiene los conceptos de jurisdicción y debido proceso, en los siguientes términos:... Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al*

*legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos....”.*

#### 4. La situación de los Jueces de Policía Local

##### **D.S. N°307 de Justicia, del año 1978, que fija el texto refundido de la Ley N°15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local**

Para determinar si los jueces de policía local pueden ser considerados dentro de la categoría de “jueces” a que hemos hecho referencia, es preciso revisar la normativa que regula su organización y atribuciones, contenida en el DS N°307 del Ministerio de Justicia, del año 1978, que fija el texto refundido de la Ley N°15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local.

Dicho cuerpo legal nos ilustra bastante en cuanto a la naturaleza jurídica de estos tribunales, como se pasa a señalar a continuación:

- Para desempeñar el cargo de juez de policía local, se exigen las calidades y requisitos necesarios para ser juez de letras (Art. 3°).
- Los jueces de policía local tendrán derecho a percibir una asignación mensual por responsabilidad judicial y también tendrán una asignación de incentivo por gestión jurisdiccional, que se concederá teniendo como base los resultados de la calificación que efectúe la Corte de Apelaciones respectiva (art. 5°).
- Los jueces de policía local deberán presentar ante el alcalde el juramento prevenido en el Art. 304 del Código Orgánico de Tribunales<sup>9</sup> y les será aplicable lo dispuesto en el art. 323 bis del mismo Código<sup>10</sup> (art. 7°).

9 Art. 304 COT: “Todo juez prestará su juramento al tenor de la fórmula siguiente “Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios, que, en ejercicio de vuestro ministerio, guardaréis la Constitución y las Leyes de la República?

El interrogado responderá: “Sí juro”: y el magistrado que le toma el juramento añadirá: “Si así lo hicieris, Dios os ayude, y si no, os lo demande”.

10 Art. 323 bis COT: Los miembros del escalafón primario y los de la segunda serie del escalafón secundario del Poder Judicial, a que se refieren los artículos 267 y 269, respectivamente deberán, dentro del plazo de treinta días desde que hubieren asumido su cargo, efectuar una declaración jurada de intereses ante un notario de la ciudad donde ejerzan su ministerio, o ante el oficial del Registro Civil en aquellas en que no hubiere Notario.

Se entiende por intereses los que sean exigibles para la declaración a que se refiere el artículo 60 de la Ley N°18.575.

El original de la declaración será protocolizado en la misma notaría donde fue prestada o en una notaría con jurisdicción en el territorio del tribunal a que pertenezca el declarante, y se remitirá copia de la protocolización a la secretaría de la Corte Suprema y de



- A los jueces de policía local les será aplicable lo dispuesto en los Art. 84, 85 y 86 de la Constitución Política de la República; durarán, por consiguiente, indefinidamente en sus cargos y no podrán ser removidos ni separados por la Municipalidad (art.8°).<sup>11</sup> Respecto de este punto, es preciso hacer presente que los artículos a los que hace referencia la ley corresponden a la Constitución de 1925<sup>12</sup>, ya que la ley es del año 1963. Actualmente, esa normativa se replica, casi en su totalidad, en los arts. 79, 80 y

---

la respectiva Corte de Apelaciones, donde se mantendrá para su consulta pública. Cualquier persona podrá obtener copia del instrumento protocolizado.

La declaración deberá ser actualizada cuando el funcionario fuere nombrado en un nuevo cargo o dentro de los treinta días siguientes al cumplimiento del próximo cuatrienio, si no se hubiere efectuado un nuevo nombramiento.

La omisión de la declaración será sancionada por el superior jerárquico que corresponda, en la forma y con las sanciones que establece el Título XVI.

- 11 No existe una norma adecuatoria que haga referencia al cambio del articulado de la actual Constitución Política de la República, sin embargo entendemos que una interpretación lógica y sistemática nos permite concluir que las actuales normas constitucionales, referidas a los mismos temas, les son aplicables a los jueces de Policía Local.

- 12 CPR 1925. Art. 84. Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso y, en general, por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.

Art. 85. Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes.

Los jueces, sean temporales o perpetuos, sólo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada.

No obstante, el Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas, u ordenar el traslado de los jueces a otro cargo de igual categoría.

En todo caso, la Corte Suprema, por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento, y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, acordar su remoción, por las dos terceras partes de sus miembros.

Anualmente se practicará una calificación de todo el personal del Poder Judicial, en la forma que determine la ley.

Para acordar la remoción del personal que goce de inamovilidad y que sea mal calificado, la Corte Suprema requerirá del acuerdo de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Los acuerdos que adopte la Corte Suprema se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento.

ART. 86. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones.

La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.

Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado.



82, con la sola diferencia de que en la actualidad la Constitución establece que los jueces durarán en sus cargos hasta los 75 años, a diferencia de antaño, en que tenían el carácter de perpetuos.

- Los jueces de Policía Local estarán directamente sujetos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la respectiva Corte de Apelaciones, y deben remitir informes de gestión a dicha Corte cada tres meses, los que serán considerados en la calificación de los jueces (art. 8).
- Se les hacen aplicables a los jueces de Policía Local, en lo que fuere pertinente, los arts. 273, 275, 277 y 278 del Código Orgánico de Tribunales, que trata sobre el proceso de calificación de los jueces miembros del Poder Judicial.
- Los Jueces de Policía Local pueden reprimir y castigar las faltas o abusos que se cometieren dentro de su sala, pudiendo imponer sanciones, tales como amonestación verbal, multa, arresto que no exceda de 24 horas, y también podrán reprimir las faltas que se cometan en los escritos que se les presenten, utilizando alguno de los medios señalados en los N°1, 2 y 3 del art. 531 del Código Orgánico de Tribunales (art. 10).
- Por otra parte, dentro de la competencia de los jueces de Policía Local está la de resolver diversos tipos de conflictos, derivados de infracciones de variada índole (Ley del Tránsito, arrendamientos de menor cuantía, ordenanzas municipales, etc.), y la de regular los daños y perjuicios en materia de accidentes de tránsito (arts. 13 y 14). Ello tiene un correlato en la Ley 18.287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en el que se habla de “sentencias definitivas” como aquellas resoluciones que este juez especial debe dictar para resolver los conflictos que debe conocer, tanto al fallar la contienda infraccional, e incluso, las demandas civiles que se presentaren. Estas decisiones son apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva (al efecto los arts. 17, 29 y 32 entre otros), y además, este Juez tiene la facultad de hacer cumplir compulsivamente lo juzgado (en ese sentido los arts 17, 23 y 25, entre otros).

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El fallo de 2 de febrero de 1999 recaído en causa Rol 284-2009, se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en materia de gestión municipal. En lo pertinente, al efectuar el análisis de constitucionalidad de la incorporación de un inciso final al Art. 77 de la referida ley, que establecía la aplicación de una multa a los concejales por infracción a determinada conducta, la que debería ser impuesta por el Juez de Policía Local, estuvo por declarar la inconstitucionalidad de dicha norma.

Lo anterior, por cuanto dicho precepto no fue puesto en conocimiento previo de la Corte Suprema, lo que relacionado con el artículo 16 de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, provocó un vicio formal en la tramitación del proyecto sujeto a control del Tribunal respecto del precepto en estudio, toda vez que el art. 74 inc. 2° de la Constitución dispone: *“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva”*.

Podemos concluir, entonces, que el Tribunal Constitucional ha entendido que los Juzgados de Policía Local deben considerarse incorporados dentro de la terminología “tribunales”, empleada por el constituyente.

Por su parte, la Excma. Corte Suprema, en variados fallos, ha dejado establecido el principio de legalidad en relación con la creación y organización de los tribunales.

## 5. Delitos ministeriales

Finalmente, en relación con la querrela de capítulos, es preciso destacar que se trata de un antejuicio para hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces y demás sujetos señalados en el art. 424 del Código Procesal Penal, por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importen una infracción penada por ley.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia está conteste en que a diferencia del fuero parlamentario, no es necesario proceder a elevar una querrela de capítulos respecto de un juez que ha cometido un delito común, fuera del ámbito de sus funciones.

La responsabilidad ministerial en la querrela de capítulos, según detalla el abogado Carlos Dörn Garrido<sup>13</sup>, puede emanar de dos tipos de acciones: a) aquellas que sólo puede ejecutar un agente público mediante el ejercicio irregular de sus potestades. Ejemplo: delitos funcionarios propios como el cohecho, malversación, prevaricación; o b) aquellas que realiza un agente del Estado con motivo u ocasión del desempeño de sus funciones. Ejemplo, fiscal que injuria a un abogado en una audiencia. En este caso no existe un ejercicio de las actividades propias.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, en querrela de capítulos Rol N°123.937, de fecha 24 de noviembre de 1994, considerandos 2° y 3°:

13 DÖRN, ob. cit., 7

*“Segundo: Que, en los términos de la disposición legal citada, no cualquiera infracción penal cometida por los funcionarios a que la norma alude requiere de la autorización previa para procesar que constituye la querrela de capítulos, puesto que ella ha sido concebida para proteger la actividad jurisdiccional de las eventuales interferencias deliberadamente dirigidas por terceros en contra de su ejercicio;*

*Tercero: Que los hechos investigados como presuntivamente punibles no integran el conjunto de infracciones de carácter ministerial que hacen necesaria la declaración de admisibilidad referida en la norma ya citada, quedando sujetos a las normas generales y ordinarias de procesabilidad criminal”.*

Recientemente, la I. Corte de Apelaciones de Iquique, también ha concordado con esta posición, conociendo de una apelación interpuesta por el Ministerio Público respecto de la denegatoria de prisión preventiva, por estimar el Juzgado de Garantía que se requería previamente una querrela de capítulos, Rol I N°125-2011 y acumulada a la causa Rol N°126-2011. El tribunal de alzada resolvió lo siguiente, con fecha 26 de noviembre de 2011:

*“...lo cierto es que, por una parte, los sucesos imputados a la referida Juez ocurrieron con anterioridad a su nombramiento como tal, hecho producido el 3 de febrero de 2009, y, por otra parte, que el fuero contemplado en las normas resuelta aplicable sólo para delitos ministeriales, esto es, cometidos durante su ejercicio, cuyo no es el caso, razones por las que SE REVOCA la resolución apelada dictada en audiencia de cuatro de noviembre pasado, que rechaza la medida cautelar solicitada respecto de doña A.S.E., por considerar necesaria una querrela de capítulos, DECLARÁNDOSE que tal diligencia es improcedente, debiendo el Juez que corresponda pronunciarse sobre la cautelar peticionada, previo debate”.*

Sin perjuicio de que puede existir discusión sobre si se requiere querrela de capítulos para hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces por otros delitos funcionarios distintos de la prevaricación en sus distintas modalidades, como pudiere ser el caso de abusos a particulares u otros de carácter patrimonial<sup>14</sup>, no hay duda alguna que son delitos ministeriales de los jueces todas

14 Por sentencia de 31 de enero de 1957, recaída en una querrela de capítulos presentada en contra del entonces Juez Letrado del Primer Juzgado de Concepción, el Ministro Sumariante don Raúl de Goyeneche Petit, concluyó en su fundamento quinto: “Que de todo lo expuesto se infiere que solo puede perseguirse la responsabilidad de un juez por alguno de los delitos que señala el Código Penal en el título de la “Prevaricación”, que haya cometido como tal”, fundamento que mantuvo la Corte conociendo del recurso de apelación. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, 1957, Segunda Parte, Sección Cuarta, págs. 139 y sgtes. En similar sentido, razona la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, conociendo de querrela de capítulos, Rol N°39-06, con fecha 21 de marzo de 2006 (considerandos 5° y 7°): “5) Que de conformidad a lo previsto en el artículo 424 del Código Procesal Penal, la querrela de capítulos tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley, norma que en lo sustancial es idéntica a la del artículo 623 del Código de Procedimiento Penal...”  
7) Que según lo señalado precedentemente, no en todos los casos se exige la presentación de una querrela de capítulos en contra de un juez, sino que solamente en aquellas cuya responsabilidad criminal emane de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que importaren

aquellas conductas descritas en los arts. 223 a 226 del Código Penal, las que se consideran como prevaricación, en la medida que se realicen mientras se encuentren desempeñando dichos cargos.

De acuerdo con las normas citadas, son sujetos activos de estos delitos los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales. Para Rodríguez y Ossandón, "(...) *No interesa la denominación – ministro, juez, abogado integrante, etc.–, ni la calidad jurídica en virtud de la cual*

---

una infracción penada por la ley, y como ya se dijo, la norma constitucional define, en general, como toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones".

"La Excm. Corte Suprema, en querrela de capítulos, resolvió que los jueces quedan excluidos como posibles sujetos activos del delito de abusos contra particulares, de los artículos 255, 256 y 257 del Código Penal, según se desprende de las actas de las sesiones 31 y 33 de la Comisión Redactora del Código Penal, donde consta que en el pensamiento de los redactores, las infracciones cometidas por los jueces serían materia de un párrafo especial, que en definitiva fue el párrafo 4 del Título V del Libro II del Código Penal, sobre prevaricación". (ETCHEBERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo III, 1ª ed., 1968, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, págs. 429 y 430). Agrega el autor que "...en efecto, puede agregarse que el artículo 223 N°3 sanciona como prevaricación, y con pena bastante más elevada, la misma conducta que aparece penada como "abusos contra particulares" en el artículo 258, lo que habría sido innecesario en caso de estimarse que los jueces eran sujetos activos posibles de este último delito".

En la Sesión N°31 de la Comisión Redactora del Código Penal, llevada a cabo el 21 de abril de 1871, se deja asentado que "...el señor Fabres llamó la atención de la Comisión hacia la conveniencia de destinar un párrafo especial en el presente título a los delitos que pueden cometer los jueces en el desempeño de sus funciones; debiendo, en caso de aprobarse esta medida, entenderse, que las prescripciones del párrafo 4° que trata "De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la constitución," comprendan sólo a los demás empleados públicos, exceptuados los jueces. El señor Reyes apoyó la indicación del señor Fabres, i aceptada por los demás miembros, prometió aquel presentar un proyecto que tiene redactado de tiempo atrás sobre la materia, para que si la Comisión lo creía aceptable, pudiera servir de base a sus trabajos" (sic). A su turno, en la Sesión N°33 de la mencionada Comisión Redactora, efectuada el 28 de abril de 1871, se señaló que "Aun cuando los N°5° del Art. 136 i 1° i 2° del 137 –actuales 149 No 5 y 150–, pudiera creerse que tienen aplicación a los jueces, se acordó recordar aquí, para mayor claridad, que semejantes delitos i otros cometidos por los jueces o miembros de los tribunales de justicia, serán materia de un párrafo especial..." (sic). (Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora. Valparaíso, Edeval, 1974, págs. 309 y 312).

La SCS de fecha 25 de abril de 2006, dictada en causa Rol N°1565-06, rechazó la apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó que declaró inadmisibles la querrela de capítulos entablada en contra del Juez de Letras y Garantía de Chañaral, por sus actuaciones referidas a su orden de esposar a un menor de edad, dentro de la sala de audiencias de su Tribunal, hechos que a juicio del Ministerio Público eran constitutivos del delito de abuso contra particulares tipificado en el artículo 255 del Código Penal. Con fecha 21 de marzo de 2006, Rol N°39-2006, la I. Corte de Apelaciones de Copiapó resolvió declarar inadmisibles la querrela de capítulos formulada contra el juez basándose en la inaplicabilidad del Art. 255 del Código Penal, a la conducta del imputado, atendido a que la querrela de capítulos sería un antejudio indispensable para perseguir la responsabilidad de los jueces por alguno de los delitos que hayan cometido en el desempeño de sus funciones; que el Código Penal tipifica los delitos funcionarios que pueden cometer los jueces en el título de la "Prevaricación", excluyéndose de esa calidad cualquier otro delito funcionario. Esto es, que los jueces únicamente pueden ser sujetos activos –en su condición de jueces–, de dicha clase de ilícitos, las distintas figuras de la prevaricación". Se funda en la cita de fallos de la Corte Suprema de 1905 y 1957, y de las opiniones vertidas en la comisión redactora del Código Penal. La Corte Suprema con fecha 25 de abril de 2006, en causa Rol N°1565-06, resolvió, teniendo únicamente presente los fundamentos décimo cuarto a décimo octavo del fallo en alzada, confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó. De ese modo, el máximo tribunal eliminó los considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones, relativos a la supuesta impunidad de los jueces por delitos que no sean de prevaricación.

*un individuo ejerce la función decisoria judicial –titular, suplente, interino, subrogante, etc.–. En la medida en que todos ellos ejercen funciones jurisdiccionales bajo un mismo estatus de independencia, inamovilidad y sujeción exclusiva al imperio de la ley, han de ser igualmente responsables<sup>15</sup>.*

Por otra parte, los mismos autores señalan que “(...) Cuando se trata de tribunales que no forman parte del Poder Judicial, resulta necesario determinar en cada caso si se dan las condiciones para estimar a sus miembros como autores plausibles del delito. Ello sólo será posible en la medida en que ejerzan funciones propiamente jurisdiccionales y gocen de las garantías propias de independencia e inamovilidad que la Constitución atribuye a la jurisdicción como función de la Administración de Justicia; garantías que aparecen como características propias de los órganos respectivos, pero que en realidad configuran un determinado modo de desempeño de la función<sup>16</sup>.”

De este modo, podemos decir que pueden ser sujeto activo de un delito de prevaricación, todos aquellos jueces que forman parte del Poder Judicial como tribunales ordinarios o especiales, y también aquellos jueces pertenecientes a tribunales especiales, que no forman parte del Poder Judicial, pero que ejercen la jurisdicción acompañados de las garantías de independencia e inamovilidad que la Constitución asegura.

La responsabilidad de los jueces aparece tratada en los artículos 324 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales<sup>17</sup>. Esta normativa debe ser tenida en

15 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 187.

16 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 188.

17 Art. 324. “El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal. Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia”.

Art. 325. “Todo juez delincuente será, además civilmente responsable de los daños estimables en dinero que con su delito hubiere irrogado a cualesquiera personas o corporaciones”.

Art. 326. “La misma responsabilidad civil afectará al juez si el daño fuere producido por un cuasidelito”.

Art. 327. “La responsabilidad civil afecta solidariamente a todos los jueces que hubieren cometido el delito o concurrido con su voto al hecho o procedimiento de que ella nace”.

Art. 328. “Ninguna acusación o demanda civil entablada contra un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal o civil podrá tramitarse sin que sea previamente calificada de admisible por el juez o tribunal que es llamado a conocer de ella”.

Art. 329. No podrá hacerse efectiva la responsabilidad criminal o civil en contra de un juez mientras no haya terminado por sentencia firme la causa o pleito en que se supone causado el agravio.

consideración al momento de intentar hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces, en particular los arts. 329 y 330, que exigen que la sentencia en la que se hubiere causado el agravio se encuentre firme y que no se puede deducir acusación transcurridos que sean seis meses desde que se le hubiere notificado lo resuelto en la sentencia firme al agraviado.

Esas normas deben ser compatibilizadas con la eventual presentación de la querrela de capítulos, toda vez que dentro del plazo de seis meses debe efectuarse la investigación, la formalización, la aceptación de los capítulos y la acusación, situación que se analizará más adelante.

La investigación de hechos que puedan considerarse delitos ministeriales se rige por las normas comunes contenidas en el libro segundo del Código Procesal Penal. No existe impedimento, si la pena lo permite, para someter el asunto a la tramitación de alguno de los procedimientos especiales, sea el simplificado o el abreviado.

## 6. Regulación procesal de la querrela de capítulos

La legislación vigente que regula la querrela de capítulos, en el artículo 425 del Código Procesal Penal dispone que *“Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito contra un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que si hallare mérito, declare admisibles los capítulos de acusación”*.

La presentación de la querrela de capítulos debe realizarse antes de acusar al imputado, pero no se exige como requisito para formalizar la investigación en contra del mismo. En el caso de ser procedente la tramitación de acuerdo al procedimiento simplificado, estimamos que debe tenerse en consideración la

---

Art. 330. No puede deducirse acusación o demanda civil contra un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal o civil si no se hubieren entablado oportunamente los recursos que la ley franquea para la reparación del agravio causado, ni cuando hayan transcurrido seis meses desde que se hubiere notificado al reclamante la sentencia firme recaída en la causa en que se supone inferido el agravio. Para las personas que no fueren las directamente ofendidas o perjudicadas por el delito del juez cuya responsabilidad se persigue, el plazo de seis meses correrá desde la fecha en que se hubiere pronunciado sentencia firme. Siempre que, por el examen de un proceso o de los datos o documentos estadísticos, o por cualquier otro modo auténtico, llegaren a noticia de un tribunal antecedentes que hagan presumir que un juez o funcionario del ministerio publico ha cometido en el ejercicio de sus funciones algún crimen, o simple delito, mandará sacar compulsas de los antecedentes o datos que reciba al respecto, y los hará pasar al ministerio publico, para que entable en el término de seis días la respectiva acusación contra el funcionario responsable. Art. 331. Ni en el caso de responsabilidad criminal ni en el caso de responsabilidad civil la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme.

redacción del actual artículo 390 modificado por la Ley 20.074 publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de noviembre de 2005.<sup>18</sup>

Así entonces, cuando los antecedentes lo ameriten y hasta la interposición de la acusación, el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 390, y proceder conforme a las normas del procedimiento simplificado, para lo cual deberá presentar la querrela de capítulos antes de formular el requerimiento.

La segunda hipótesis del inciso segundo del artículo 390, también agregado por la Ley 20.074 antes referida, considera que la acusación ya ha sido formulada, por lo que debe considerarse que la querrela de capítulos ya fue presentada y declarada admisible por la Corte de Apelaciones. Así entonces, la acusación se tendrá como requerimiento debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento en conformidad a las normas del procedimiento simplificado.

El inciso tercero del artículo 425 señala que “(...) igual declaración a la prevista en el inciso primero...”, esto es, se declaren admisibles los capítulos de acusación por la Corte de Apelaciones respectiva, “...requerirá el fiscal si, durante la investigación, quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva de algunas de esas personas u otra medida cautelar en su contra”.

El artículo 426 prescribe que “(...) si un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público fuere detenido por haberse sorprendido en delito flagrante, el fiscal lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo, remitirá la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto”. En primer lugar, creemos que la voz “inmediatamente” que se usa para referirse al momento en que el funcionario debe ser puesto a disposición de la Corte de Apelaciones, dice relación con el plazo máximo del inciso final del artículo 131 del Código Procesal Penal que se refiere a la detención por flagrancia. En este caso, la Corte deberá examinar la legalidad de la detención.

El fiscal además debe remitir el registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto. Creemos que se refiere a la legalidad de la detención, por cuanto a esta altura del procedi-

---

18 Artículo 390 Código Procesal Penal.- Requerimiento. “Recibida por el fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 388, solicitará del juez de garantía competente la citación inmediata a audiencia, a menos que fueren insuficientes los antecedentes aportados, se encontrare extinguida la responsabilidad penal del imputado o el fiscal decidiere hacer aplicación de la facultad que le concede el artículo 170. De igual manera, cuando los antecedentes lo ameritaren y hasta la deducción de la acusación, el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230, y proceder conforme a las reglas de este Título”.



miento aún no se ha presentado la querrela de capítulos, según lo dispone el inciso primero del artículo 425 del Código Procesal Penal.

### Contenido de la querrela de capítulos

El inciso segundo del artículo 425 nos indica cual debe ser el contenido de la querrela de capítulos, en cuanto a que ésta debe contener los hechos que constituyeren la infracción de la ley penal cometida por el funcionario capitulado. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que por la redacción del artículo 425, lo que debe remitirse a la Corte correspondiente es la acusación propiamente tal, y en este sentido el escrito debe cumplir los requisitos del artículo 259, esto es, debe contener la individualización de el o los acusados y de su defensor; la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y su calificación jurídica; la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal, la participación que se le atribuyere al querrellado; la expresión de los preceptos legales aplicables; el señalamiento de los medios de prueba de que el Ministerio Público pensare valerse en el juicio; la pena cuya aplicación se solicitare; y, en su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Si el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos e informe de peritos, deberá indicarlo en el escrito que contenga la querrela de capítulos, individualizándolos del modo indicado en la citada norma.

La querrela sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.

El artículo 247 del Código Procesal Penal plantea otra situación práctica en relación con el plazo de diez días que tiene el fiscal para presentar la acusación una vez cerrada la investigación. Este plazo no se suspende por el hecho de encontrarse pendiente la resolución de la Corte de Apelaciones respecto de la querrela de capítulos, por lo que paralelamente con la presentación de aquella, creemos que debería presentarse el escrito de acusación ante el Juez de Garantía, dentro del plazo de 10 días de cerrada la investigación solicitando, en un otrosí del mismo escrito, que no se provea la acusación y que se suspenda el procedimiento en relación al aforado imputado hasta que exista un pronunciamiento de los Tribunales Superiores acerca de si concede o no el alzamiento del privilegio procesal, de forma que si la resolución es favorable, se permitiría continuar con el procedimiento, proveyendo el escrito de acusación solamente en dicho evento y oportunidad.

### Efectos de la sentencia que declara admisible la querrela de capítulos

Dispone el artículo 428 que “(...) cuando por sentencia firme se hubieren declarado admisibles todos o algunos de los capítulos de acusación, el fun-



cionario capitulado quedará suspendido del ejercicio de sus funciones y el procedimiento penal continuará de acuerdo a las reglas generales”.

El inciso segundo señala que “(...) *sin embargo, en el caso a que se refiere el inciso primero del artículo 425, el juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación de juicio oral...*”. Esta disposición hay que interpretarla en relación con los dos momentos en que procede presentar la querrela de capítulos a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo 425. Así entonces, si lo que se requiere es solicitar al Juez de Garantía la prisión preventiva del capitulado u otra medida cautelar en su contra, y se acogiere la querrela de capítulos por la Corte de Apelaciones, el funcionario quedará suspendido de sus funciones y el procedimiento continuará conforme a las reglas generales.

En el caso que una vez cerrada la investigación, el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito, y la Corte de Apelaciones declare admisible la querrela de capítulos, el Juez de Garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación de juicio oral. Recobra importancia aquí el que la querrela de capítulos contenga los mismos requisitos que la acusación, y que ésta última sea presentada conjuntamente con aquella.

La audiencia de preparación de juicio oral deberá verificarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el Juzgado de Garantía. A su vez, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contados desde la notificación del auto de apertura del juicio oral. Con todo, se aplicarán los plazos previstos en las reglas generales cuando el imputado lo solicitare para presentar su defensa, es decir, los plazos indicados son renunciables por parte del capitulado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 428 CPP.

## Efectos de la sentencia que declara inadmisibles la querrela de capítulos

Si en el caso de que una vez cerrada la investigación, el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito, y la Corte de Apelaciones declare inadmisibles todos los capítulos de acusación comprendidos en la querrela, tal resolución producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del juez, fiscal judicial o fiscal del Ministerio Público favorecido con aquella declaración.

Por razón de texto, entonces, debe concluirse que si se está ante la situación del inciso tercero del artículo 425, esto es, si lo que se requiere es solicitar al Juez de Garantía la prisión preventiva del capitulado u otra medida cautelar en su contra, y la Corte de Apelaciones declare inadmisibles todos los capítulos de acusación comprendidos en la querrela, dicha resolución no producirá los efectos del sobreseimiento definitivo. Así entonces, el fiscal deberá continuar adelante con la investigación y una vez cerrada ésta presentar la respec-

tiva querrela de capítulos nuevamente, con más antecedentes, si se cumplen los requisitos del inciso primero del artículo 425.

Tratándose de un delito de acción privada, si la Corte de Apelaciones declare inadmisibles todos los capítulos de acusación comprendidos en la querrela, el Juez de Garantía no admitirá a tramitación la misma y archivará los antecedentes.

### Recursos en contra de la resolución que se pronuncia respecto de la querrela de capítulos

La resolución que se pronunciare sobre la querrela de capítulos será apelable ante la Corte Suprema. Al respecto hay que tener presente lo prescrito en el artículo 368 CPP en cuanto a que “la apelación se concederá en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señalare expresamente lo contrario”, de acuerdo con las reglas generales.

En el inciso primero del artículo 428 CPP se exige que la sentencia que hubiere declarado admisibles todos o algunos de los capítulos de acusación, se encuentre firme para que se produzca la suspensión del funcionario. Conviene tener presente que el artículo 355 CPP dispone que “la interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que se impugnare una sentencia definitiva condenatoria o que la ley dispusiere expresamente lo contrario”.

La sentencia que se pronuncia respecto de la querrela de capítulos no tiene la naturaleza jurídica de sentencia definitiva condenatoria, ni tampoco la ley ha regulado o dispuesto en ambos efectos la apelación que se concede a su respecto, por lo que los efectos de la misma no se suspenden por la interposición del recurso, produciéndolos desde que le es notificada a los intervinientes.

## 7. Conclusiones

La responsabilidad penal de los jueces por delitos ministeriales debe hacerse efectiva previa presentación y declaración de admisibilidad de una querrela de capítulos ante la Corte de Apelaciones respectiva, de acuerdo a lo preceptuado por el Código Procesal Penal.

Dentro de los delitos ministeriales que generan responsabilidad penal para los jueces, se encuentra el delito de prevaricación. Pueden cometer este delito no sólo los jueces pertenecientes al Poder Judicial, sino también aquellos que ejerzan jurisdicción y se encuentren amparados por las garantías constitucionales de independencia e inamovilidad.

El objeto de la querrela de capítulos es justamente garantizar dicha independencia, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones que corres-

ponden a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público frente a acusaciones infundadas.

Por consiguiente, sólo se requerirá querrela de capítulos para hacer efectiva la responsabilidad penal ministerial, y, por el contrario, no será necesaria cuando se trate de responsabilidad penal por delitos comunes. No existe una posición conteste de la jurisprudencia sobre si se requiere para hacer efectiva su responsabilidad por otros delitos funcionarios.

Tampoco se requerirá querrela de capítulos, cuando aun tratándose de hacer efectiva responsabilidad penal por delito ministerial respecto de un juez, fiscal judicial o fiscal del Ministerio Público, éstos ya no detenten sus cargos.

Los Jueces de Policía local son tribunales especiales, establecidos por ley, no pertenecientes al Poder Judicial, a quienes se exige el cumplimiento de los mismos requisitos establecidos para el resto de los jueces, y deben prestar el respectivo juramento. Ellos ejercen jurisdicción, sometidos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la respectiva Corte de Apelaciones, y gozan de independencia e inamovilidad de acuerdo con la Constitución Política de la República.

A los Jueces de Policía Local se les aplican expresamente las normas constitucionales de responsabilidad penal por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación de administración de justicia y en general de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, se estima que aun cuando no hay una referencia expresa hacia los Jueces de Policía Local en el Código Procesal Penal, el hecho de que la norma del art. 424 se refiera a los “jueces”, en general, sin referencia a que formen parte del Poder Judicial, y teniendo presente que ejercen jurisdicción y que, por lo tanto, se cumple con el objetivo de la querrela de capítulos que no es otro que proteger esa función, se hace necesaria la procedencia de este antejuicio a su respecto, para hacer efectiva su responsabilidad penal por delitos ministeriales, descartando las acusaciones poco serias o infundadas que busquen afectar el ejercicio de tan alta función pública.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
DE TRÁFICO ILÍCITO  
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

---



## **FACULTADES DE LA POLICÍA MARÍTIMA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TERRITORIO MARÍTIMO Y DE MARINA MERCANTE**

*Renzo Figueroa Aste<sup>1</sup>*

---

### **Introducción**

El presente artículo tiene su fundamento en la investigación llevada a cabo por la Fiscalía Local de Iquique y la sentencia de fecha 12 de agosto de 2013 recaída en la causa RUC N°1100365553-0, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, en cuyo desarrollo y posterior recurso de nulidad se discutieron principalmente las facultades y competencia de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante de la Armada de Chile como auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y las posibles ilicitudes y vulneración de derechos que de su actuar pudieron derivarse en la investigación de este tráfico ilícito de drogas por vía marítima, en el que se trasladó droga desde Perú para ser desembarcada en nuestro país, específicamente en Caleta Vitor, al sur de Arica, el día 25 julio de 2012, logrando la detención de los condenados y la incautación de 38 paquetes de marihuana que en total arrojaron un peso neto de 34,1 kilos.

En relación a ello, revisaremos la normativa que rige a DIRECTEMAR en lo relativo a sus facultades y competencias, para luego abocarnos al análisis de las resoluciones y fallos que motivaron los recursos procesales interpuestos por las partes, principalmente lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique y la Excelentísima Corte Suprema que, adelantándonos a la conclusión, confirma que la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante es en definitiva una policía marítima, auxiliar del Ministerio Público, con facultades y competencias para investigar hechos que revistan la calidad de delitos.

### **La Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) como policía marítima**

Las funciones de policía marítima, fluvial y lacustre de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, están reguladas en la Ley Orgánica Constitucional de la mencionada Dirección, DFL N°292 del año 1953.

---

1 Abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

De esta forma, el artículo 3° letra l) establece que entre sus funciones está ejercer como Policía Marítima, Fluvial y Lacustre, pudiendo efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, dentro de sus funciones de Policía Marítima, agregando su artículo 7°, que en el ejercicio de tal atribución el Director tendrá autonomía en sus decisiones.

El artículo 34 del mismo cuerpo legal, establece que:

“La Autoridad Marítima, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, podrá llevar a cabo en el mar territorial y en aguas interiores, las actividades que se señalan a continuación, en las circunstancias que en cada caso se indican:

*a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves o artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, y*

*b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”.*

En virtud del artículo transcrito, y como en su momento lo señaló el Ministerio Público<sup>2</sup>, lo que quiso el legislador fue otorgar a DIRECTEMAR el mismo tratamiento y atribuciones que constitucional y legalmente corresponden a las demás policías, reforzando su calidad de policía marítima, establecida en el artículo 3° letra l) y 7° de su Ley Orgánica en cuanto al desarrollo de funciones en los lugares en que normalmente no actúan las policías tradicionales, sujeta a las mismas limitaciones que éstas tienen en el marco de la reforma procesal penal, con excepción de la facultad de efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, la que aún no estando derogada, sería a juicio del Ministerio Público contraria a la Constitución Política y al Código Procesal Penal, por cuanto el ejercicio de dicha facultad requiere necesariamente autorización judicial previa por la afectación de garantías que ello implica.

En el caso de situaciones de flagrancia, DIRECTEMAR tiene atribuciones como ente policial para proceder a controlar la identidad, detenciones y también atribuciones de carácter administrativo y de fiscalización que le confieren las restantes normas del artículo 3° de su ley orgánica.

Por su parte, dentro de un aspecto netamente administrativo, la Capitanía de Puerto y en específico la Policía Marítima tiene por función, según los artículos 5° y 6° del DS 1340<sup>3</sup>, el orden, seguridad y disciplina en los puer-

2 Oficio FN N°281 de 10 de julio de 2002.

3 Chile, Decreto Supremo. (M) N°1.340 bis de 14 de junio de 1941, publicado en Diario Oficial N°19.047, de 27 de agosto de 1941.



tos, naves y embarcaciones fondeadas o en navegación, pudiendo inspeccionar toda maniobra o faena que se efectúe en la bahía o en su jurisdicción, incluidas las operaciones que se efectúen a bordo de embarcaciones de cualquier clase por orden de otra autoridad, quien debe realizarla previo conocimiento de la autoridad marítima, lo anterior se encuentra estrechamente relacionado con lo señalado en los artículos 95 y 96 de la Ley de Navegación, Decreto Ley N°2.222, que establece que será DIRECTEMAR quien ejercerá la policía marítima, teniendo un carácter de fuerza pública.

Efectuado el análisis de la normativa aplicable a DIRECTEMAR como policía marítima, no vemos inconveniente en que realice dicha función en aguas exteriores e interiores, lacustres, fluviales y franjas de tierra contempladas en su ley orgánica, e incluso fuera de ellas cuando cumple con las instrucciones que provengan de un Fiscal del Ministerio Público, actuando con las mismas facultades que Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, incluso sin orden previa cuando se trata de las situaciones establecidas en los artículos 83 y 85 del Código Procesal Penal.

### **Resolución del Juzgado de Garantía de Iquique que excluyó la prueba de la Fiscalía, en audiencia de preparación del juicio oral, en causa RUC N°110036553-0**

Contrariamente a nuestra opinión, el Juzgado de Garantía de Iquique, en audiencia de preparación de juicio oral, previo a resolver respecto de la solicitud de exclusión de prueba de, entre otras, 19 testigos, funcionarios de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, que actuaron en diligencias de la investigación, señaló que era necesario esclarecer si éstos habían actuado dentro de su competencia y atribuciones, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 3 letra l) de la ley orgánica que rige al organismo al cual pertenecen otorgándole facultades de policía marítima, fluvial y lacustre, y la letra m) que señala la facultad de fiscalización, control de terrenos fiscales y ámbito de su competencia. Sumado a lo anterior debía tenerse presente lo señalado por el artículo 34 letra a) de la misma ley, que dispone que la autoridad marítima tiene que dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieran encontrarse en naves o artefactos navales, respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, como también realizar las actuaciones que el Código Procesal Penal permite a la policía sin instrucción previa, es decir, aquéllas señaladas en los artículos 83, 84 y 85 del mencionado cuerpo legal.

Sumado a la normativa antes mencionada, para el Tribunal, constaba de los oficios y copias de los registros de la investigación, hecha en el marco de una orden de investigar, que la policía marítima realizó una serie de diligencias fuera de los límites físicos donde tenían competencia y, que en base a dichas

circunstancias, se debía resolver si tales actuaciones se ajustaban o no a las facultades que les otorgaba la ley, independiente de la legalidad de la orden de investigar otorgada por el Fiscal del caso. La duda entonces fue concretamente si la policía marítima tenía o no competencia para realizar actuaciones de investigación fuera de los límites que la ley le entrega como ámbito de competencia o como ámbito jurisdiccional.

En razón de lo anterior, el Juez señaló que era esclarecedor lo dispuesto por el artículo 31 del DFL 292, al señalar que el personal de Carabineros, Investigaciones y Aduana, prestan a la autoridad marítima y al personal bajo sus órdenes el auxilio y cooperación que les solicitan para el cumplimiento de sus funciones y que no cabía duda que la policía marítima tenía facultades para llevar a cabo las instrucciones que el Ministerio Público les impartía, realizar diligencias de investigación, consignar declaraciones, efectuar citaciones, arrestos y allanamientos, tal como lo señala el DFL 292 y el DL 2222, pero el ámbito territorial de aplicación de esas funciones estaba limitado por los mismos cuerpos normativos, por lo que sí la misma ley orgánica faculta y obliga a Carabineros, Policías de Investigaciones y personal de Aduana a prestar auxilio a la policía marítima para realizar estas funciones, estaba claro entonces que la policía marítima no tenía competencia para realizar estas diligencias fuera de los límites territoriales en los cual la ley les entregaba estas facultades.

En virtud de lo razonado anteriormente, el Juez de Garantía estimó que las diligencias de investigación y todos sus registros habían sido efectuado por un organismo policial que no contaba con facultades legales para realizarlos y en consecuencia los testimonios de los funcionarios que intervinieron en esas diligencias debían ser excluidos, por cuanto dicha prueba había sido producida con inobservancia de garantías fundamentales, en especial la del debido proceso.

### **Opinión de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía Nacional**

Consultada la opinión a la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía Nacional, ésta estimó que la interpretación expuesta en la resolución del tribunal era errada, por cuanto la condición y facultades que tienen los agentes de DIRECTEMAR, son similares a las de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, por lo que están plenamente calificados para realizar acciones de carácter investigativo, siempre que éstas hayan sido instruidas por el fiscal pertinente o concurriendo las hipótesis antes desarrolladas<sup>4</sup>. Se recalcó además que DIRECTEMAR, en su calidad de policías, puede realizar actividades investigativas y que como

4 Respuesta elaborada por el abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, don Rubén Salas Orellana.

todas las policías tiene como finalidad el orden y la seguridad pública, para lo cual desarrollan sus funciones.

En el caso puntual de marras, al entender que los funcionarios “policiales” actuaron por instrucciones del fiscal, se entiende que actuaron con facultades para realizar actuaciones de carácter investigativo, sin que tuvieran necesidad u obligación de solicitar colaboración a otras policías o a personal aduanero.

Junto a lo anterior, para la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, lo relevante al momento de evaluar las facultades y competencia de DIRECTEMAR tuvo que ver con el lugar de comisión del delito, toda vez que si el ilícito se produjo dentro del espacio jurisdiccional de su competencia y posteriormente se realizaron actividades fuera de dichos límites, éstas fueron la concreción de diligencias tendientes a dar cumplimiento a sus atribuciones. A mayor abundamiento, la opinión respecto al espíritu de las normas que regulan a DIRECTEMAR, es justamente la de dotarlos de competencia y en definitiva permitirles actuar no sólo en el territorio marítimo, lacustre, fluvial y sus alrededores, sino que darles una especial competencia fuera de esos límites cuando han intervenido en un hecho o tomado conocimiento del mismo dentro de dicho territorio. En este sentido, la interpretación realizada por el tribunal fue contraria a las normas procesales que facultan al Ministerio Público a dictar instrucciones a las policías, sin importar si éstas se ejecutan más allá del territorio jurisdiccional donde se realizó el delito que le dio origen, por cuanto una vez determinado el principio de ejecución y por ende conocido el delito, naturalmente debe realizarse todo cuanto conduzca a su comprobación.

Finalmente, debemos recordar que el tribunal excluyó el testimonio de todos los funcionarios y no sólo de aquellos que participaron en las diligencias realizadas fuera de la zona de control marítimo, ello fundamentado en una supuesta contaminación en cadena, vale decir, utilizando la teoría del fruto del árbol envenenado, teoría que en este caso no fue compartida por la Unidad Especializada, por cuanto si la ilicitud de la prueba se debía a actuaciones fuera del territorio de competencia de la policía marítima, entonces los testigos que no participaron en dichas actuaciones no debieron haber sido excluidos toda vez que no habrían afectado su ámbito de competencia.

### **Resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique en causa ROL N°66-2013, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Local de Iquique**

La Fiscalía Local de Iquique, interpuso recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de la misma ciudad, que excluyó a los 19 funcionarios de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, por estimar, como ya hemos señalado, que las diligen-

cias realizadas por éstos se habían efectuado sin estar dotados de las facultades ni competencia para ello, con inobservancia de garantías fundamentales, particularmente del debido proceso.

El recurrente justificó el recurso en la no existencia de vulneración alguna a las garantías constitucionales, ni menos al debido proceso, toda vez que los funcionarios de DIRECTEMAR debían ser considerados para estos efectos como policía marítima, reconociéndoles las mismas facultades que las conferidas a los agentes de Carabineros e Investigaciones.

Respecto al sistema procesal penal, la Fiscalía señaló que la regla general era la de la prueba absoluta, esto es, que la mayor cantidad de prueba llegue a juicio oral, a fin que el tribunal logre convicción sobre los hechos. En razón de lo anterior, la exclusión de prueba es excepcional y sólo permitida por las causales expresamente establecidas por el legislador, que exige un alto estándar de fundamentación para provocar el mencionado efecto, lo que no se habría dado en la resolución recurrida. En dicho sentido, si la exclusión de prueba se produjo por haber sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, el juez debió dar cuenta de cómo esas garantías fueron afectadas al momento de la creación o producción de estos medios de prueba.

Finalmente, respecto a la afectación al debido proceso, como resultado del supuesto actuar ilegal de los funcionarios de DIRECTEMAR, al momento de realizar las diligencias de investigación, la fiscalía señaló que el tribunal, al excluir los medios de prueba, debió haber fundamentado dicha exclusión; cuestión que en el caso concreto no se dio, toda vez que las actuaciones fueron ordenadas por el Ministerio Público y las escuchas telefónicas realizadas con posterioridad a la autorización judicial, mientras que muchas otras actuaciones fueron realizadas bajo la hipótesis de flagrancia y en virtud de las facultades que los funcionario de DIRECTEMAR tienen en su calidad de policía.

Por su parte, la defensa solicitó la confirmación de la resolución que excluyó la prueba, por cuanto a su juicio los funcionarios de DIRECTEMAR habían actuado fuera del ámbito de la competencia que por ley les había sido entregada, concretamente no reuniendo los presupuestos para entender que actuaron con apego al debido proceso, puesto que sus actividades previas no se encontraban permitidas legalmente, toda vez que se habrían realizado fuera de los límites territoriales que les eran propios.

La Corte señaló que nuestro régimen procesal penal es un sistema limitado de exclusión de prueba, atendido al principio de libre valoración de la misma, un sistema de exclusión restringido en el que la exclusión sólo procede por los motivos expresamente señalados en el artículo 276 del Código Procesal Penal. Por ello era importante exigir una fundada explicación acerca de si la ilegalidad denunciada conllevaba necesariamente la exclusión de las pruebas obtenidas, debiendo considerarse para ello la efectiva vulneración de garantías

fundamentales y la proporcionalidad de la medida adoptada, es decir, no sólo debe determinarse la licitud o ilicitud de la obtención del material probatorio para el caso de que se trata, sino que además la discusión debe versar sobre si tal ilicitud origina una exclusión de la prueba así obtenida.

Sin embargo, en el caso en análisis, en el cual se excluyó toda la prueba testimonial ofrecida por la Fiscalía, la Corte pudo advertir que el Juez de Garantía en su razonamiento no ponderó ni valoró la naturaleza y alcances de la prueba cuestionada, como tampoco la proporcionalidad de la medida adoptada y principalmente si dicha prueba efectivamente fue obtenida vulnerando garantías fundamentales donde la sanción sea forzosamente su exclusión.

Respecto de los funcionarios y la naturaleza jurídica de DIRECTEMAR, la Corte señaló que del estudio de su normativa, era incuestionable que dicho organismo tenía facultades de policía marítima y la ejercía en virtud de lo establecido en su propia Ley Orgánica Constitucional, con competencia limitada, pero no por ello menos significativa. De hecho, agregan los sentenciadores, el artículo 34 del mencionado cuerpo legal, al señalar las actividades que puede desarrollar esta dirección como policía marítima, expresa que ello es *“sin perjuicio de sus demás funciones y facultades”*, lo que daba cuenta entonces que no se trata de una enumeración taxativa, sino meramente ejemplar, pudiendo desarrollar labores de carácter investigativo, siempre que se relacionen con hechos que estén en concordancia con la competencia asignada por la ley.

Para la Corte no fue un hecho controvertido que los funcionarios de DIRECTEMAR desarrollaron labores investigativas previas, dispuestas por el Ministerio Público, en atención a la calidad de policía marítima que invisten, y que incluso las interceptaciones telefónicas fueron legalmente autorizadas por el Juzgado de Garantía correspondiente, siendo entonces actuaciones que se enmarcaron dentro de la investigación de un delito de tráfico de drogas que estaba siendo ejecutado por medios marítimos, ámbito en el cual sí cuentan con competencia para intervenir, pudiendo recabar, además, el auxilio y cooperación de las otras policías para el cumplimiento de sus funciones.

En virtud de lo anterior, la Corte entendió que resultaba errónea la afirmación que sostenía que en el desarrollo de las diligencias investigativas los funcionarios de DIRECTEMAR habían actuado fuera de su competencia, y que por ello las probanzas obtenidas, como los testimonios de los funcionarios, adolecían de inobservancia de garantías del debido proceso y que en definitiva lo resuelto por el tribunal se había apartado del lógico devenir de los hechos constituyendo un error que en ningún caso podía privar al ente persecutor y a sus auxiliares de intervenir en virtud de las atribuciones que les son propias, siempre que dicho actuar se ajuste a las exigencias previstas por la ley.

Al hacerse cargo de la discusión relativa a la vulneración del principio del debido proceso, entendido como el respeto al sistema establecido constitucionalmente y al conjunto de normas y mecanismos idóneos para la resolución de los conflictos, la Corte señaló que no habría existido tal vulneración, por cuanto el sistema procesal penal está diseñado para que el Ministerio Público, con el auxilio de las policías y otros organismos especializados, entre ellos DIRECTEMAR, investigue el hecho denunciado y recolecte los medios de prueba que en definitiva va a emplear para acreditar su acusación, en una investigación que es desformalizada, con facultades para desarrollar las diligencias que resulten apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, pudiendo disponer al efecto, de todos los medios de prueba que guarden pertinencia sustancial con la materia que se conocerá por los Tribunales.

En virtud de lo anterior, a juicio de la Corte, los defectos, errores o fallas alegados, relativos a los registros de las diligencias investigativas, no afectaron el derecho a defensa desde que no se trató de personas ajenas a los hechos o que les hayan sido desconocidos, por lo que la prueba esencial que iba a ser base de la sentencia definitiva era aquella que se rendiría en el respectivo juicio oral, oportunidad en que la defensa tendría la posibilidad de interrogar y contra interrogar a los testigos, sin que los errores u omisiones pudieran dar cuenta de un perjuicio real al derecho invocado o fuere a significar una infracción o desequilibrio a la igualdad de armas que debe existir entre los intervinientes.

Por los motivos antes descritos, la Corte revocó la resolución apelada y ordenó que los 19 funcionarios policiales se incorporaran al auto de apertura como prueba de la Fiscalía, pero más allá de lo resuelto en el caso concreto, y como ya señaláramos en el presente análisis, la resolución viene a ratificar y fortalecer lo sostenido por el Ministerio Público en relación a las facultades y competencias que tiene la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante, esto es, proceder con la misma potestad que tienen Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile para actuar sin orden previa cuando se encuentren en las situaciones y presupuestos señalados en los artículos 83 y 85 del Código Procesal Penal, proceder como policía marítima, fluvial y lacustre, en virtud de las facultades entregadas por su Ley Orgánica Constitucional para ejercerla, incluyendo la posibilidad de realizar allanamientos, incautaciones y arrestos en aguas exteriores e interiores y franjas de tierra como lo señala el artículo 6° del mencionado cuerpo legal, y dar cumplimiento además a las instrucciones que provengan de un Fiscal del Ministerio Público.

## **Recurso de nulidad presentado por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique que condenó a los acusados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000**

La defensa invocó la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es: *“Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...”*, causal que se fundó en los siguientes puntos:

1. Vulneración del debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, en cuanto a la actuación autónoma de la policía marítima

Para la recurrente, la policía marítima habría realizado una investigación previa, sin instrucción ni dirección del Ministerio Público excediéndose de sus facultades y competencia en las tareas de investigación.

Respecto a este primer punto, el Ministerio Público se refirió a la normativa legal que establece las distintas facultades de DIRECTEMAR como policía marítima, que como vimos, están reguladas en distintas normas legales, a saber, su Ley Orgánica Constitucional, DFL N°292 del año 1953, específicamente artículo 3° letras l) y m), en el que se le faculta a ejercer como policía marítima, fluvial y lacustre, pudiendo efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos y ejercer fiscalización de las playas y terrenos fiscales de las playas y en general a lo largo de las costas del litoral; artículo 34, en que se señala que: *“sin perjuicio de sus demás funciones y facultades”*, podrá: *“a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves o artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios; y b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”*.

En virtud de lo señalado, lo que quiso el legislador fue otorgar a DIRECTEMAR el mismo tratamiento y atribuciones que constitucional y legalmente corresponden a las demás policías, reforzando su calidad de policía marítima, en cuanto al desarrollo de funciones en los lugares en que normalmente no actúan las policías tradicionales, todo sumado al resto de sus atribuciones de carácter administrativo y de fiscalización que le confieren las restantes normas de su ley orgánica, pudiendo desarrollar labores de carácter investigativo, siempre que se relacionen con hechos que estén en concordancia con la competencia asignada por la ley.



A mayor abundamiento, en virtud de lo señalado en los artículos 5° y 6° del DS 1340, Reglamento General de Orden y Disciplina en las Naves y Litoral de la República, DIRECTEMAR tiene por función justamente el orden, seguridad y disciplina, que trae aparejada toda función preventiva que evite y prevea posibles delitos.

Dicho lo anterior podemos señalar que DIRECTEMAR cumple funciones como cualquier otra policía pero incluso con facultades más amplias en el territorio jurisdiccional de su competencia, por lo que en virtud de las mencionadas facultades, los funcionarios, en el ejercicio de sus atribuciones autónomas, tomaron conocimiento de la posible internación de droga, por vía marítima, desde Perú, todo a través de fuentes abiertas y sin vulnerar derechos de persona alguna, poniendo los hechos en conocimiento de la Fiscalía con fecha 11 de abril de 2011, quien expide una orden de investigar con instrucciones de efectuar seguimientos, vigilancia y captación de imagen; investigación que por falta de antecedentes concretos fue archivada a mediados del mes de agosto del mismo año.

En otro orden de ideas, y respecto al mismo acápite, la recurrente indicó que a raíz de esta obtención de información y antecedentes se habrían vulnerado el derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar, derecho a defensa, presunción de inocencia, derecho a guardar silencio y no autoincriminación.

Lo cierto es que para la Fiscalía no se advirtió cómo el actuar de los funcionarios de DIRECTEMAR pudieron vulnerar tales derechos, por cuanto no se efectuó ninguna medida intrusiva, no se solicitó declaración alguna y no se sindicó a nadie como autor de algún ilícito, a tal punto que la causa, en su primera etapa, fue archivada por falta de antecedentes.

La defensa también argumentó una vulneración al debido proceso al cuestionar que la Armada no puso en conocimiento del Ministerio Público, dentro de las 24 horas siguientes, la noticia relativa a la posible comisión futura de un delito de tráfico ilícito de drogas en el ámbito del territorio marítimo, incumpliendo con ello lo preceptuado en el artículo 176 del Código Procesal Penal, alegación que la fiscalía rechazó por cuanto ello dice relación con la obligación de denunciar un “hecho criminal” y no como ocurrió en la especie, esto es, una posible comisión futura de un delito, que finalmente no prosperó y derivó en el archivo de la investigación.

## 2. Ilegalidad de los actos del procedimiento respecto a la labor investigativa terrestre, incluidas las interceptaciones telefónicas desarrolladas por la policía marítima

La recurrente cuestionó la **labor investigativa terrestre**, específicamente el seguimiento hecho por funcionarios de DIRECTEMAR desde Arica hasta Caleta El Águila al sur de Iquique, argumentando que dicho recorrido se



encontraba fuera de los límites territoriales de competencia de la policía marítima, esto es, fuera de los 80 metros contados desde las más altas mareas, y que por ende debiesen haber sido realizadas por Carabineros de Chile o Policía de investigaciones, por lo que todas las diligencias, incluso aquéllas delegadas por la Fiscalía, carecían de legalidad por haberse realizado en una órbita territorial no prescrita en la ley y por ende toda prueba obtenida debió haber sido excluida.

A juicio de la fiscalía, la recurrente cometió un error al confundir el territorio de competencia de DIRECTEMAR, en el cual ejerce sus facultades de policía marítima, con aquellos lugares de tránsito y desplazamiento necesarios para poder cumplir con esa obligación de fiscalización, mandato legal y eventuales instrucciones que el Ministerio Público les imparta, no siendo las actuaciones policiales divisibles en su conjunto, donde la policía marítima no pueda trasladarse vía terrestre de una caleta a otra y que llegando a los 80 metros contados desde las más altas mareas estuviese impedida de continuar un traslado o seguimiento, y que ello debiese ser entregado a Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones, toda vez que esto no parecería lógico, máxime cuando ello, en el caso, no vulneró garantía alguna, por cuanto durante el recorrido no se realizó ninguna actuación de fiscalización u otra correspondiente a la órbita territorial de su competencia, tal como lo expresan las declaraciones de los funcionarios que la propia defensa adjuntó para fundar este punto, en la que señalan que se realizó un seguimiento terrestre fuera de los límites jurisdiccionales para poder llegar a Caleta El Águila, por cuanto no había otra forma o vía que no fuera la terrestre.

Lo anterior en nada alteró el debido proceso, por cuanto esos seguimientos se realizaron justamente en relación a un posible delito cuya comisión se realizaría en el territorio jurisdiccional de competencia de DIRECTEMAR, no estando a nuestro juicio, impedidos los funcionarios de realizar actividades fuera de dichos límites para la indagación del posible ilícito o concreción de diligencias tendientes a dar cumplimiento a sus atribuciones.

A mayor abundamiento, la opinión respecto al espíritu de las normas que regulan a DIRECTEMAR, es justamente la de dotarlos de competencia y en definitiva permitirles actuar no sólo en el territorio marítimo, lacustre, fluvial y sus alrededores, sino que darles una especial competencia fuera de esos límites cuando los hechos investigados tienen su origen dentro de dicho territorio, toda vez que de interpretarse de otra forma, el Ministerio Público estaría impedido de dictar instrucciones a la policía marítima, cuando la ejecución de dicha instrucción tuviese que ejecutarse más allá del territorio jurisdiccional donde se estuviere indagando el posible delito que le dio origen, como lo sería recabar información relativa a personas, embarcaciones, sociedades comerciales, teléfonos u otros antecedentes necesarios para la investigación.

En lo que dice relación con la inobservancia al debido proceso, la recurrente cuestionó el hecho de haberse realizado las **interceptaciones telefónicas** en dependencias de DIRECTEMAR en la ciudad de Valparaíso, pese a que la autorización judicial otorgada lo fue para ser realizada por personal de Arica e Iquique lo que a su juicio excedió el marco jurisdiccional autorizado.

Para el Ministerio Público, la recurrente confundió el supuesto aspecto legal de la medida, toda vez que es el Juez de Garantía quien autoriza la interceptación de un determinado número telefónico y por regla general respecto de determinada persona, su forma de interceptación y su duración, independiente de dónde quedan registradas las conversaciones interceptadas, tal como ocurre con aquellas interceptaciones telefónicas diligenciadas por Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones de Chile, que quedan grabadas y registradas en instrumentos técnicos ubicados en las unidades centrales o informáticas de dichas instituciones, es decir, en un lugar distinto al de la unidad regional que la efectúa, lo que no altera en nada el debido proceso ni vulnera garantías fundamentales, cuando ésta ha sido autorizada judicialmente.

Para precisar este punto, en el caso existió una solicitud de interceptación telefónica legalmente autorizada, ejecutada por funcionarios de DIRECTEMAR de Iquique, que por una parte escuchaban y analizaban las conversaciones, las que paralelamente quedaban registradas mediante su grabación en los equipos técnicos ubicados en la ciudad de Valparaíso asegurando su fidelidad, tal como lo señala el art. 223 del CPP.

Del modo expuesto, la solicitud de interceptación telefónica pasó por un examen de legalidad y admisibilidad por parte de un Tribunal de Garantía que autorizó la medida intrusiva, ajustándose al debido proceso no siendo la circunstancia de verificarse la grabación de las conversaciones en la ciudad de Valparaíso, un hecho que afectara los derechos de los acusados, máxime si en caso alguno se denunció o evidenció alguna disconformidad entre las escuchas y los registros.

### 3. Inobservancia del debido proceso por ilegalidad de los actos del procedimiento, concretamente la vulneración del artículo 41 de la Ley N°20.000

El artículo 41 de la Ley N°20.000, señala que las sustancias y especies estupefacientes y sicotrópicas, como también, las materias primas empleadas en su elaboración que hayan sido incautadas, *“...deberán ser entregadas dentro de las veinticuatro horas siguientes al Servicio de Salud que corresponda”*.

En el caso, la recurrente señaló que había quedado establecido en el juicio que la droga incautada el día 25 de julio de 2012 se había entregado al Servicio de Salud de Arica con fecha 30 de julio del mismo año, cuestión no desconocida por el Ministerio Público, como tampoco el haberse solicitado ampliación del plazo para su entrega pasado el plazo de 24 horas. No obstante ello y

entendiendo que efectivamente se incumplió con lo establecido en el mencionado artículo, fue la propia recurrente la que en su recurso ratificó lo que la jurisprudencia ha manifestado respecto a esta inobservancia, a saber, que el incumplimiento del plazo dispuesto sólo acarrea una sanción administrativa y no la ilicitud de la prueba, no existiendo entonces vulneración de garantía alguna.

No obstante el reconocimiento hecho por la propia recurrente en cuanto a que el incumplimiento del plazo establecido en el artículo 41 de la Ley N°20.000 sólo acarrea una sanción de tipo administrativa, ésta indicó que debía ser asumida como un costo para el Ministerio Público, en el sentido de otorgarle menor credibilidad a la prueba.

En razón de lo anterior y basándose en la propia conclusión de la recurrente, el Ministerio Público manifestó que había quedado claro que no era problema de inobservancia del debido proceso, sino que un problema de valoración, no visualizando de qué forma se pudo afectar la garantía del debido proceso, sobre todo considerando que la sustancia incautada el 25 de julio de 2012 correspondió a la misma que finalmente fue ingresada al Servicio de Salud, concluyendo entonces que la disposición legal citada tiene un carácter administrativo, con una sanción de igual naturaleza en caso de incumplimiento.

Así lo ha dicho la propia Corte Suprema en fallo ROL N°3657-10, de 23 agosto 2010, al señalar que: **“SÉPTIMO:** *Que, en efecto, la sola circunstancia que la droga haya sido remitida por la policía al Instituto de Salud Pública fuera del plazo que prevé el mentado artículo 41, no genera como consecuencia necesaria una falta de certeza sobre la calidad de dicha evidencia ni sobre las conclusiones arribadas a su respecto, por cuanto dicha irregularidad en el traspaso no revela indefectiblemente alguna alteración, sustitución o contaminación de la misma*”. **“NOVENO:** *Que, asimismo, la conclusión que el simple incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Drogas, no genera una infracción a la cadena de custodia ni la consecuente infracción al debido proceso, resulta coherente con lo sostenido por el profesor Hernández, en cuanto a que: la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción puede vincularse de modo tal con una garantía fundamental que puede conceptualizarse como una afectación a la misma (Hernández B., Héctor. *La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004 N°2*)*”. **“DÉCIMO:** *Que, conforme a lo razonado, tanto la entrega tardía de la sustancia incautada por parte de la policía, como la incorporación de las pruebas derivadas de la misma en el auto de apertura, en particular, la pericia química y la posterior valoración de las mismas por parte de los jueces del Tribunal de Juicio Oral, no generan una infracción al derecho al debido proceso, ni menos sustancial, sino sólo el incumplimiento de una norma legal,*

*cuya inobservancia se encuentra reprimida expresamente por el legislador con una sanción extraprocesal dirigida al funcionario infractor, en virtud de lo cual no se configura la única causal invocada en este recurso de nulidad, correspondiente a la prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, lo que desde luego conlleva el necesario rechazo del mismo”.*

4. Inobservancia del debido proceso que afectó el derecho a defensa en lo que dice relación con el conocimiento previo de los antecedentes de la investigación y el control efectivo de la prueba de cargo, contrariedad e igualdad de posiciones

La recurrente alegó una supuesta falta de registro de las diligencias, concretamente el deber de registro de las declaraciones policiales, pero que en definitiva atacaba a la forma en que se dejó el registro de las mismas, específicamente haberse efectuado sin mencionar que eran por delegación del Fiscal. En razón de ello, el Ministerio Público manifestó que las normas de los artículos 227 y 228 no exige que en las declaraciones policiales se consigne el hecho de ser prestadas por delegación del Fiscal, aun cuando el Tribunal Oral se hizo cargo de la discusión señalando en su sentencia que los testigos manifestaron que sus declaraciones fueron recabadas precisamente por delegación del Fiscal.

A mayor abundamiento, el Ministerio Público agregó que la discusión se refería al conocimiento de la investigación, de la prueba y a la posibilidad de contrainterrogar testigos, cuestión que en el caso ocurrió, por cuanto la defensa tuvo conocimiento de las declaraciones de los funcionarios y pudo hacer siempre el ejercicio de interrogación, contrainterrogación y/o evidenciar contradicciones, haciéndose cargo de ello el Tribunal Oral al señalar que durante los interrogatorios, en caso alguno las defensas realizaron consultas o ejercicios tendientes a evidenciar la existencia de alguna diferencia entre las declaraciones prestadas inicialmente y aquéllas vertidas en el juicio oral, de forma tal que no se advirtió que pudiese existir entonces alguna vulneración de garantías, agregando que la defensa sí tuvo conocimiento de la existencia de estos testigos y tuvo el tiempo para preparar su interrogatorio.

Finalmente, y no obstante que existieron declaraciones previas incluidas en la carpeta de investigación, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que no existe norma legal que limite la prueba testimonial a sólo aquellos testigos cuya declaración esté en la carpeta de investigación, tal como lo manifiesta en su fallo Rol N°2029-12 de 9 mayo de 2012 al expresar que: “**TERCERO:** *Que esta Corte ya se ha pronunciado antes sobre este asunto, en cuanto no existe norma legal alguna que obligue a los fiscales a reducir el número de testigos en la audiencia de preparación de juicio a sólo aquellos cuyas declaraciones estén contenidas en la carpeta de investigación, aunque aparezca de cierta lógica que sólo pueda ser ofrecido como testigo alguien que ya ha declarado antes ante el fiscal y que, en virtud de la obligación de registro, sus dichos debieran estar contenidos en la carpeta en cuestión.* “La restricción anotada, esto es, exigir que los testigos que puedan

*llegar a juicio, sean sólo aquellos que registren declaración previa en la carpeta del fiscal, podría conducir al grave defecto de privar de testigos a las mismas defensas quienes podrían haber omitido o no haber tomado el recaudo de haber exigido la comparecencia de sus propios testigos ante el fiscal, e incluso, de no haber logrado conducirlos hasta aquél”;* y en su fallo Rol N°154-13 de 23 de abril de 2013 en el que señala: “**CUARTO:** *Que en lo que atañe a la infracción que se reclama al debido proceso en su primer acápite, esto es, lo que dice relación con la declaración de los funcionarios policiales, sin que sus dichos se encuentren recogidos en la carpeta de investigación, en primer término es necesario decir que si bien dichos funcionarios concurren al juicio oral como testigos lo hacen para dar cuenta de las actuaciones policiales por ellos realizadas, y que han sido objeto de los informes del caso, de suerte que aunque no han declarado ante el Ministerio Público –por innecesario– para la defensa no le era desconocido lo que sería objeto de las declaraciones de dichos deponentes”. “Por tal razón no es posible sostener que en la especie se haya privado a la defensa de algún derecho, puesto que bien pudo preparar el contrainterrogatorio respecto de declarantes que no le eran desconocidos”.*

**Fallo dictado por la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°6441-13, de fecha 29 de octubre de 2013 que resuelve el recurso de nulidad presentado por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique que condenó a los acusados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000**

La Excelentísima Corte Suprema, analizando lo reclamado por la recurrente, escuchados los alegatos de ambas partes y resolviendo lo relativo a la vulneración del debido proceso que se habría cometido en virtud de la realización de actuaciones autónomas por parte de la policía marítima, señaló que era necesario establecer que DIRECTEMAR conforme lo dispone el Decreto Ley N°2.222 de 2005, en sus artículos 95 y 96, en el desempeño de sus funciones tiene el carácter de fuerza pública, cuestión que implica que cuenta con las mismas atribuciones que se consagran en los distintos cuerpos normativos a las policías, desarrollando sus funciones en lugares en que estas últimas no actúan. Por ello, precisa que por ley tiene asignada dentro de sus atribuciones mantener el orden, seguridad y disciplina en el territorio que le ha sido asignado, y por tanto eso incluye el evitar la comisión de delitos dentro del ámbito de sus competencias.

Entendió la Corte que lo alegado por la defensa decía relación con que la policía marítima habría llevado a cabo una investigación autónoma, sin dirección del Fiscal del Ministerio Público, permitiendo la obtención de pruebas ilícitas, las que finalmente fueron determinantes para la decisión de condenar a su defendido, cuestión que no fue compartida por el Excelentísimo Tribunal que apoyándose en la propia sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, considerando duodécimo, señaló que: “...se descartaba la vulneración al debido proceso, puesto que si bien existieron en un primer momento actuaciones

*investigativas realizadas por la Armada de Chile, quienes toman conocimiento por fuentes abiertas de la posibilidad que por vía marítima se ingresara droga al país, esos antecedentes se dan a conocer al Ministerio Público el día 11 de abril de 2011, expidiéndose en ese momento una orden de investigar con instrucciones de efectuar seguimientos, vigilancias y captación de imágenes en la vía pública”, lo que llevó a concluir que los hechos que terminan con la detención de los condenados se gestaron en el marco de una investigación dirigida por el Ministerio Público y que comprendió diligencias intrusivas expresamente autorizadas, que decían relación con el traslado de droga desde Perú a nuestro país por vía marítima, por lo que en razón de ello la policía contaba con atribuciones para efectuar seguimientos y vigilancia.*

Continúa la Corte señalando que, no obstante ser la Constitución de la República la que entrega al Ministerio Público la dirección de la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de delitos, es el propio Código Procesal Penal en sus artículos 83 y 87, el que otorga a las policías un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, como lo son las facultades para practicar detenciones en casos de flagrancia, recoger y proteger cualquier objeto que pudiere haber servido a la comisión del delito investigado, identificar testigos y consignar sus declaraciones. En razón de lo anterior, la Excelentísima Corte no pudo constatar de qué manera pudo vulnerarse el debido proceso denunciado en el recurso.

Por otra parte y respecto a la imputación efectuada por la defensa respecto a la labor investigativa terrestre llevada a cabo por la policía marítima, en concreto los seguimientos e interceptaciones telefónicas, la Corte acogió lo sostenido por el Ministerio Público argumentando que una vez que DIRECTEMAR puso en conocimiento de la Fiscalía la posible internación de droga al país por vía marítima desde Perú, se expidió una orden de investigar, en la que se facultó a los funcionarios de la policía para realizar de manera expresa seguimientos y vigilancia de todos aquellos que pudieren tener relación con el hecho indagado, y tal como lo manifestó el Ministerio Público, dichos seguimientos efectuados por los funcionarios fueron realizados dentro de la órbita de sus facultades, pues su ejecución tenía como finalidad impedir que se internara droga por vía marítima para comercializarla en el país.

En el caso de las interceptaciones telefónicas cuestionadas por la defensa por haber sido grabadas en dependencias de DIRECTEMAR de la ciudad de Valparaíso, en circunstancias que para la defensa debieron haber sido diligenciadas por funcionarios de Arica e Iquique, interpretándolo por esa razón como un hecho que excedió el marco jurisdiccional autorizado, la Corte acogiendo los argumentos del Ministerio Público recordó lo señalado en estrados por el representante del Ministerio Público, en orden a que la autorización otorgada por el Juez de Garantía se refirió a la interceptación de un número



de teléfono determinado, por lo que era indiferente dónde se efectuaba el registro de la grabación, por lo que la actuación de la policía no vulneró el debido proceso, ni quebrantó garantías fundamentales de los sentenciados.

En lo relativo a la vulneración del artículo 41 de la Ley N°20.000, concretamente el retardo en la entrega de la droga al Servicio de Salud, la Corte ratifica que dicha inobservancia denunciada: *“...trae aparejada una sanción administrativa, y no la ilicitud de la prueba o una vulneración de garantías, máxime si la droga incautada en el procedimiento que termina con la detención de los inculpados fue ingresada al Servicio de Salud de Arica, lo que excluye la infracción al debido proceso denunciada por la defensa”*(considerando séptimo).

Al hacerse cargo de la inobservancia al debido proceso por vulneración al derecho a defensa, específicamente lo relativo al conocimiento previo de los antecedentes de la investigación en relación con el derecho a controlar la prueba de cargo, sustentado en la falta de registro de las declaraciones policiales, la Corte señaló que: *“...la infracción producida a los intereses del interviniente exige, además, sustancialidad, es decir, trascendencia, mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea en definitiva insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso”*. En virtud de lo anterior y de acuerdo a los antecedentes de la causa, el Excelentísimo Tribunal agregó que: *“... no existió la vulneración alegada por la defensa, en primer término porque las declaraciones policiales se encuentran debidamente registradas en la investigación, pues el no señalarse que era por “delegación” del fiscal no constituye un vicio que pueda acarrear la nulidad alegada por la defensa y, además, porque dichos funcionarios concurren al juicio con la finalidad de poner en conocimiento del tribunal de las actuaciones desplegadas en el marco de la orden de investigar que se encuentran diligenciando, lo que implica que sus declaraciones no eran desconocidas para la defensa, por lo que no es posible sostener que existió como se acusa en el recurso, algún quebrantamiento al derecho de controlar la prueba de cargo y preparar la estrategia tendiente a desvirtuar lo consignado en la investigación”* (considerando octavo).

En virtud de lo analizado, el recurso de nulidad fue íntegramente desestimado, rechazándose y declarándose que el juicio y la sentencia no eran nulos.

Finalmente, y para un mejor entendimiento, se transcribe el texto de la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N°66-2013, que resolvió el recurso de apelación por exclusión de prueba interpuesto por la Fiscalía Local de Iquique y el fallo dictado por Excelentísima Corte Suprema, Rol N°6441-13, que resuelve el recurso de nulidad presentado por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique que condenó a los acusados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000.

### **Corte de Apelaciones de Iquique**

*Iquique, treinta y uno de mayo del dos mil trece.*

#### **VISTO:**

*Que se elevó a esta Corte la presente causa RUC 1100365553-0, RIT O-6946-2011, del Juzgado de Garantía de Iquique, por tráfico ilícito de drogas, en apelación deducida por el Ministerio Público, en contra de la resolución dictada de fecha 8 de mayo de 2013, por el Juez suplente don René Bonnemaïson Medel, quien procedió a la exclusión de prueba ofrecida por el ente persecutor, por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales.*

*Comparecieron a la vista del recurso el Ministerio Público, representado por el abogado señor Juan Castro Bekios, y la Defensora Penal Público doña Victoria Márquez King, por los acusados Juan Malache Rugel y Jorge Anahua Mamani, quienes expusieron sus argumentos.*

#### **CONSIDERANDO:**

**Primero:** *Que en la audiencia de preparación de juicio oral, a solicitud de las defensas de ambos imputados y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal, el señor Juez de Garantía procedió a excluir parte de la prueba ofrecida por el Ministerio Público, consistente en los dichos de 19 testigos, todos funcionarios de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante de la Armada de Chile, o Directemar, por estimar que las diligencias de investigación y registros realizadas por ellos, se hicieron fuera de*

*los límites físicos de donde tiene competencia como policía marítima, por lo que en definitiva han sido hechas por un organismo policial que carece de las facultades para realizarlas.*

*De este modo, considera que éstas se han producido con inobservancia de las garantías fundamentales, en especial el debido proceso, el cual exige que el procedimiento sea tramitado en forma legal, por lo que concluye que las facultades legales de la policía marítima fueron excedidas con dichas diligencias, y en su opinión, las declaraciones de estos testigos no pueden ser prestadas en el juicio oral a que da lugar esta investigación, al haberse inobservado esta garantía de actuación de los organismos públicos fuera de su competencia.*

*Para resolver del modo expuesto, consideró lo prevenido por los artículos 3, letras l) y m), 31 y 34 del Decreto con Fuerza de Ley N°292, Ley Orgánica de la mencionada Dirección Nacional, como también lo señalado en los artículos 83, 84 y 85 del Código Procesal Penal.*

**Segundo:** *Que el Ministerio Público sostuvo en estrados que no existe vulneración alguna de garantías constitucionales, ni menos del debido proceso, dado que los funcionarios de Directemar deben ser considerado para estos efectos como policía marítima, con las mismas facultades que tienen los agentes de Carabineros e Investigaciones, pero en el ámbito territorial que la ley les asigna. En tal sentido, aduce que sus actuaciones investigativas lo han sido bajo la dirección de la respectiva Fiscalía, en pos de conseguir antecedentes probatorios que demuestren la efecti-*



vidad de los ilícitos pesquisados, debidamente autorizados por el Juzgado de Garantía de Iquique, y con pleno acatamiento a la normativa legal que los rige.

Por su parte, la defensa de los imputados señala que en el caso de que se trata no se reúnen los presupuestos para estimar que los funcionarios de Directemar hubieran actuado con apego al debido proceso, puesto que sus actividades investigativas previas no se encuentran permitidas por la Ley, dado que se realizaron fuera de los límites territoriales que le son propios, lo que vicia los testimonios que pudieran entregar tanto los funcionarios participantes en esas diligencias como aquellos que intervinieron en el operativo que concluyó con la detención de los imputados, ahora acusados.

**Tercero:** Que al momento de resolver la cuestión planteada cabe tener en consideración lo establecido en el artículo 277 del Código Procesal Penal, en cuanto posibilita la apelación del auto de apertura del juicio oral siempre que se trate de exclusión de pruebas que provengan de “actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, según lo previene el artículo 276 del mismo texto legal. Ello nos revela que en la actualidad, nuestro proceso penal dispone un sistema limitado de exclusión de pruebas, atendido al principio de libre valoración de la prueba que lo rige, estableciendo un sistema de exclusión restringido y sólo por las motivos expresamente señalados en el citado artículo 276, que son constitutivos de la denominada prueba ilícita.

**Cuarto:** Que desde esa perspectiva, y considerando la gravedad que importa la exclusión probatoria para la prosecución penal, y los fines del proceso penal, es dable exigir una acabada explicación acerca de si la ilegalidad denunciada conlleva necesariamente la exclusión de pruebas, debiendo considerarse para ello la efectiva vulneración de garantías fundamentales y la proporcionalidad de la medida adoptada, es decir que no solo debe determinarse la licitud o ilicitud de la obtención del material probatorio para el caso de que se trata, sino que además la discusión versará sobre si tal ilicitud debe originar una exclusión de la prueba así obtenida.

Sin embargo, en la situación en estudio, en que se ha excluido toda la prueba testimonial ofrecida por el Ministerio Público, es posible advertir que el Juez en su razonamiento no pondera ni valora la naturaleza y alcances de la prueba cuestionada, la proporcionalidad de la medida adoptada y principalmente que ésta efectivamente haya sido obtenida vulnerando garantías fundamentales cuya sanción sea necesariamente su exclusión.

**Quinto:** Que en efecto, el caso de autos se refiere a una investigación sobre un tráfico marítimo de drogas, del cual los funcionarios de Directemar tomaron conocimiento, denunciando el hecho a la Fiscalía de Iquique, ente que les entregó una orden para investigar los hechos, proceso en el cual llegaron a establecer las identidades de determinadas personas sospechosas, respecto de quienes se inició una investigación desformalizada, solicitándose luego interceptaciones telefónicas al Juzgado de Garantía de esta ciudad, las cuales después de ser

autorizadas fueron encomendadas a la misma autoridad denunciante, como policía marítima. No obstante que en una primera etapa no hubo resultados, en el mes de julio de 2012 los funcionarios de Directemar pesquisarón una acción que podría ser constitutiva de un tráfico de drogas, que concluyó con la detención de los imputados de autos, en el sector costero de caleta Vítor.

**Sexto:** Que en cuanto a las normas que amparan o justifican el proceder descrito, debe considerarse que el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley 292, consigna en su letra l) que corresponde a la Dirección: “Ejercer la Policía Marítima, Fluvial y Lacustre. El Director y las Autoridades Marítimas y los demás funcionarios en quienes el Director o las Autoridades Marítimas deleguen tales facultades, podrán efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, dentro de sus funciones de Policía Marítima”; a su turno, la letra m) de la misma norma señala que también le corresponde “Ejercer la fiscalización y control de las playas y de los terrenos fiscales de playa colindantes con éstas en el mar, ríos y lagos; de las rocas, fondos de mar y porciones de agua dentro de las bahías, ríos y lagos, y a lo largo de las costas del litoral y de las islas, cuyo control y fiscalización otorgan las leyes al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”.

Por su parte, el artículo 34, norma modificada por la Ley 19.806, de 2002, adecuatoria de la Reforma Procesal Penal, establece que “La Autoridad Marítima, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, podrá llevar a cabo en el mar territorial y en aguas interiores, las actividades que se

señalan a continuación, en las circunstancias que en cada caso se indican: a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves o artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, y b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”.

Finalmente, el artículo 31 refiere que “El personal de Carabineros, incluido el de Aduana y el personal de Investigaciones, prestarán a la autoridad marítima y al personal bajo sus órdenes el auxilio y cooperación que les soliciten para el cumplimiento de sus funciones.”

De toda la normativa citada, es inconcuso que la Directemar desarrolla facultades de policía marítima, y ello lo hace en un ámbito determinado por su Ley Orgánica, es decir, cuenta con una competencia limitada, pero no por ello menos significativa. Por lo demás, al referir el artículo 34 determinadas actividades que pueden desarrollar en tanto policía marítima, señala que ello es “sin perjuicio de sus demás funciones y facultades”, lo que da cuenta que no se trata de una enumeración taxativa, sino meramente ejemplar, pudiendo desarrollar labores de carácter investigativo, siempre que se relacionen con hechos que estén en concordancia con la competencia asignada por la Ley.

Así, en el presente caso consta que fue el propio ente persecutor quien le entregó

una orden para investigar los hechos que aparecen vinculados a un posible tráfico de drogas que se estaría desarrollando a través del mar, ya que se utilizarían embarcaciones o naves para el transporte de estupefacientes y posterior desembarco en zonas costeras, situaciones respecto de las cuales naturalmente los funcionarios de Directemar están llamados a conocer.

**Séptimo:** Que en estas condiciones, tanto de lo relatado por los intervinientes, como de lo escuchado en la audiencia preparatoria de juicio oral, surge como un hecho no controvertido que funcionarios de Directemar si bien desarrollaron labores investigativas previas, las mismas fueron dispuestas por el Ministerio Público, en atención a la calidad de policía marítima que invisten, siendo incluso autorizadas, en el caso de las interceptaciones telefónicas por el Juzgado de Garantía de esta ciudad, tratándose de actuaciones que se enmarcan dentro de la investigación de un delito de tráfico de drogas que estaba siendo realizado por medios marítimos, ámbito en el cual sí cuentan con competencia para intervenir, pudiendo recabar, además, el auxilio y cooperación de las otras policías para el cumplimiento de sus funciones.

Por consiguiente, resulta erróneo afirmar que en el desarrollo de las diligencias investigativas actuaron fuera de su competencia, y que por ello las probanzas obtenidas, esto es, los testimonios de los funcionarios conocedores de los hechos, ha sido con inobservancia de la garantía del debido proceso, de manera que la conclusión a que arriba el Juez de Garantía, esto es, que por haber actuado los funcionarios de Directemar

fuera de su competencia, las diligencias por ellos realizadas dan cuenta de la inobservancia de la garantía mencionada, se aparta del lógico devenir de los hechos y constituye un error que en ningún caso puede privar al ente persecutor y a sus auxiliares de intervenir en uso de las atribuciones que les son propias, y en cuanto ajusten su actuar a las exigencias previstas por la ley.

**Octavo:** Que por lo demás, esta garantía del debido proceso, que encuentra su expresión positiva en el inciso sexto del N°3 del artículo 19 de la Constitución Política, al señalar: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", no es ni más ni menos que el proceso que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional, debiendo entenderse como el conjunto de normas y mecanismos idóneos para la resolución de los conflictos, donde es deber del Estado disponer de un órgano facultado para darle solución a la cuestión debatida, y asimismo, implica el respeto a aquellas normas procedimentales estatuidas por el legislador para mantener el equilibrio procesal de las partes.

En ese contexto, aparece que el sistema procesal penal está diseñado para que el Ministerio Público, con el auxilio de las policías y otros organismos especializados, entre ellos Directemar, investigue el hecho denunciado y recolecte los medios de prueba que en definitiva empleará para acreditar su acusación frente al Tribunal que corresponda, en

*una investigación que es desformalizada, y en que se encuentra facultado para desarrollar las diligencias que resulten apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, pudiendo disponer al efecto, de todos los medios de prueba que guarden pertinencia sustancial con la materia que se conocerá por los Tribunales.*

*De esta manera, los errores, defectos o fallas en los registros de las diligencias investigativas que se denuncia por los acusados, no afectan el derecho a defensa desde que no se trata de personas ajenas a los hechos o que les sea desconocida, debiendo consignarse que la prueba esencial que servirá de base a la sentencia definitiva es aquella que se rendirá en el respectivo juicio oral, oportunidad en que la defensa debe interrogar y contra interrogar a los testigos presentados, sin que los errores u omisiones den cuenta de un perjuicio real al derecho que se invoca o signifique una infracción o desequilibrio a la igualdad de armas que debe existir entre los intervinientes.*

**Noveno:** *Que así las cosas, estos sentenciadores concluyen que los testimonios de los 19 funcionarios de Directemar, que han sido individualizados bajo los N°1 a 19 de la acusación de la Fiscalía, relativos a las diligencias y procedimientos realizadas por ellos en torno a los hechos pesquisados, no han sido obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, en términos que habilite al Juez de Garantía para excluirlos del respectivo auto apertura, por lo que la decisión adoptada en tal sentido debe ser enmendada por medio del presente recurso de apelación, el cual*

*será acogido, disponiéndose la incorporación de dicha prueba testimonial, que fuera ofrecida por el Ministerio Público en su acusación.*

*Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 277 y 352 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la resolución apelada dictada en la audiencia de preparación de juicio oral de ocho de mayo del presente año, en cuanto excluyó del auto de apertura de juicio oral a los testigos Jorge Vielma Mancilla, Jaime Villegas Aros, Luis Torres Oyarzun, Ángelo Basso Torres, Manuel Jiménez Hormazabal, Luis López Vera, Eduardo Jara Arismendi, Claudio de la Fuente Sanhueza, Agustín Gómez Echeverría, Eduardo Bernal Zúñiga, Iván Castillo Zambrano, Tomas Iturriaga Rodríguez, Octavio Valenzuela Iturra, Juan Aldana Sanhueza, Cristian Vidal Elías, Jaime Aros Conejeros, Pablo Venegas Muñoz, Gabriel Aburto Villagrán, Jhon Rozas Roca, signados con los N°1 a 19 de la acusación del Ministerio Público, y en cambio se decide que todos ellos quedan incorporados en el auto de apertura de igual fecha, como pruebas que podrá rendir la Fiscalía.*

*Regístrese, dése a conocer a los intervinientes y devuélvase.*

*Redacción del Ministro señor Pedro Gúiza Gutiérrez.*

*Rol I. Corte N°66-2013.*

*Pronunciada por los Ministros Srta. MIRTA CHAMORRO PINTO y Sr. PEDRO GÜIZA GUTIÉRREZ y*

el Fiscal Judicial Sr. JORGE ARAYA LEYTON. Autoriza doña VIVIANA SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Secretaria subrogante.

En Iquique, a treinta y uno de mayo de dos mil trece, notifiqué por el estado diario de hoy, la sentencia que antecede.

### **Corte Suprema**

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil trece.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de doce de agosto del año en curso, dictada en los autos RIT N°155-2012, RUC N°1100365553-0, condenó a Juan Zoilo Malache Rugel y a Jorge Anahua Mamani a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y a la pena pecuniaria de multa de 3 UTM como autores de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000, cometido el 25 de julio de 2012, sin costas.

No se les concede ninguna de las medidas alternativas para el cumplimiento de las penas contempladas en la Ley N°18.216, debiendo cumplir íntegra y efectivamente la pena corporal que les fue impuesta.

Contra la referida sentencia, las defensas de los acusados deducen recurso de

nulidad, el que se admitió a tramitación por resolución de dos de octubre del año en curso, que se lee a fs. 103, habiéndose fijado audiencia para su conocimiento, la que se realizó con la asistencia de las partes individualizadas en el acta de fs. 109.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que las defensas de los condenados deducen como causal principal la del artículo 373 letra a), del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, por diversos motivos que explica de la siguiente manera:

1.- Debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, en cuanto a la actuación autónoma de la Policía Marítima:

En esta sección, se reclama la infracción al debido proceso consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, exponiendo que el legislador entregó al Ministerio Público en forma exclusiva y excluyente la dirección de la investigación, conforme se dispone en los artículos 3, 80 y 180 del Código Procesal Penal, lo que implica que la policía no es autónoma en la investigación de hechos punibles y que sólo actúa como auxiliar del Ministerio Público y previa instrucción del fiscal, salvo en los casos que preceptúa el artículo 83 del código del ramo, lo que es ratificado por el artículo 84 de la citada normativa, que obliga a la policía informar de inmediato y por el medio



más expedito al Ministerio Público una vez que recibe una denuncia.

En cuanto a la policía marítima el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y la Marina Mercante contenida en el DFL N°292 señala “La Autoridad Marítima, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, podrá llevar a cabo en el mar territorial y en aguas interiores, las actividades que se señalan a continuación, en las circunstancias que en cada caso de indican:

a) Dar cumplimiento a las instrucciones que impartan los fiscales del Ministerio Público respecto de personas que pudieren encontrarse en naves artefactos navales; respecto de dichas naves o artefactos, o de los recintos portuarios, y

b) Realizar en los recintos portuarios y en las naves o artefactos navales las actuaciones que el Código Procesal Penal permite que la policía efectúe sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, informando sobre ellas de inmediato al Ministerio Público”.

Es por lo señalado que la policía marítima sólo puede actuar previa instrucción del Ministerio Público o autónomamente en las situaciones previstas en el artículo 83 del Código Procesal Penal. En este caso se vulnera la garantía del debido proceso, puesto que se desarrolló una investigación previa, autónomamente, sin dirección ni instrucción del ente persecutor, inobservando con su actuación lo preceptuado en los artículos 80, 84 y 180 del estatuto procesal penal, situación que es corroborada por el oficial de la Armada Jaime Villegas Aros, quien señala que los pri-

meros datos se obtienen a inicios del mes de abril de 2011, antes de la orden de investigar del fiscal, que data del día 12 de abril de 2011, informaciones que se habrían obtenido de pescadores de la caleta sin señalar a éstos su calidad de funcionarios de la Armada, actuando como policías encubiertos sin que existiera la autorización del fiscal que exige el artículo 25 de la Ley N°20.000, vulnerando con ello los siguientes derechos y garantías:

a) Derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar. (Información obtenida mediante engaño)

b) Derecho a defensa. (No se informa a los imputados la condición de policías, ni que eran sujetos de una investigación)

c) Derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación. (Conversaciones informales con pescadores mediante engaños)

d) Presunción de inocencia.

Tales contravenciones son confirmadas por Jorge Vielma, Jefe del Departamento de Inteligencia Marítima de Directemar, al expresar que se recabó información antes de obtener la orden de investigar del fiscal. También lo señala en su declaración Ángel Basso.

La sentencia recurrida en su razonamiento duodécimo descarta la infracción de garantías fundamentales, sin tomar en cuenta que se obtuvieron elementos probatorios viciados y sobre esa base se desarrolló una investigación que culmina con la condena de los acusados.

2.- Debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, respecto de la labor investigativa

*terrestre incluida las interceptaciones telefónicas desarrolladas por la policía marítima:*

*Esta afectación se produjo, en opinión de la defensa, en la labor investigativa terrestre de la policía marítima y aun en aquellas delegadas por el Ministerio Público, pues muchas de las diligencias se desarrollan fuera de su órbita territorial, lo que acarrea indefectiblemente la ilegalidad de éstas, pues sus funciones y facultades sólo pueden ser llevadas a cabo en el mar territorial, aguas interiores y en el borde costero hasta 80 metros contados desde la línea de las más altas mareas, según disponen el artículo 34 del DFL 292 y el artículo 79 del Código Procesal Penal.*

*A este respecto el testigo presentado por el Ministerio Público, Jaime Aros, reconoce un seguimiento vía terrestre, de los imputados, lo que es ratificado por el deponente Jorge Vielma.*

*En relación a las interceptaciones telefónicas, durante el juicio oral se determinó con claridad que estas fueron realizadas en Valparaíso en dependencias de Directemar, pese a que la autorización se otorgó para que la cumpliera el personal del Departamento de Información y Análisis de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante en las ciudades de Arica e Iquique, lo que excede el marco territorial autorizado por el juez de garantía para realizar la diligencia intrusiva.*

*3.- La garantía inobservada es el debido proceso en su dimensión de legalidad de los actos del procedimiento, por vulneración del artículo 41 de la ley N°20.000:*

*En este apartado, la defensa explica que durante la sustanciación del juicio oral se constató que la droga se incautó aproximadamente a las 23:00 horas del día 25 de julio de 2012 y se entregó al Servicio de Salud de Arica el 30 de julio de 2012, lo que es corroborado por el testigo Cristian Vidal, quien señala que la droga se mantiene en custodia desde la madrugada del 26 de julio de 2012 hasta su entrega el 30 de julio del mismo año al Servicio de Salud Arica, según instruyó el capitán de Puerto. Asimismo, Jaime Aros refiere que la droga es entregada al Servicio de Salud de Arica el 30 de julio de 2012, de manera que se incumplió el plazo de 24 horas que establece el inciso primero del artículo 41 de la Ley N°20.000 demora que se origina por la inobservancia del precepto señalado por los funcionarios de la policía marítima, incumpliendo además el deber de registro establecido en el artículo 228 del Código Procesal Penal.*

*4.- La garantía inobservada es el debido proceso, particularmente el derecho a defensa y sus dimensiones de conocimiento previo o intimación previa de los antecedentes de la investigación, derecho a controlar efectivamente la prueba de cargo, al contradictorio e igualdad de posiciones:*

*Finalmente, señala que en la audiencia de preparación de juicio oral se solicitó excluir toda la prueba testimonial ofrecida por haberse incumplido durante la investigación el deber de registro que pesa tanto sobre el Ministerio Público como sobre la policía marítima, porque las declaraciones no señalan que se realizan por orden de un fiscal, ni consignan los datos del funcionario que las*

*toma, sólo las firma el declarante. Así lo expresan al declarar Ángel Basso, Jorge Vilema, Manuel Jiménez, Luis Oyarzún, Juan Aldana, Claudio de la Fuente y Jaime Aros.*

*La falta de registro de las actuaciones de la investigación contraviene el derecho a defensa y en especial el derecho a controlar la prueba de cargo, por lo que no se le permite a la defensa contradecir efectivamente la acusación.*

*En relación a la inexistencia de cadena de custodia, expone que en la audiencia de preparación de juicio oral se pide excluir la prueba pericial consistente el Memo Reservado N°893 de 16 de octubre de 2012 del Servicio de Salud Arica que contiene el protocolo de análisis, pues no se contaba con un acta o cadena de custodia y por haber incumplido los plazo establecidos en el artículo 41 de la Ley N°20.000, con lo que se evidencia una vulneración al debido proceso por incumplimiento de deberes legales, tanto del fiscal como del juez de garantía.*

**SEGUNDO:** *Que, en subsidio de la causal ya descrita, la defensa esgrimió la del artículo 374 e), en relación con el artículo 342 c) y artículo 297, todos del Código Procesal Penal.*

*Señala que la causal se materializa en el considerando duodécimo del fallo impugnado, en relación con el razonamiento sexto de la sentencia en que se incorpora prueba documental por parte del ente persecutor.*

*Indica que el tribunal utiliza un razonamiento que no resulta lógico, puesto que no se hace cargo de la falta de concordancia entre la cantidad de droga*

*indicada en la acusación fiscal y la que se consigna en el acta de recepción del Servicio de Salud Arica, evidenciado con claridad la falta de cadena de custodia.*

**TERCERO:** *Que en lo pertinente solicita se acoja la causal principal invocada, anulando el juicio oral y la sentencia, determinando el estado que hubiere de quedar el procedimiento, a fin de que un tribunal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral, fijando día y hora al afecto, declare asimismo que atendida la infracción sustancial de garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile, se excluya la prueba que detalla.*

*En caso de acogerse la causal subsidiaria, solicita que se anule el juicio, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.*

**CUARTO:** *Que para la acreditación de la causal principal, la defensa acompañó a su libelo de nulidad prueba documental referida a copias simples de documentos consistentes en Oficios Reservados, resolución emanada del Juzgado de Garantía de Iquique y copia de acta de recepción del Servicio de Salud Arica, mismas que se encuentran detalladas una a una en el numeral II del primer otrosí del presente recurso, las que fueron debidamente incorporadas mediante su lectura en la audiencia respectiva.*



**QUINTO:** *Que en lo que atañe al primer acápite del recurso de nulidad y que dice relación con la vulneración del debido proceso, por la realización de actuaciones autónomas por parte de la policía marítima, resulta necesario consignar que ella conforme lo dispone el Decreto Ley N°2.222 de 2005, en sus artículos 95 y 96, en el desempeño de sus funciones tiene el carácter de fuerza pública, cuestión que ciertamente implica que cuenta con las mismas atribuciones que se consagran en los distintos cuerpos normativos a las policías, desarrollando sus funciones en lugares en que éstas últimas no actúan.*

*Es por ello que cabe precisar, que DIRECTEMAR tiene por ley asignada dentro de sus atribuciones mantener el orden, seguridad y disciplina en el territorio que le ha sido asignado normativamente, lo que involucra evitar la comisión de posibles delitos dentro del ámbito de sus competencias. Así y como fundamento fáctico del primer apartado de la causal principal invocada y del precepto constitucional que se denuncia como quebrantado, se comprueba que la imputación se sustenta en que la policía marítima habría llevado a cabo una investigación autónoma, sin dirección del fiscal del Ministerio Público, que permitió la obtención de evidencia que se califica de ilícita y que resultó ser determinante en la decisión de condena adoptada.*

*Sobre este particular, la sentencia en su fundamento duodécimo, descarta la vulneración al debido proceso, puesto que si bien existieron en un primer momento actuaciones investigativas realizadas por la Armada de Chile, quienes toman conocimiento por fuentes*

*abiertas de la posibilidad que por vía marítima se ingresara droga al país, esos antecedentes se dan a conocer al Ministerio Público el día 11 de abril de 2011, expidiéndose en ese momento una orden de investigar con instrucciones de efectuar seguimientos, vigilancias y captación de imágenes en la vía pública.*

*De esta manera, los hechos que concluyen con la detención de los sentenciados se gestan en el marco de una investigación dirigida por el Ministerio Público y que comprendió diligencias intrusivas expresamente autorizadas, lo que arrojó como resultado la constatación del arribo de droga desde Perú a nuestro país por vía marítima, por lo cual la policía contaba con atribuciones para efectuar seguimientos y vigilancia.*

*En consecuencia, si bien la Carta Fundamental ha entregado al Ministerio Público la dirección de la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de delitos, es el propio Código Procesal Penal el que otorga a la policía un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas, para cuyo efecto el artículo 83 la faculta para practicar detenciones en casos de flagrancia, recoger y proteger cualquier objeto que pudiere haber servido a la comisión del delito investigado, identificar testigos y consignar sus declaraciones, lo que reafirma la norma del artículo 87 del mismo cuerpo legal. También se le permite a la policía, según el artículo 85, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de*

*que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.*

*Conforme a lo que se ha expresado, el primer acápite del recurso ha de ser desestimado, desde que no se verifica la vulneración al debido proceso denunciada en el recurso en estudio.*

**SEXO:** *Que con respecto a la imputación efectuada por la defensa de los sentenciados y que dice relación con la labor investigativa terrestre llevada a cabo por la Armada de Chile, en particular con seguimientos e interceptaciones telefónicas, como ya ha quedado determinado en el razonamiento precedente, una vez que DIRECTEMAR pone en conocimiento del ente persecutor la posible internación de droga al país por medio de embarcaciones provenientes de Perú, se expide una orden de investigar, en la que se faculta a los funcionarios de la policía para realizar de manera expresa seguimientos y vigilancia de todos aquellos que pudieren tener relación con el hecho indagado.*

*Lo señalado implica que la policía marítima se encontraba diligenciando una orden de investigar dirigida por el fiscal a cargo, lo que ciertamente descarta el reproche que se efectúa en el recurso de nulidad en estudio.*

*En efecto, los seguimiento efectuados por los funcionarios fueron realizados dentro de la órbita de sus facultades, pues su ejecución tenía como finalidad impedir que se internara droga con el propósito de comercializarla en el país.*

*El reproche que efectúa la defensa, respecto de las interceptaciones telefónicas, en dependencias de DIRECTEMAR en la ciudad de Valparaíso y que no es*

*realizada por funcionarios de Arica e Iquique, lo que implicó exceder el marco jurisdiccional autorizado, para determinar la existencia de la denuncia alegada, es necesario recordar a lo señalado en estrados por el representante del Ministerio Público, en orden a que la autorización otorgada por el Juez de Garantía se refirió a la interceptación de un número de teléfono determinado, por lo que es indiferente donde se efectúa el registro de la grabación, por lo que la actuación de la policía no ha vulnerado el debido proceso, ni ha quebrantado garantías fundamentales de los sentenciados, debiendo desestimarse en este apartado el arbitrio.*

**SÉPTIMO:** *Que en lo que atañe a la tercera inobservancia alegada por el recurrente y que dice relación con la infracción al debido proceso por vulnerar el artículo 41 de la Ley N°20.000, al determinarse que la droga es incautada el día 25 de julio de 2012, siendo entregada al Servicio de Salud de Arica con fecha 30 de julio del mismo año, transgrediendo con ello el plazo señalado en el precepto enunciado.*

*Lo alegado por la defensa no ha sido controvertido por el Ministerio Público, encontrándose por tanto determinada la circunstancia fáctica sobre la que se construye el recurso, sin embargo, la inobservancia denunciada trae aparejada una sanción administrativa, y no la ilicitud de la prueba o una vulneración de garantías, máxime si la droga incautada en el procedimiento que termina con la detención de los inculpadados fue ingresada al Servicio de Salud de Arica, lo que excluye la infracción al debido proceso denunciada por la defensa.*

*A consecuencia de lo que se viene analizando, el reclamo que ahora se plantea aparece desprovisto de la trascendencia necesaria para acoger un recurso como el incoado.*

**OCTAVO:** *Que la cuarta inobservancia en relación al debido proceso se sustenta en vulneración al derecho a defensa relativo al conocimiento previo de los antecedentes de la investigación en relación con el derecho a controlar la prueba de cargo, sustentado en la falta de registro de las declaraciones policiales. El agravio se funda en la falta de conocimiento de la prueba que sustenta la investigación, sin embargo para efectos de que se preste acogida al arbitrio su fundamento debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte que reclama. La infracción producida a los intereses del interviniente exige, además, sustancialidad, es decir, trascendencia, mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea en definitiva insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso.*

*En el escenario descrito y de acuerdo a los antecedentes que arroja la causa, no hay duda alguna que no existió la vulneración alegada por la defensa, en primer término porque las declaraciones policiales se encuentran debidamente registradas en la investigación, pues el no señalarse que era por "delegación" del fiscal no constituye un vicio que pueda acarrear la nulidad alegada por la defensa y, además, porque dichos funcionarios concurren al juicio con la finalidad de poner en conocimiento del tribunal de las actuaciones desplegadas en el marco de la orden de investigar que se encuentran diligenciando,*

*lo que implica que sus declaraciones no eran desconocidas para la defensa, por lo que no es posible sostener que existió como se acusa en el recurso, algún quebrantamiento al derecho de controlar la prueba de cargo y preparar la estrategia tendiente a desvirtuar lo consignado en la investigación.*

*Por lo expresado la causal incoada no pudo prosperar.*

**NOVENO:** *Que en relación al motivo subsidiario alegado, contenido en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 letra c) de ese cuerpo legal, esta Corte ha resuelto que la ley exige respecto del examen de fundamentación, que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas. Efectivamente, la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla, no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal. Todo esto supone exponer razones, hacer interpretaciones y tomas de posición sobre las posturas que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y la explicación de la convicción adoptada. Es por ello y sin perjuicio de lo anterior, que cabe señalar que no resultan efectivos los defectos que postula el recurso en cuanto a la valoración de la prueba respecto de la falta de concordancia existente entre la cantidad de droga indicada en la acusación fiscal y la indicada por el Servicio de Salud de Arica, así como la falta de una cadena de custodia de ésta, pues la sentencia atacada cumple con todas las exigencias antes referidas, el tribunal recurrir a la prueba rendida y expone todas*

las reflexiones que condujeron al juez inequívocamente al establecimiento del hecho punible y las sustancia ilícita incautada, motivaciones que se expla-  
yan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por el juez en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Lo razonado para dar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia del juicio, en desmedro de la teoría del caso de la defensa, no se traduce, en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, pues el fallo aporta los motivos y expresa con claridad cómo y por qué arribó a una determinada conclusión.

Como se dijo, el recurrente no logra precisar cuáles serían los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados que habrían sido violentados por el sentenciador, lo único que destaca son ciertas contradicciones que surgirían de un análisis individual de las probanzas; pero esas protestas sobre la apreciación, más propias de un recurso de apelación, carecen de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad intentada.

Es así como en el fundamento quinto se expone la prueba testimonial del ente persecutor, en el sexto se describe la prueba documental del Ministerio Público, en el séptimo se analiza la prueba rendida por la defensa de los imputados y en el noveno, la prueba de cargo, sin que se advierta las supuestas omisiones del fallo que se denuncian.

Que en dicho contexto puede afirmarse que la sentencia cumple lo preceptuado

en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, de modo que no se configura el vicio fundante de la causal de nulidad subsidiaria.

A consecuencia de lo analizado y por no ser efectivas las infracciones denunciadas, el recurso deberá ser íntegramente desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 359, 360, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 31 por las defensas de los condenados Juan Zoilo Malache Rugel y Jorge Anahua Mamani, contra la sentencia de doce de agosto de dos mil trece, cuya copia corre agregada a fs. 71 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le precedió en el proceso RUC N°1100365553-0 y RIT N°155-2013, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°6441-13.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Jorge Baraona G. y Alfredo Prieto B. No firma los Ministros Sres. Juica y Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y con licencia médica, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## ALGUNOS DESARROLLOS DOGMÁTICOS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 411 QUÁTER Y 411 TER DEL CÓDIGO PENAL

Karen Guzmán Valenzuela<sup>1</sup>

### Antecedentes generales

La Ley N°20.507, publicada el 8 de abril de 2011, tipificó los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y estableció normas para su prevención y más efectiva persecución penal. La dictación de esta normativa buscaba adecuar la legislación nacional a los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia, especialmente, respecto del denominado Protocolo de Palermo, y entregar herramientas que permitieran hacer frente de manera efectiva a las organizaciones criminales que consideraban a Chile como un lugar atractivo para establecer su centro de operaciones, teniendo presentes sus ventajas económicas comparativas, el acceso a la tecnología, las facilidades y oferta variada en comunicación y transporte<sup>2</sup>.

Antes de la entrada en vigencia del nuevo texto legal, el artículo 367 bis del C.P. sancionaba la siguiente conducta: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales. Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos: 1. Si la víctima es menor de edad. 2. Si se ejerce violencia o intimidación. 3. Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza. 4. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima. 5. Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima. 6. Si existe habitualidad en la conducta del agente”*.

Este delito denominado por parte de la doctrina como “trata de blancas” requería para su tipificación del cruce de fronteras de las víctimas y sólo tenía

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Moción Parlamentaria, págs. 4 – 13 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

por finalidad la prostitución. A la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, esta norma era absolutamente insuficiente para cumplir con las obligaciones contraídas por el estado chileno, por lo que la Ley N°20.507, después de una larga tramitación en el Congreso, pretendió colmar las insuficiencias y vacíos de la legislación nacional sobre el particular.

En lo que interesa a las temáticas de competencia de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, la Ley N°20.507 introdujo dos tipos penales relevantes, a saber, los descritos en el art. 411 ter y en el artículo 411 quáter del C.P. Sobre ellos versará el análisis dogmático y jurisprudencial que se presenta en las próximas líneas. Sin embargo, antes de efectuar dicho análisis y como una forma de entregar un marco conceptual general para facilitar la interpretación y la aplicación de los mismos se hará una breve descripción de la trata de personas, en tanto fenómeno, y del contexto normativo internacional que sirvió de base para su configuración.

### **Descripción del fenómeno de la trata de personas**

La trata de personas es un fenómeno que se presenta a nivel mundial y que se ha intensificado en las últimas décadas por diversos factores, tales como los procesos de globalización económica, las diferencias en la distribución de la riqueza entre las naciones y la revolución de las comunicaciones, lo que ha incidido en el incremento de los procesos migratorios en distintos países<sup>3</sup>.

Respecto de las víctimas de trata de personas, y teniendo en cuenta que las cifras son más bien referenciales dada la clandestinidad en la que se produce este delito y la renuencia de las víctimas a denunciar, se estima que durante el período 2007-2010, entre un 55% y un 60% de ellas correspondía a mujeres y, entre un 15% y un 20% de éstas, eran niñas.

Por otra parte, y durante el mismo período, las dos terceras partes de los tratantes eran hombres, aunque en este delito se observaba una mayor participación de mujeres. Si bien la trata con fines laborales ha ido en aumento, hay zonas del mundo como Europa, América y Asia Central en las que la trata con fines de explotación sexual prevalece<sup>4</sup>.

3 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. "Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico penal". En: *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1/2012, Barcelona [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

4 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Report on trafficking in persons*, Nueva York, 2012 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking\\_in\\_Persons\\_2012\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf) [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].



En términos generales, y sin pretender hacer una descripción exhaustiva, la trata de personas comienza con la captación de la víctima. Esta etapa corresponde, generalmente, al reclutamiento de ésta a través de una oferta de trabajo en el país de destino, que suele ser bastante interesante o tentadora para ella. Esta captación puede darse a través del boca a boca, esto es, por datos de un conocido, vecino o familiar que ha viajado ya al país de destino o que dice conocer a personas que han desarrollado proyectos migratorios exitosos en dicho lugar. En otros casos, la oferta se publicita en diarios, en sitios web o a través de agencias de empleo. La víctima suele ser engañada en relación a la oferta que se le presenta, al tipo de trabajo o actividad que va a realizar, la remuneración, o las condiciones reales de desarrollo de la respectiva labor<sup>5</sup>.

En muchas ocasiones la persona captada carece de los medios económicos para pagar sus pasajes, por lo que éstos son cancelados por el tratante, generando una deuda; en otras ocasiones, se endeuda o firma documentos para hipotecar sus bienes y con este dinero comprar los pasajes. En definitiva, la víctima contrae una deuda cuando viaja a otro lugar, con la esperanza de recuperar lo invertido.

Otras formas de captación son el secuestro o la generación por parte del tratante de una relación sentimental con la víctima, para luego seguir con las fases de traslado y de explotación.

Como la víctima va a trabajar al país de destino, sin contar normalmente con la documentación y las autorizaciones para ello, suele recibir instrucciones para el viaje acerca de cómo vestirse, comportarse y qué decir a la policía en el control fronterizo. Suele ocurrir que el propio tratante le entrega dinero para acreditar que tiene una bolsa de viaje como turista, reservas de hotel, cartas de presentación o contratos laborales falsos; todo lo cual debe ser costeadado por la víctima, incrementando así su deuda con el tratante.

Cuando la víctima llega al país de destino, muchas veces se le retiran sus documentos de identificación y pasaportes y comienzan las limitaciones al desplazamiento, lo que puede traducirse en encierro, vigilancia o en la administración de drogas o fármacos para asegurar el sometimiento de la persona tratada.

En el país de destino, la víctima ya sabe que ha sido engañada, que tiene una deuda con el tratante que debe pagar y comienza a ser explotada. En este contexto, el tratante desarrolla una serie de estrategias para mantenerla controlada. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha identificado

---

5 RIVERO, Mónica Beatriz. Segundo panel: Diagnóstico de la trata de personas y tráfico de migrantes en Chile y la Región. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, p. 60.

los siguientes métodos comunes de control de las víctimas: “*Restricción del movimiento: confiscar pasaportes, visas o documentos de identificación; acompañar constantemente a la víctima, insistir en hablar con ella o traducirle todas las conversaciones; aislar a la víctima no diciéndole la dirección o el lugar donde se encuentra; exigir que la víctima viva y trabaje en el mismo lugar. Condiciones de vida perjudiciales: Restringir el acceso a alimentos e indumentaria apropiada; prohibir el acceso a atención médica adecuada y no dar tiempo libre ni suficiente para dormir. Condiciones de trabajo perjudiciales: A cambio de la oportunidad de trabajar, cobrar una cuota elevada difícil o imposible de pagar; exigir horarios de trabajo extraordinariamente prolongados, con pocos o ningún descanso; limitar el número de días libres y pagar poco o nada, o de manera irregular*”<sup>6</sup>.

En el caso de la trata con fines de explotación sexual, es común el intercambio de mujeres entre locales del mismo dueño para renovarlas, evitar que éstas construyan lazos entre sí y los “clientes” y, desorientarlas geográficamente. Suelen producirse también traslados colectivos. Por otra parte, es frecuente observar un sistema de multas que se les aplica por una serie de comportamientos considerados como inadecuados por los tratantes, tales como: llegar tarde a “trabajar”, no vestirse adecuadamente, retrasarse en el servicio a un “cliente”, etc. Estas multas incrementan también la deuda que tiene la víctima con el tratante.

En este contexto de explotación, la víctima que tiene una deuda que pagar, no recibe todo lo que gana o se le retiene, total o parcialmente, el dinero que percibe para pagar su deuda. A la existencia y aumento de la deuda, se agrega su situación migratoria irregular, el temor a ser deportada, el desconocimiento del idioma, legislación, cultura e institucionalidad del país de destino; todo lo cual genera un contexto propicio para la explotación.

Como se deduce fácilmente, las diversas etapas por las que atraviesa la trata de personas hacen que normalmente exista más de un tratante, de ahí que se suela hablar en estos casos de organizaciones o grupos criminales que desarrollan esta actividad ilícita, pudiendo darse la figura de redes de carácter familiar, en las que la captación la realiza un pariente, amigo o conocido de la víctima y que presentan generalmente una organización más flexible o redes más sofisticadas, con mayor número de miembros y una importante distribución de roles y tareas.

Sobre las organizaciones que operan en la trata de personas, y siguiendo a la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, Villacampa destaca las siguientes características de la delincuencia organizada: desarrollo de actividades que implican una maximización del beneficio al menor costo

6 DEPARTAMENTO DE ESTADO DE USA, Trafficking in Persons Report (TIP), 2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/195803.pdf> [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2013].

posible –con la consiguiente diversificación de las actividades ilícitas de la organización– y más que redes organizadas con estructuras muy jerarquizadas, tipo mafia, se observan organizaciones con estructura de red, esto es, pequeños grupos interconectados<sup>7</sup>.

También se ha detectado la concurrencia de un solo tratante, como sucede en los casos de trata con fines de servicio doméstico, cuando el tratante establece una relación sentimental previa con la víctima o cuando una víctima pasa a ser reclutadora, una vez saldada su deuda y sin que pertenezca a una organización criminal<sup>8</sup>.

## Contexto normativo internacional

Hay un importante cúmulo de instrumentos internacionales que, desde principios del siglo XX, se han referido a la trata de personas y que muestran la evolución que ha experimentado su tratamiento a lo largo de los años<sup>9</sup>. Respecto de la trata de personas con fines de explotación sexual, en la que las víctimas son mayoritariamente mujeres, especial mención merece la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo artículo 6 se establece que los Estados partes se comprometen a tomar las medidas apropiadas para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

No obstante, en la actualidad, el instrumento fundamental sobre esta temática es el denominado Protocolo de Palermo.

Como ya se indicara, una de las razones fundamentales que tuvo a la vista el legislador para dictar la Ley N°20.507, fue precisamente la adecuación de la legislación interna a una serie de instrumentos internacionales suscritos en la materia. Estos convenios eran principalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Complementarios contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Todos ellos conforman el contexto norma-

7 VILLACAMPA, ob. cit, págs. 19 y sgtes. [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

8 VILLACAMPA, ob. cit, págs. 19 y sgtes. [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

9 Para revisar la evolución histórica de los instrumentos internacionales en la materia, consultar: CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile. En: VAN WEEZEL, Alex (edit.). *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury*. 1ª ed., Santiago, Chile, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013, págs. 900 y sgtes. y SOTO DONOSO, Francisco. *La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la ley N°20.507*. Tesis para optar al grado de magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, págs. 11 y sgtes.

tivo internacional que sirve de marco interpretativo a la legislación chilena, en tanto fuente normativa inspiradora tenida a la vista al momento de su dictación.

En el Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se define la trata de personas, en los siguientes términos:

*“Artículo 3, Definiciones. Para los fines del presente Protocolo: a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquier de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”<sup>10</sup>.*

A partir de la anterior definición, se suele indicar que en la trata de personas se requiere que concurren tres elementos para su configuración, a saber: actividad, medios y fines. La actividad se refiere a las conductas punibles, esto es, a captar, trasladar, acoger o recibir personas. Los medios son los mecanismos que utiliza el agente para realizar las conductas que llevan a los fines y que corresponden a los medios comisivos: violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad. Y los fines, dicen relación con la finalidad que se persigue con la actividad, esto es, la explotación sexual, laboral o de otra índole<sup>11</sup>. Estos mismos elementos se contemplan en la normativa introducida por la Ley N°20.507.

10 Para un análisis detallado del art. 3 del Protocolo de Palermo, consultar: SOTO DONOSO, Francisco. “Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, Santiago, Chile, 2009, págs. 170-184.

11 Así se consigna en: CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 46 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&cnro\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&cnro_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

## **Análisis dogmático y jurisprudencial de los tipos penales regulados en los artículos 411 quáter y 411 ter del C.P.**

En este apartado, se realizará un análisis de los delitos tipificados en la Ley N°20.507, específicamente, los ilícitos regulados en los artículos 411 quáter y 411 ter del Código Penal. En relación con este último, es importante considerar también la doctrina y la jurisprudencia existentes respecto del delito sancionado en el inciso primero del antiguo art. 367 bis del C.P., por tratarse de normas prácticamente idénticas, existiendo continuidad del tipo penal, como ya lo ha señalado la jurisprudencia.

### **Delito tipificado en el artículo 411 quáter del Código Penal**

La Ley N°20.507 introdujo el artículo 411 quáter en el párrafo 5 bis, en el título VIII del libro II del C.P., que regula el delito de trata de personas en los siguientes términos:

*“El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriera violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

*El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.*

Como puede apreciarse, tanto la norma transcrita como la sancionada en el artículo 3 del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, presentan un contenido similar, de ahí que el Protocolo sea una fuente a considerar al interpretar el tipo penal de trata de personas.

A continuación, se desarrollará el análisis dogmático y jurisprudencial de este delito, partiendo por una reflexión acerca del bien jurídico afectado.

## a) Bien jurídico protegido

En la doctrina se discute acerca del bien jurídico protegido en el delito de trata de personas. Para algunos autores es la dignidad humana<sup>12</sup>, por cuanto “la protección penal de la dignidad no se agotaría en la protección de la vida, la integridad física, la integridad moral, la libertad, el honor, la intimidad y otros derechos esenciales de la persona, pues siempre quedaría un “remanente”, lo específicamente humano, que podría ser menoscabado con independencia de que se atente o no contra la vida, la libertad, la intimidad, el honor, etc.... Dicho “remanente” o “residuo”, ese “algo” singular y distinto, que paradójicamente constituiría la esencia misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona”<sup>13</sup>.

Sin embargo, diversos autores se oponen a considerar la dignidad como un bien jurídico distinto y autónomo de otros intereses protegidos por el Derecho Penal, pues ella subyace y se encuentra contenida con mayor o menor fuerza en todos los bienes jurídicos tutelados por éste<sup>14</sup>.

Para otra parte de la doctrina, el bien jurídico afectado en el delito de trata de personas es la libertad, en un sentido amplio. Así lo sostiene Carnevali quien señala que: “los objetos de protección [son] la libertad, la seguridad personal y la salud – regulados como delitos de peligro concreto”<sup>15</sup>. En Argentina, Colombo y

12 Así lo sostiene respecto del tipo penal español: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis C.P. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. En: *AFDUDC*, N°14, 2010, p. 845; ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N°17, Bogotá, Colombia, 2006, págs. 171-210; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), p. 100 y sgtes [en línea]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865%E2%80%8E> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013] y ABOSO, Gustavo Eduardo. *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. Buenos Aires, Argentina, Euros Editores S.R.L., 2013, págs. 55 y sgtes.

13 ALONSO, ob. cit., p. 176.

14 En este sentido: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 82; CARNEVALI, ob. cit., págs. 913- 914 y MALDONADO FUENTES, Francisco. Cuarto panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, p. 103.

15 CARNEVALI, ob. cit., p. 914.

Mángano plantean que lo que se busca proteger es la libertad de autodeterminación de la persona, entendida como la libertad de elegir un plan de vida<sup>16 17</sup>.

Los tribunales chilenos ya se han pronunciado sobre esta discusión y han sostenido que el delito de trata de personas es pluriofensivo<sup>18</sup>.

#### REITERACIÓN DE DELITOS

Más allá de la discusión por el bien jurídico específico protegido en el delito de trata de personas, lo que no se discute es que la comisión de este delito menoscaba bienes jurídicos personalísimos. En consecuencia, por cada víc-

- 
- 16 COLOMBO, Marcelo. La trata de personas con fines de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad. En: KOHEN, Beatriz (comp.) y ARUZA NAVARRETE, Sonia (colab.). *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*. Ad -Hoc Srl. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 32 y COLOMBO, Marcelo Luis y MÁNGANO, María Alejandra. “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”. En: *Revista del Ministerio Público*, N°11, Año 7, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 4 [en línea]. Disponible en: [http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento\\_victima\\_trata.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- 17 ONTIVEROS, Miguel. Tercer panel: Políticas Públicas. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, p. 86, quien indica que el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas es el libre desarrollo de la personalidad por cuanto el tratante impide que la víctima sea la persona que es sin injerencias externas.
- 18 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo: “*Este tipo penal parte de una modificación legal que pretende armonizar el derecho chileno con la normativa internacional sobre trata y tráfico de personas, suscrita por Chile, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, en donde se pretende reprimir la existencia de organizaciones criminales y a la afectación grave de bienes jurídicos vinculados a la dignidad humana, lo que transforma a este delito en pluriofensivo, por la multiplicidad de bienes jurídicos que protege, entre otros la vida e integridad, libertad y seguridad personal y libertad sexual y de trabajo*”; Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando décimo tercero, voto de mayoría, con recurso de nulidad pendiente en la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago: “*Se trata de un delito pluriofensivo, en que se afecta gravemente una multiplicidad de bienes jurídicos vinculados a la dignidad humana tales como, la vida, la libertad, la seguridad personal y la libertad sexual y de trabajo. En el caso específico que nos ocupa, se apunta directamente a afectar la libertad sexual*” y el Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, a propósito de un caso de trata de personas con fines de trabajos o servicios forzados señala, en su considerando octavo, que las conductas atribuidas a los acusados afectan la multiplicidad de bienes jurídicos amparados por el tipo de trata de personas, específicamente, la libertad personal de las víctimas, su integridad física y psíquica y la libertad de trabajo, en el sentido de su protección y libre elección. Por otro lado, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 17 de mayo de 2011, ROJ 378/2001 sostiene que se protege la dignidad y la libertad, aunque respecto del delito contemplado en la legislación española anterior al delito incorporado a través del art. 177 bis.



tima afectada, se configurará un delito de trata de personas<sup>19</sup>, como ya lo han resuelto los Tribunales de Justicia<sup>20</sup>.

## b) Sujeto activo

El delito de trata de personas del artículo 411 quáter del C.P. puede ser cometido por cualquier persona.

- 19 CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas, p. 24 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].
- 20 Sobre el particular, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia pronunciada el 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando décimo noveno, indicó: *“DÉCIMO NOVENO: Determinación de Pena. Que en cuanto a la petición de delito continuado respecto de los hechos tres y cuatro, cabe señalar que el autor Eugenio Zaffaroni señala que “habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitera similarmente la ejecución de la conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una injerencia en la persona de éste”(ZAFFARONI, EUGENIO. “Derecho Penal. Parte General”. Ediar. Buenos Aires Argentina. 2002.)...Que a juicio de este Tribunal no puede desatenderse que los bienes jurídicos que se han vulnerado, entre ellos, la indemnidad sexual, en que en cada una de las acciones ejecutadas por los acusados agotaron la realización de la conducta típica, con un dolo idéntico, no existiendo en la mente de los agentes el ir aumentando la afectación del bien jurídico, como sí puede apreciarse por ejemplo, en un delito de tipo patrimonial. No puede arribarse a idéntica conclusión con la indemnidad sexual, pues en cada una de las conductas efectuadas, el agente deseaba agotar su propia intención, no pretendía ir aumentando cada día el daño emocional que le causaba a la víctima. Por ello es del parecer de estos jueces, que atendiendo a la clásica interpretación doctrinaria del delito continuado, y además, por el origen que esta figura jurídica tiene, que fue morigerar la aplicación de una ley que preveía la horca en el Derecho Italiano para quien incurriera en tres o más hurtos (POLITOFF L., SERGIO; MATUS A., JEAN PIERRE Y RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA. “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, año 2003. pág. 452), lo que lo sitúa en el ámbito de los delitos contra la propiedad, éste no es procedente cuando lo que se ha afectado entre otras, la indemnidad sexual de una persona, que siendo un derecho personalísimo, requiere la máxima protección legal y jurisprudencial, por lo que se rechaza lo solicitado por la defensa de Manzueta”. La Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, en resolución de fecha 7 de noviembre de 2012, Rol N°2.624-2012, considerando tercero, rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la defensa y en lo relativo a este punto señaló: *“Que, por último, en el considerando décimo noveno, en cuanto no consideraron como continuado el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, consignan las razones doctrinarias y fácticas para rechazar la pretensión de la defensa de la condenada Alba de las Mercedes Arancibia Rojas...En todo caso no está demás consignar que la tesis del delito continuado es una construcción doctrinaria no contemplada en nuestro derecho positivo, motivo por el que al no acoger la sentencia impugnada tal tesis, no incurrió en forma alguna en una errónea aplicación del derecho y menos aún pudo tal calificación influir sustancialmente en lo dispositivo de ella”*. En el mismo sentido, Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando vigésimo y Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, considerando sexto.*



Sin perjuicio de lo anterior, el legislador chileno quiso asegurarse que todos aquellos que participaban en la comisión de este delito fueran sancionados, de ahí que la incorporación del inciso final del art. 411 quáter del C.P. pone de manifiesto que la sanción de quien promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas de captar, trasladar, recibir o acoger personas no tenga otro sentido que evitar que sujetos que no ejecutan los verbos rectores propiamente tales, esto es, que no realizan acciones directas o materiales sobre las víctimas, tal como podría suceder con el financista, queden impunes<sup>21</sup>.

### c) Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo en este delito puede ser cualquier persona.

Respecto de la víctima menor de 18 años, y tal como se establece también en el artículo 3, letra c) del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, no se requiere que concurran medios comisivos, pues se presume la vulnerabilidad de la víctima por el solo hecho de ser menor de edad.

### d) Conducta punible: captar, trasladar, acoger, recibir

El delito de trata de personas es de aquéllos denominados por la doctrina como de hipótesis múltiple, esto es, para satisfacer el tipo penal basta con la realización de cualquiera de los verbos rectores<sup>22</sup>.

El Diccionario de la Real Academia Española define estos verbos del siguiente modo: Captar, atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de una persona; trasladar, llevar a alguien o a algo de un lugar a otro; acoger, admitir en su casa o compañía a alguien, servir de refugio o albergue a alguien; recibir, admitir a una persona en su compañía o comunidad<sup>23</sup>.

Si se revisa el artículo 411 quáter, se advierte que este tipo penal no distingue si las conductas punibles deben realizarse dentro del territorio nacional o con cruce de las fronteras del país; de ahí que se pueda concluir que esta norma también sanciona la trata interna, es decir, aquellos casos en los que la víctima

- 
- 21 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, págs. 210 y sgtes. [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- 22 CÁRDENAS, ob. cit., p. 15 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013]. Así lo recoge también, el Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, considerando sexto.
- 23 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

no sale del territorio nacional. Así se deduce, también, de la Historia de la Ley N°20.507<sup>24</sup> ya que una de las grandes críticas a la figura contemplada en el art. 367 bis del C.P. era precisamente que ésta no sancionaba la trata interna, a diferencia de lo que sucedía con el Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños<sup>25</sup>.

En este contexto, resulta atingente preguntarse en qué casos podría configurarse este delito cuando la víctima es captada, trasladada, recibida o acogida al interior del territorio nacional, tomando en cuenta que el traslado puede ser de un extremo a otro del país o de una comuna a otra dentro de una misma región. En la Historia de la Ley N°20.507, se dejó constancia que en la trata es determinante que la víctima sea llevada a una comunidad distinta de aquella que habitaba, esto es, que la víctima sea desarraigada<sup>26</sup>.

El concepto de “desarraigo” ha sido desarrollado en diversos documentos internacionales. Así, por ejemplo, la Organización Internacional para las Migraciones señala que las actividades que realiza el tratante, como el traslado, implican el desarraigo de la víctima, entendido éste como el alejamiento de ésta de sus redes protectoras, con el fin de dejarla en una condición de vulnerabilidad<sup>27</sup>.

En el Manual sobre la Investigación del delito de trata de personas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito<sup>28</sup> –documento citado en algunos fallos para definir ciertos términos del tipo penal del art. 411 quáter del C.P.–, se señala en relación con el desarraigo que: “*la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita y/o se cortan los vínculos*”

24 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 52, 53, 65 y 100 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

25 Recogiendo esta postura también: CARNEVALI, ob. cit., págs. 917 y 918, por las razones que allí indica.

26 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 161 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

27 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES [en línea]. Disponible en: <http://www.oim.org.co/conceptos-trata.html> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

28 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual sobre la Investigación del delito de trata de personas, Guía de Autoaprendizaje, 2009, p. 11 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf) [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

*afectivos que tiene con ellos, mediante el uso de la fuerza, la coacción o el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar las condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo forma parte de la fase de captación de la trata pero se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, casi en todos los casos, de sus documentos de identidad y viaje y otras pertenencias que la ligan con su identidad y lazos familiares y afectivos. Lo usual es que se vea privada de su libertad desde ese momento pero en algunos casos se le permite comunicación con sus familiares o personas cercanas, incluso una visita ocasional pero bajo control total sobre lo que dice o hace de manera que no tenga oportunidad de comentar lo que le está pasando. Lo cierto es que los mecanismos de dominación mantienen el vínculo entre víctima y victimario. El desarraigo siempre se mantiene en situaciones de trata, incluso la víctima lo acepta como una medida de protección a sus mismos familiares y otras personas cercanas*<sup>29</sup>.

La discusión acerca de la sanción de la trata interna ya se ha producido en los tribunales chilenos, pues el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago calificó como delito del art. 411 quáter una situación en la que una ciudadana dominicana fue captada por la líder de la organización mientras hacía trámites en el Departamento de Extranjería de Santiago de Chile; oportunidad en la que la acusada le ofreció ayuda. Cuando la víctima quedó sin trabajo, recurrió a la imputada, quien engañándola y aprovechando su situación de vulnerabilidad, la trasladó a San Antonio donde fue explotada sexualmente<sup>30</sup>. En este caso, todas las conductas se produjeron cuando la víctima ya se encontraba en Chile, por lo que claramente el tribunal oral sancionó la trata interna.

Si bien el desarraigo no es un elemento típico del delito establecido en el art. 411 quáter<sup>31</sup>, corresponde a un concepto claramente ligado a la fase de traslado de la víctima que tiene por finalidad generar una situación de vulnerabilidad de ésta a fin de generar un contexto propicio para su explotación.

#### e) Medios comisivos

El artículo 3, letra b) del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños indica que: *“El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá*

29 Definición recogida en el fallo del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando duodécimo.

30 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012.

31 Así lo destaca: CÁRDENAS, ob. cit., p. 16 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

Si bien la legislación chilena no contempla una norma semejante, parece claro que en los casos en que la víctima consiente en la explotación, lo ha hecho con una voluntad inexistente –cuando concurre fuerza o intimidación– o, viciada, cuando hay engaño o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad<sup>32</sup>.

Para seguir cierto orden al analizar los medios comisivos, se utilizará la clasificación que usa Villacampa<sup>33</sup> de los mismos, de acuerdo con el delito de trata de personas regulado en el artículo 177 bis del C.P. español, también tributario del artículo 3 del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

#### TRATA FORZADA

En este caso, los medios comisivos utilizados corresponden a la violencia, la intimidación y la coacción. En la tradición jurídica nacional, la primera se define como la fuerza física ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad y la segunda como la violencia moral o amenaza de un mal grave dirigido contra la víctima o un tercero vinculado afectivamente con ella (familiares)<sup>34</sup>. La coacción se conceptualiza como la fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo<sup>35</sup>.

En la trata forzada, no hay consentimiento de la víctima. Hasta el momento, no existe desarrollo jurisprudencial nacional sobre estos medios comisivos.

32 CÁRDENAS, ob. cit., p. 9. [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

33 VILLACAMPA, ob. cit., págs. 844 y sgtes. Se hace la salvedad que la norma española no contempla como medios comisivos la coacción, el abuso de poder, ni la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, pero se estima que igualmente pueden ser asignados a las categorías propuestas. Respecto al abuso de poder y la concesión de pagos, son comprendidos en la trata abusiva en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES ROSELL, Núria. “Mujeres víctima de trata en prisión en España”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°8, 2012, p. 418 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5120&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

34 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, págs. 244 y 245.

35 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

## TRATA FRAUDULENTA

Es uno de los medios comisivos que se presenta con mayor frecuencia. El engaño es definido por la Real Academia de la Lengua Española como dar a la mentira apariencia de verdad o inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas<sup>36</sup>.

Este medio comisivo ya ha sido analizado por los tribunales, teniéndolo por configurado en situaciones como las que se describen a continuación: *“En cuanto al engaño están los dichos de la propia víctima de iniciales Y.E.O., quien refirió que le dijeron que iba a trabajar como garzona sirviendo tragos o en turismo, versión que en el caso particular iba cumplir la finalidad de crearle una falsa expectativa de los hechos, por cuanto el ofrecimiento de trabajo efectuado para captarla fue realizado por una persona de confianza para ella, a saber, la tía de su ex pareja, hecho no menor, al decir de las sicólogas Muñoz y Camplá, puesto que representa un factor que no le daba motivos para cuestionar lo que le decían...”* y *“En cuanto al engaño están los dichos de la propia víctima al indicar que iba a trabajar como garzona, sirviendo tragos, versión que en el caso particular iba cumplir la finalidad de crearle una falsa expectativa de los hechos, pues al ser evaluada por la sicóloga Navarro señaló que se trata de una persona con un funcionamiento psicológico, en general, por debajo de lo esperado, particularmente en el área cognitiva y la evaluada presenta un tipo de pensamiento muy concreto, con dificultad de comprensión y una descendida capacidad de reflexión y análisis, por lo que cabe estimar que el engaño en la misma era fácil de construir, el que cobra relevancia al momento de la reclutación, es decir, cuando es captada por el tratante, en este caso Gregoria Manzueta, se aprovecha que la víctima requiere trabajo y le ofrece lo que necesita para que enganche con ella”*<sup>37</sup>.

Por otra parte y estimando que no se acreditó la concurrencia del engaño, aunque respecto de la figura descrita en el art. 367 bis, inciso segundo, numeral tres del C.P., el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, razonó del siguiente modo: *“Ahora, en lo que concierne a la circunstancia N°3 del inciso 2° del derogado artículo 367 bis, que requiere que el agente actúe mediante engaño, para su concurrencia como calificante (o agravante) de la conducta base típica se requiere que éste tenga una cierta entidad o un umbral mínimo para su procedencia lo que en la especie no se acreditó. Efectivamente, si bien ambas víctimas ingresaron al país*

36 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

37 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo y décimo tercero, respectivamente. En sentido similar, Juzgado de Garantía de Molina, 27 de agosto de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, considerando sexto, y Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando décimo tercero, voto de mayoría, con recurso de nulidad pendiente de resolución en la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.

*creyendo que venían a ejercer labores de asesoras del hogar, lo cierto es que no existen antecedentes de que el imputado Figueroa hubiera facilitado el ingreso mediante engaño, ninguna prueba hay al respecto. En lo que respecta a la imputada Mora, si bien ésta inicialmente les señaló a las víctimas que trabajarían como empleadas domésticas, aquellas afirmaciones no reúnen la entidad suficiente para ser consideradas como un actuar engañoso, en los términos exigidos por este precepto, dado que cuando las afectadas llegan al departamento de Helvecia, antes de que comenzaran a prostituirse, ellas claramente pudieron representarse que la supuesta labor de asesoras domésticas que iban a realizar no era tal, principalmente por el hecho que F. cuando llega se percata que en el departamento había ropa de mujeres y preservativos, que en la cocina había una imagen de una chica llena de joyas y sangre y al hecho que en sala había una cama, F. incluso reconoce que esto le pareció raro, cuestiones que ella apreció antes de que se les solicitara que comenzaran a sacarse fotos para subirlas a sitios de internet de comercio sexual. Lo anterior permite colegir que ellas pudieron representarse al menos desde que estuvieron en el departamento de Helvecia que la labor que tendrían que realizar no era de empleadas sino que estaba dirigida a otro propósito, por lo que claramente no existió un engaño con la entidad suficiente. En el mismo sentido de lo ya razonado, se ha señalado por la doctrina, a propósito del derogado delito de trata de blancas (artículo 367 bis en comento) que para aplicar la agravación, el engaño debe ir “más allá de una simple verbalización de una afirmación mendaz, pues la realidad criminológica indica que éstas son las vías mediante las cuales se comete este delito, no siendo habitual que al momento de trasladar a las personas de su país de origen éstas se encuentren plenamente advertidas de los propósitos reales del autor” (POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 215)<sup>38 39</sup>.*

Al analizar la argumentación desarrollada por los tribunales acerca de este medio comisivo, resulta evidente que para configurar el engaño hay que tener presente las condiciones personales de comprensión, formación cultural y nivel de experiencia de cada víctima.

#### TRATA ABUSIVA

El abuso de poder, el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima y la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra corresponden a los medios comisivos más difíciles de delimitar,

38 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno.

39 Bajo un modus operandi similar –esto es, con proposiciones falsas de ofertas de trabajo–, se tuvo por configurado el engaño bajo la figura del art. 367 bis, inciso segundo, numeral tres del C.P. por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 10 de octubre de 2006, RUC N°0500018167-8, RIT N°161-2006, considerando décimo.

puesto que en el ordenamiento jurídico chileno no hay antecedentes previos acerca de los mismos, salvo, quizá, respecto del desamparo económico que se contemplaba en la antigua norma del artículo 367 bis, inciso segundo del C.P. y que se encuentra comprendido en el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

Abuso de poder: Cárdenas da un sentido amplio a dicha expresión, integrando no sólo los casos constituidos por el desempeño de un determinado cargo público sino que por posiciones de poder que dan la ostentación de cargos que no son públicos, poniendo el foco de la atención en quien ejerce abusivamente el poder y no en una especial condición de vulnerabilidad de la víctima para distinguirlo de este último medio comisivo<sup>40</sup>.

Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad: Este medio comisivo es el que junto al engaño ha tenido mayor aplicación. Se trata de una expresión que no tiene antecedentes previos en la legislación chilena, de ahí que se ha recurrido a diversos instrumentos internacionales para delimitarlo. En la Historia de la Ley N°20.507 se dejó constancia que este medio comisivo se debía analizar en cada caso<sup>41</sup>.

En los Trabajos Preparatorios del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se consignó que hacía referencia a toda situación en la que la víctima no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata<sup>42</sup>.

En la nota orientativa de la UNODC sobre el particular, se indica que para evaluar la existencia de vulnerabilidad hay que hacerlo caso a caso, considerando la situación personal, geográfica y circunstancial de la presunta víctima. La vulnerabilidad originada en la situación personal puede estar relacionada con una discapacidad física o psíquica, la geográfica puede deberse a que la persona se encuentra en una situación irregular en un país extranjero y esté social o lingüísticamente aislada y, finalmente, la vulnerabilidad circunstancial puede relacionarse con el desempleo o el deterioro económico. Esta vul-

40 CÁRDENAS, ob. cit., págs. 12 y 13 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

41 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 211 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&no\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&no_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

42 NACIONES UNIDAS. Trabajos Preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, C. Notas Interpretativas, letra c) p. 366 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf) [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].



nerabilidad puede ser preexistente, como puede suceder con la pobreza, la discapacidad psíquica o física, la juventud o la avanzada edad, el género, un embarazo, la cultura, el idioma, las creencias, la situación familiar o la condición de irregularidad. Pero también puede haber sido creada por el tratante, como sucede cuando se genera un aislamiento social, cultural o lingüístico en la víctima, una situación irregular o una dependencia provocada mediante una drogadicción, un vínculo romántico o emocional, o recurriendo incluso a rituales o prácticas culturales o religiosas<sup>43 44</sup>.

En términos de la UNODC, el abuso de una situación de vulnerabilidad se presenta cuando: *“la vulnerabilidad personal, geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionadamente o se aprovecha de otro modo para captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a esa persona con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de su situación. Al determinar si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales”<sup>45</sup>*.

Los Tribunales de Justicia también han tenido oportunidad de pronunciarse sobre este medio comisivo y lo han hecho del siguiente modo: *“...Además, que tratándose de una migrante, que abandona a su familia de origen, llega a un país lejos de su tierra, ciudad, familia y recursos sociales lo que hace que se encuentre en estado vulnerabilidad, y sea una víctima ideal para organizaciones ilícitas que buscan aprovecharse de su desprotección para solucionar su situación, siendo manejada por aquéllas, sin oposición por la indefensión que se encuentra una persona en esas condiciones. Todos estos elementos permiten configurar un perfil de vulnerabilidad de la evaluada respecto del delito que se investiga. Lo cual significó que Y.E.O. debió ejercer la prostitución, por el estado de necesidad económica en que se encontraba”* y, *“...En cuanto a la situación de vulnerabilidad, se encuentra establecida, en especial con lo indicado por la perito Navarro al señalar que “a nivel personal destaca, en primer lugar, variables de personalidad relacionadas a lo ya descrito que tienen que*

43 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 2 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC\\_2012\\_Guidance\\_Note\\_-\\_Abuse\\_of\\_a\\_Position\\_of\\_Vulnerability\\_S-1.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf) [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

44 En un sentido muy similar: las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, págs. 5-9 [en línea]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americas/ReglasdeBrasilia-2008.pdf> [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2013].

45 NACIONES UNIDAS, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 2 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC\\_2012\\_Guidance\\_Note\\_-\\_Abuse\\_of\\_a\\_Position\\_of\\_Vulnerability\\_S-1.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf) [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].



*ver con su baja asertividad y tendencia a la sumisión y a la pasividad en relación con los otros, también se incluye el déficit cognitivo importante que ella presenta, así como el antecedente de baja escolarización. A nivel social, se consideran los elementos de pobreza y de falta de oportunidades en general en su situación de origen y que se expresan en el momento actual, una vez que llega a Chile como una necesidad imperiosa de resolver una situación económica, necesidad de trabajo concretamente, con la finalidad de mantener y sostener a su familia, particularmente sus cuatro hijos. A esto se suma, la ausencia de redes sociales de apoyo en Chile, particularmente de redes de contención, así como el desconocimiento de las costumbres, la cultura y la normativa chilena, en especial en cuanto a sus derechos como inmigrante. Todos estos elementos permiten configurar un perfil de vulnerabilidad de la evaluada respecto del delito que se investiga.” Todo lo cual significó que M.P.F. no pudo resistirse, como ella misma dijo, a ejercer la prostitución, por el estado de necesidad económica en que se encontraba y que fue graficado por la perito indicada, todo lo que genera un desamparo de la víctima al encontrarse en un país desconocido. Además, que tratándose M.P.F. de una migrante, que abandonó a su familia de origen, llegando a un país lejano, produciéndose un desarraigo familiar y social, que la hace encontrarse en un estado de vulnerabilidad, situación que Manzueta y Arancibia utilizaron y se aprovecharon. Y en cuanto a Fuenzalida la forma de comisión utilizada dice relación con el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima de iniciales M.P.F., lo que se vio reflejado en la circunstancia de permitir el encierro por parte de la persona que estaba a cargo del lugar<sup>46 47</sup>.*

No basta con acreditar la existencia de una situación de vulnerabilidad, se requiere además que el tratante se aproveche de dicho contexto con la finalidad de explotar a la víctima; así lo han resuelto también los Tribunales de Justicia<sup>48 49</sup>.

46 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo y décimo tercero, respectivamente.

47 No tuvo por probado el medio comisivo, Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo, al estimar que las víctimas optaron libremente por ejercer el comercio sexual.

48 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012. En este caso, el tribunal tuvo por acreditada la concurrencia de una situación de vulnerabilidad de las víctimas, no obstante, estimó que las tratantes no se habían aprovechado de dicha situación, por cuanto en su concepto las presuntas afectadas habían tenido la opción de decidir si se dedicaban al comercio sexual o no.

49 En términos similares: sentencia Tribunal Supremo Español, 15 de marzo de 2011, ROJ 1853-2011, considerando quinto, aunque pronunciada antes de la introducción del delito incorporado por el art. 177 bis.

Aprovechamiento de la situación de dependencia de la víctima: Para Cárdenas implica abusar de un tipo particular de vulnerabilidad, que se genera cuando la víctima está sujeta a la voluntad de otra persona<sup>50</sup>.

Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra: Consta en la Historia de la Ley N°20.507 que este medio comisivo se entendía configurado, por ejemplo, por pagos hechos a un padre para que entregue a una hija menor de edad para ser explotada sexualmente<sup>51</sup>. Sin embargo, Cárdenas plantea que en este caso no se aplica porque en lo tocante a los niños no se necesita la concurrencia de medios comisivos, debiendo considerarse comprendidas aquellas situaciones en las que una persona tenga la facultad de consentir por otra<sup>52</sup>.

f) Elemento subjetivo. Finalidad. Explotación sexual, incluida la pornografía

El delito de trata de personas sólo puede ser cometido con dolo directo y además requiere de una tendencia interna trascendente, esto es, las conductas punibles se deben realizar con una finalidad: la explotación sexual<sup>53</sup>.

El Diccionario de la Real Academia Española, define el término “explotación” como la utilización de una persona para el provecho económico de otra<sup>54</sup>. En este caso, el lucro es consustancial al concepto de explotación.

En otra acepción considerada por la Real Academia Española, la explotación se conceptualiza como la utilización en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, de las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera<sup>55</sup>. Aquí, se pone el acento en ciertas condiciones abusivas de la explotación, que podrían configurarse cuando hay

50 CÁRDENAS, ob. cit., p. 14 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

51 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 209 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

52 CÁRDENAS, ob. cit., págs. 14 y 15 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

53 CÁRDENAS, ob. cit., p. 19 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. También: VILLACAMPA, ob. cit., p. 846.

54 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

55 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

remuneración inadecuada, horario desproporcionado, ausencia de días libres, condiciones insalubres, etc.<sup>56</sup>.

En los Trabajos Preparatorios del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se entiende por explotación sexual, con respecto a un adulto, la prostitución [forzada], la servidumbre sexual o la participación en la producción de material pornográfico para la cual el individuo no se ofrece con su libre consentimiento y con conocimiento de causa y, con respecto a un niño, la prostitución, la servidumbre sexual o la utilización del niño en la pornografía.

Resulta relevante destacar que respecto de la prostitución forzada, en las consultas oficiosas celebradas durante el quinto período de sesiones del Comité Especial, la mayoría de las delegaciones propusieron la supresión de la palabra “forzada”. Varias delegaciones señalaron también que las víctimas podrían tener dificultades para probar que habían sido “forzadas” y otras delegaciones expresaron la opinión que era esencial distinguir entre las víctimas de la prostitución y quienes eligen dedicarse a ella<sup>57</sup>.

En las Notas Interpretativas del mismo Protocolo, se señala sobre el particular que éste aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual en el contexto de la trata de personas, no siendo estas expresiones definidas en el Protocolo, el que en consecuencia no prejuzga la manera en que los Estados Parte abordan la prostitución en su respectivo derecho interno<sup>58</sup>.

En la doctrina, el término “explotar” es entendido como convertir al otro en instrumento del provecho económico afectando sustancialmente sus derechos humanos; lo que puede lograrse por medio de la fuerza o del encierro pero también a través de otros medios, como el engaño y el abuso de una situación de vulnerabilidad<sup>59</sup>.

56 Sobre la diferencia entre estas dos acepciones: DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”. En: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, N°1, 2010, p. 19 y sgtes. [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/693.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

57 NACIONES UNIDAS. Trabajos Preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A. Textos de negociación, p. 358 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf) [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

58 NACIONES UNIDAS. Trabajos Preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, C. Notas Interpretativas, letra b) p. 366 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf) [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

59 COLOMBO, ob. cit., p. 33.

En cuanto a la explotación sexual, suele definirse como la utilización de una persona con fines sexuales y con ánimo de lucro, atentando directa o indirectamente a su dignidad y libertad sexual, afectando potencialmente a su equilibrio psicosocial<sup>60</sup>. También, se conceptualiza como la utilización de mujeres, jóvenes y niños en la industria del sexo, es decir en pornografía, espectáculos exhibicionistas, turismo sexual y, sobre todo, en el ejercicio de la prostitución<sup>61</sup>. Esta última consiste en la entrega sexual por precio, y ante cualquiera, y por tanto implica la reducción de la persona a una mercancía o a una cosa<sup>62</sup>.

De otra parte, Colombo y Mángano destacan dos aspectos para que la explotación sexual se presente, a saber: el control sobre la sexualidad de las víctimas que ejercen los explotadores y que se traduce en considerar si se pone el cuerpo de la mujer al servicio de terceros que lucran con la actividad, y la afirmación de exclusividad sobre esa actividad. En relación al primer punto, se analiza, por ejemplo, si las víctimas pueden rechazar a un cliente y si lo hacen, si son sancionadas con multas por ello. Además se toma en cuenta si los explotadores controlan el movimiento de la víctima, de su entorno físico y psicológico, si existen medidas para impedir o disuadir del escape, la sujeción al tratamiento cruel y al abuso, etc. En relación con el segundo aspecto, se atiende a si las víctimas son explotadas exclusivamente por una persona u organización y si sólo pueden serlo por ésta<sup>63</sup>.

60 DE LA CUESTA ARZAMENDI, citado por ALONSO, ob. cit., p. 204.

61 PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Trata de Seres Humanos: Marco conceptual, legal y jurídico-penal. En: OROZCO, Rosi. (coord.). *Trata de Personas*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011. En el mismo sentido, ABOSO, ob. cit., p. 119. El Tribunal Supremo Español ha estimado que hay explotación sexual no sólo respecto de cualquier actividad que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución como el alterne o los masajes eróticos, sino que también cualquier otra práctica de naturaleza erótico-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o “strip tease”, o en la pornografía en: Circular 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal Español en materia de extranjería e inmigración [en línea], p. 25. Disponible en: [http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE\\_&newPagina=1&nume lempag=20&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_pintarCirculares](http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&newPagina=1&nume lempag=20&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarCirculares) [fecha de consulta: 16 de enero de 2014].

62 ALONSO, ob. cit., p. 192.

63 COLOMBO y MÁNGANO, ob. cit., p. 8 [en línea]. Disponible en: [http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento\\_victima\\_trata.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013], quienes toman elementos desarrollados por NACIONES UNIDAS, TPIY, Case N°IT-96-23, IT-96-23/1-A, sentencia del Tribunal de Apelaciones del día 12 de junio de 2002, a propósito de la esclavitud sexual, indicando que la gran diferencia entre la explotación sexual y la esclavitud sexual, es que en la primera está presente el lucro.

La jurisprudencia de los tribunales ha recogido la primera acepción del concepto de explotación<sup>64</sup> y tal como lo afirma la doctrina, ha estimado que no se requiere la concreción de la explotación para que se entienda consumado el delito<sup>65 66</sup>.

### Delito contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal

El ilícito contemplado en el artículo 411 ter del C.P. sanciona: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”*.

Si se compara esta descripción típica con la contenida en el inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P., se puede observar que son prácticamente idénticas<sup>67</sup>. En este entendido, la doctrina y jurisprudencia desarrollada a propósito de esta norma es aplicable al tipo penal actual; por lo demás, los Tribunales de Justicia ya han indicado que hay continuidad del tipo penal regulado en el art. 367 bis y el tipificado en el art. 411 ter, ambos del C.P.

64 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo: *“...el delito de trata de personas es un ilícito de intención trascendente, pues existe una finalidad que es la explotación de la víctima que puede concretarse efectivamente...., la finalidad de explotación sexual...., es la obtención de beneficios económicos a través de la intervención de otro en actos de prostitución”*; Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando duodécimo y Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de noviembre de 2013, RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013, considerando undécimo y décimo tercero: *“Obtención de beneficio económicos o financieros, a través de la participación forzada y continua de otra persona en actos de prostitución”* y *“Para hablar de explotación sexual, el tratante debe seguir ejerciendo control sobre la víctima objeto de trata para obtener beneficios económicos, a través de la participación forzada de esa persona en actos de prostitución”*.

65 CÁRDENAS, ob. cit., p. 19 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. También: VILLACAMPA, ob. cit., p. 846 y MARTOS, ob. cit., p. 11 [en línea]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865%E2%80%8E> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013]. En términos similares, lo recoge también el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando undécimo.

66 En el sentido de no requerir que la explotación se produzca efectivamente: sentencia del Tribunal Supremo Español, 23 de marzo de 2011, ROJ 1790-2011, considerando cuarto, aunque referida a la norma anterior a la incorporada por el art. 177 bis.

67 El inciso primero de la norma en comento señalaba: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales”*.

De acuerdo con la Historia de la Ley N°20.507, en el proyecto original de la ley, se contemplaba un ilícito del siguiente tenor: *“ARTÍCULO 1.- Promoción del tráfico de personas. Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país de personas de cualquier sexo, para que ejerzan la prostitución o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral será sancionado con pena de presidio mayor en su grado mínimo”*<sup>68</sup>.

La norma aludida, al igual que varias otras, sufrió indicaciones que la hicieron desaparecer en el Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados. En el Boletín de Indicaciones del Senado, de fecha 27 de octubre de 2008, generado en la discusión general del proyecto de ley en el segundo trámite constitucional, se consigna una indicación de la Presidenta de la República para intercalar un nuevo artículo, a saber: *“Artículo 411 quinquies.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales”*<sup>69</sup>.

En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a proposición del Ministerio Público y del abogado Juan Domingo Acosta, consta que se aprobó un artículo 411 ter nuevo, con un contenido similar a la figura base descrita en el artículo 367 bis. Sobre el particular, se consigna en la Historia de la Ley N°20.507 que: *“El profesor señor Juan Domingo Acosta explicó que esta norma repite lo dispuesto en el actual inciso primero del artículo 367 bis del Código Penal, tradicionalmente identificado como la disposición que tipifica el tráfico de blancas, que el proyecto deroga en el N°2) del artículo primero, pero no vuelve a reponer con claridad en las nuevas disposiciones penales que se proponen, aunque por la entidad del delito y la importancia que tiene su tipificación para la persecución del tráfico de personas, es importante que esta conducta esté precisamente sancionada. Los miembros de la Comisión participaron de la idea, considerando que las causales de agravación del tipo penal basal de tráfico ilícito de migrantes ya quedaron claramente establecidas en la disposición aprobada anteriormente, y que el nuevo artículo 411 ter acá propuesto, da una señal clara de*

68 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, p. 18. [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2011](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011) [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].

69 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., págs. 183 y 184. [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2011](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011) [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].

*repudio a una de las formas tradicionales de tráfico ilícito de migrantes, que es el delito de trata de blancas*<sup>70</sup>.

De la Historia de la Ley N°20.507 fluye entonces claramente la intención del legislador de sancionar la conducta descrita en el art. 411 ter del C.P.

#### a) Bien jurídico protegido

Sobre esta materia y específicamente en lo referido al delito del artículo 411 ter del C.P. hay escasa doctrina. Sin embargo, Carnevali se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos: *“No deja de llamar la atención que el legislador haya mantenido la figura dispuesta en el artículo 411 ter, pues de la Convención de Palermo no se desprende la obligación de incriminar este supuesto. En efecto, tratándose de personas mayores de edad no se comprenden en dicho instrumento internacional aquellos casos en que voluntariamente se acepta el traslado, es decir, la llamada hipótesis de “trata no forzada” en que las partes intervinientes conocen el alcance y propósito del acto... Ahora bien, si la idea del legislador al mantener la norma del artículo 411 ter tiene como fundamento que el consentimiento no es otorgado libremente, en el entendido que la víctima se halla en un contexto de desamparo y de privación para pedir auxilio –lejos de su país de origen y en que el retorno puede ser riesgoso–, y en que además se presta para ejercer la prostitución, soy del parecer que dichos casos se pueden comprender también en el artículo 411 quáter, cuando se refiere a la situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima... Por lo expuesto, y considerando que igualmente la figura del artículo 411 quáter abarca aquellas hipótesis de consentimiento “viciado”, no parece razonable que permanezca en el catálogo punitivo la conducta descrita en el artículo 411 ter. Por lo demás, resulta particularmente cuestionable que el Código Penal estime, en estos casos, irrelevante el consentimiento de una persona mayor de edad, sin que aquello se pueda estimar una injerencia indebida a la esfera íntima de cada individuo, en donde no se aprecia ningún interés jurídico que proteger. En todo caso, hay que reconocer que detrás de esta discusión, se expresan posiciones valóricas divergentes en torno a cómo debe entenderse el ejercicio de la prostitución. Por un lado, están quienes pretenden proscribir todos los actos vinculados a la prostitución, pues se atenta contra la dignidad de la mujer... En cambio, otros sostienen que aun cuando se trate de una actividad profesional ingrata, al igual que otras, en la medida que se haya decidido libremente, se debe aceptar*<sup>71</sup>.

70 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 202. [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2011](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011) [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].

71 CARNEVALI, ob. cit., págs. 916 y 917. En términos similares, se pronuncia: CÁRDENAS, ob. cit., págs. 28 y 29. [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013].



En un sentido semejante y en relación a la antigua figura contenida en el inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P., Rodríguez Collao indicaba: *“En su forma simple, la figura en estudio es prácticamente inaplicable, porque atendido el amplio espectro de hipótesis que aparecen cubiertas por la forma agravada, los únicos casos que podrían quedar comprendidos en la primera son aquellos en que la persona consiente en cruzar las fronteras con el propósito de ejercer la prostitución. Y como la indemnidad sexual es un bien jurídico disponible, habremos de convenir en que la voluntad del sujeto excluye la ilicitud del hecho incriminado”*<sup>72</sup>.

Con una posición distinta, Politoff, Matus y Ramírez sostenían en relación a la antigua figura en comentario que: *“Por otra parte, cabe destacar que en el caso de la trata de blancas simple, no es necesario que concurra ni la violencia ni la intimidación, y ni siquiera un engaño, circunstancias ambas que configuran agravantes del delito (art. 367 inc. 2°), pues la ley parece suponer que el hecho de trasladar a una persona a un país extranjero produce de por sí suficiente desamparo y riesgo para su seguridad, el que se encuentra aumentado por el propósito ulterior y reprochable del autor (prostituir a la víctima)”*<sup>73</sup>.

Esta última posición es la que ya han recogido los tribunales orales que han aplicado la figura descrita en el artículo 411 ter, al recalificar desde la figura tipificada en el art. 411 quáter, cuando no han tenido por acreditados los medios comisivos invocados por el Ministerio Público<sup>74</sup>. Así lo entendieron también los tribunales de justicia al aplicar el tipo penal del inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P.<sup>75</sup>.

72 RODRIGUEZ, ob. cit., p. 237. En el mismo sentido, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”. En: *Revista Procesal Penal*, N°62, Santiago, Chile, Editorial NexisLexis, 2007, págs. 9-19, en cuyo texto se señala que en la trata voluntaria de adultos se oculta la persecución de la mera inmoralidad.

73 POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 207. En este mismo sentido: AGUILAR ARANELA, Cristian. *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012, p. 195.

74 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012. En el mismo sentido, Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, que aplica este tipo penal por sobre el del artículo 367 inciso primero por ser más beneficiosa la pena a los acusados y que en su considerando noveno sostuvo: *“...Ahora bien, con independencia de la voluntariedad u obligatoriedad en la función realizada por las víctimas, no hay duda que la actividad les era facilitada por los acusados a través del otorgamiento de un domicilio para sus prácticas sexuales, difusión de sus atributos en una red pública, captación de clientes, y pago por sus servicios prestados. Todo lo que incuestionablemente era proporcionado por los acusados”*, y Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 27 de noviembre de 2013, RUC N°1100588082-5, RIT N°2956-2011.

75 Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 2 de abril de 2008, RUC N°0600062854-7, RIT N°16-2007 que indicó sobre el particular en el considerando vigésimo: *“Por estas razones, desde ya se rechaza la pretensión de la Defensa en orden a dictar sentencia absolutoria, por no darse en la especie los supuestos de la norma antes citada, arguyendo que la figura simple se encontraría absorbida por las figuras agravadas del inciso segundo del*



## b) Sujeto activo y sujeto pasivo

Cualquier persona puede cometer este delito y, en el mismo sentido, cualquier persona puede ser objeto de la conducta que sanciona la norma.

*artículo 367 bis del Código Penal, y que en el caso de las personas que consienten en salir del país voluntariamente a ejercer la prostitución en el extranjero, éstas sólo estarían haciendo uso de su libre albedrío, atendido que el bien jurídico supuestamente afectado por esta figura, sería la indemnidad sexual, que en el caso de los mayores de edad es disponible, por lo que la voluntad del sujeto excluiría la ilicitud del hecho... Cabe hacer presente, que de acuerdo al análisis antes efectuado, el tipo penal establecido en el inciso primero del artículo 367 bis del Ordenamiento Punitivo, es una figura penal independiente de las figuras agravadas del inciso segundo, por ello se le denomina como tipo penal "simple", el cual, tal como antes se dijo, se trata de una figura, que aunque pueda ser criticable por su amplitud, constituye un tipo penal de peligro y de mera actividad, el cual se encuentra vigente, por lo que estos sentenciadores deben aplicar dicho precepto cuando sus supuestos se encuentren acreditados por la prueba de cargo rendida por el ente persecutor, tal como ocurrió en el juicio de marras... En esta dirección, cabe hacer presente que de acuerdo a lo señalado en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, contenida en el boletín 1324, al referirse a la moción parlamentaria, relativa al proyecto de modificación al Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas, estableció que la ideas matrices o fundamentales del mismo eran "la situación, materia o problema específico existente y a cuya solución tiende esta iniciativa legal, es la de consagrar una norma que tipifique y sancione el acto de promover o facilitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que éstas ejerzan la prostitución". En el mismo informe, se indicó que al efecto se consideró la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución, de 1949, donde se tuvo presente que en "su artículo 1° del citado Convenio, señala que las Partes se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona y, 2) Explotare la prostitución de otra, aun con el consentimiento de tal persona". La Comisión, tuvo además presente la legislación extranjera, en especial la de Italia, España, Colombia y Brasil donde se indicó que "de la legislación penal comparada, tenida a la vista, se desprende que los elementos para la configuración de este tipo penal son los siguientes: a) Los actos que den lugar a la comisión del delito se realiza en países distintos: en uno, se efectúa el reclutamiento de las víctimas, y en el otro, se las destina al mercado de la prostitución; b) las acciones delictivas consisten en facilitar, promover, favorecer, inducir o reclutar personas para la entrada o salida del país, para que ejerzan la prostitución. Generalmente se hace uso de promesas o engaños para facilitar esta acción, no obstante que, para el desplazamiento de un país a otro, puede contarse con el consentimiento de la víctima del delito"... Por su parte, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado contenida en el Boletín N°1.324, en la parte referida a los antecedentes de hecho, sostiene que la moción parlamentaria tenía como propósito tipificar y sancionar en nuestro ordenamiento Jurídico el delito internacionalmente conocido como "Trata de Blancas" atendido que "la acción de hacer salir a una mujer del país para que ejerza la prostitución en el extranjero o hacerla ingresar con el mismo fin, no está expresamente tipificada como delito en nuestro ordenamiento penal. Proponen, al efecto, establecerla como figura básica de este delito, esto es, sancionar tanto la expedición fuera del país, como la recepción de mujeres en éste para dedicarlas al comercio sexual y, al mismo tiempo, crear una figura calificada, cuando concurren una cualquiera de diferentes circunstancias que agravan estas conductas"... De estos antecedentes, se establece que efectivamente el tipo penal por el cual se formuló acusación, es un tipo penal independiente de las figuras agravadas que se encuentran en el inciso 2° del artículo 367 bis del Código Penal, que el bien jurídico protegido no sólo es la afectación a la libertad sexual, sino que a la integridad sexual de la persona y en definitiva, a la dignidad de la misma, por lo que no se trata de tener una moral "de la edad media", como señala la defensa en sus alegatos, sino que, de dar una debida protección a los bienes jurídicos antes indicados, haciendo especial énfasis en que el reproche no recaer sobre la actividad que puedan desarrollar un grupo de personas que sale del país, personas que además son consideradas víctimas del delito, sino que sobre los individuos que ejecutan las labores de promoción y facilitación de la salida de dichos sujetos para ejercer la prostitución". En los mismos términos: Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009; Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 11 de abril de 2008, RUC N°0700136875-8, RIT N°56-2008, respecto de chilenas que eran llevadas a España a ejercer la prostitución, y Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, 19 de diciembre de 2009, RUC N°0800171013-4, RIT N°544-2008.*

## c) Conductas punibles: promover o facilitar

Conforme a la Real Academia Española, “promover” significa tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo<sup>76</sup>, o sea, en el contexto del delito que se analiza, significa tomar la iniciativa en determinar a otro o incitar a otro a ejercer el comercio sexual.

El término “facilitar” significa hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin, esto es, auxiliar, posibilitar, ayudar o contribuir a que una persona se prostituya<sup>77</sup>.

Sobre el particular pero en lo tocante a la antigua norma del artículo 367 bis, inciso primero del Código Penal, Rodríguez Collao señalaba que las conductas básicas de promover o facilitar debían ser entendidas en los mismos términos planteados a propósito del delito del art. 367 del C.P., esto es, la promoción suponía *“una actitud análoga a la instigación delictiva, ... que consiste en formar en otro individuo la resolución de ejecutar un acto o desarrollar la prostitución y facilitar, ... alude a cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito el desarrollo del comercio sexual”*<sup>78</sup>.

Respecto al mismo tipo penal, Garrido Montt definía el término “promover” como: *“inducir o inclinar a otros a dedicarse al comercio sexual y facilitar... como posibilitar el ejercicio de la prostitución, como sería proporcionar los medios para ese efecto (rufianismo, proxenetismo, alcabuería)... el tipo objetivo está conformado por las conductas de facilitar o promover la entrada o salida del país de personas; conductas que en sí son atípicas a menos que se den las condiciones de índole subjetiva que el tipo requiere. Cualquier actividad en el sentido indicado –que es quizá de una criticable amplitud–, como reclutar personas para tal efecto, publicitar la*

76 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

77 Sobre el particular y a propósito del delito de tráfico ilícito de migrantes, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se consignó la opinión del profesor Juan Domingo Acosta sobre el sentido de estos verbos rectores: *“...la facilitación es una actividad cercana al concepto de complicidad, que el artículo 16 del Código Penal define como las actividades tendientes a cooperar con la ejecución de un ilícito por medio de actos anteriores o simultáneos a él; por su parte, la promoción es una actividad que se engloba dentro del concepto de incitación... ambos son actos de participación y no de autoría, pero en mérito de la disposición propuesta se elevan a la calidad de actos de autoría, y como tales son sancionados,...”*. CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Moción Parlamentaria, p. 194 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2013) [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

78 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 228.

referida posibilidad, obtener los pasajes para el viaje, los pasaportes o autorizaciones y otras análogas, quedan comprendidas en los referidos verbos rectores<sup>79 80</sup>.

Sobre la delimitación del sentido y alcance de las conductas punibles de promover y facilitar, los Tribunales de Justicia han planteado que: *“El tipo penal está conformado por las conductas de facilitar o promover. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la expresión promover como iniciar o impulsar una cosa o un proceso promoviendo su logro, en tanto que facilitar es hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin. Para estos efectos, existe consenso en que la conducta de promover importa inducir o inclinar a otro hacia la realización de un determinado comportamiento, mientras que por facilitar se ha entendido cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito algo... Ambas acciones están encaminadas, de manera inmediata, a lograr que personas entren o salgan del territorio nacional, y, en forma mediata, a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución, aspectos que deben estar cubiertos por el dolo del agente, mas no es necesario que las víctimas realmente salgan o entren al país ni que la víctima haya alcanzado a prostituirse, toda vez que se trata de un delito de mera actividad, que se consume con la simple realización de la conducta prohibida... En el caso que nos ocupa, conforme la prueba de cargo producida en juicio, reseñada en el motivo sexto y ponderada en el fundamento que antecede, se encuentra plenamente acreditado que el acusado propiciaba el ingreso de ciudadanas extranjeras desde Tacna hacia Arica, trasladándolas a nuestro país con el objeto de que prestaran servicios sexuales remunerados en el domicilio de calle..., para lo cual se valía de su cargo, mediante el cual facilitaba el paso a través del control fronterizo de Chacalluta”* y *“Ahora bien, la conducta tipificada en el artículo 411 ter en su forma simple es esencialmente la misma a aquella del artículo 367 bis inc. 1°. Promover o facilitar la prostitución. Promover: Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro. Facilitar. Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin. Proporcionar o entregar... Ahora bien, con independencia de la voluntariedad u obligatoriedad en la función realizada por las víctimas, no hay duda que la actividad les era facilitada por los acusados a través del otorgamiento de un domicilio para sus prácticas sexuales, difusión de sus atributos en una red pública, captación de clientes, y pago por sus servicios prestados. Todo lo que incontestablemente era proporcionado por los acusados. Directa e indirectamente por ambos. Mora; en su interacción cotidiana con las afectadas en cuanto les proporcionaba alimentación, instruía sus comportamientos y compartía la vida diaria en*

79 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo III, págs. 319 y 324.

80 Así lo recoge el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 2 de abril de 2008, RUC N°0600062854-7, RIT N°16-2007, considerando vigésimo y el Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009, considerando décimo octavo.

*los momentos incluso de ocio. El otro, esporádicamente, cuando era necesario trasladarlas, tanto desde el terminal de buses por donde hicieron entrada al país hasta donde residirían, como para conducir las donde aquellos clientes que requiriera sus servicios a domicilio; y permanentemente en lo que respecta a concederles habitación y residencia para su estada en el país” y “Que, así las cosas, en cuanto al denominado “hecho uno”, teniendo presente los verbos rectores del artículo infringido, 411 ter del Código Penal, esto es, promover y facilitar, el primero de ellos, en su sentido natural y obvio, según lo referido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro” y, del mismo modo, facilitar, se explica como “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Dichas acciones, al constituir actos de ejecución previos a un hecho posterior, cual es, el ejercicio de la prostitución, que consume el delito en su totalidad, no requiere por su naturaleza, que se ejerzan directamente en la persona de la víctima, sino que dicen relación con contribuir al desarrollo o ejecución, de la entrada de personas al país para que ejerzan la prostitución”<sup>8182</sup>.*

Objeto de las Conductas Punibles: La entrada o salida de personas del territorio nacional o al extranjero. La figura contenida en el artículo 411 ter del C.P. requiere para su configuración del cruce de fronteras, de ahí que la comisión de estas conductas, sin que concurra la transnacionalidad, no se sanciona.

Cárdenas señala que el objeto de la acción –promover o facilitar– requiere que recaiga sobre más de una persona ya que el tipo penal utiliza siempre el plural.

81 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo; Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno y Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 27 de noviembre de 2013, RUC N°1100588082-5, RIT N°2956-2011, considerando noveno.

82 En un sentido similar, pero referido al delito tipificado en el derogado art. 367 bis del C.P.: Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, 2 de abril de 2008, RUC N°0600062854-7, RIT N°16-2007 que señaló en el considerando vigésimo, citando al profesor Garrido Montt: “... los conceptos de promoción y facilitación, señala que el primero es “inducir o inclinar a otros a dedicarse al comercio sexual” mientras que el segundo “es posibilitar el ejercicio de la prostitución, como sería proporcionar los medios para ese efecto”. El mismo autor, en la página N°425 del texto ya referido señala que “el tipo objetivo está conformado por las conductas de facilitar o promover la entrada o salida del país de personas, estas conductas son atípicas a menos que se den las condiciones de índole subjetiva que el delito requiere. Cualesquiera actividad en el sentido indicado\_ criterio cuestionable por su amplitud, tales como reclutar personas para tal efecto, publicitar la referida posibilidad, obtener los pasajes para el viaje, los pasaportes o autorizaciones y otras análogas quedan comprendidos en los verbos rectores. El hecho se consume con la simple realización de la actividad prohibida, no exige que las víctimas realmente salgan o entren al país para que el tipo se dé, porque es un delito de mera actividad, como tal, no requiere resultado”. En los mismos términos: Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009, considerando vigésimo primero.

Por otro lado, la misma autora plantea que para su consumación no se necesita que la persona efectivamente entre al país o salga de él<sup>83</sup>. Sobre este mismo punto y en relación con la antigua figura del inciso primero del derogado art. 367 bis del C.P., Rodríguez Collao indicaba que las conductas básicas de promover y facilitar “están encaminadas de modo inmediato, a lograr que las personas entren o salgan del territorio nacional;... Pero no debe perderse de vista que el tipo demanda “la entrada o salida de personas del país”, de manera que no cabe tener por configurado este delito si la víctima no cruza efectivamente las fronteras nacionales”<sup>84</sup>. En sentido contrario, Garrido Montt señalaba que: “La disposición no aclara lo que ha de entenderse por salir del país o por entrar en él, de modo que desde una perspectiva material es suficiente eso, promover la salida de gente desde el territorio nacional o la introducción de personas desde fuera del país, sea para radicarse o para permanecer sólo temporalmente; la concreción de tal circunstancia –o sea, entrar o salir del país– es irrelevante, porque lo que confiere connotación típica a la conducta es el móvil del agente en tal sentido...”<sup>85</sup>.

Los tribunales han recogido esta última posición: “Ambas acciones están encaminadas, de manera inmediata, a lograr que personas entren o salgan del territorio nacional, y, en forma mediata, a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución, aspectos que deben estar cubiertos por el dolo del agente, mas no es necesario que las víctimas realmente salgan o entren al país ni que la víctima haya alcanzado a prostituirse, toda vez que se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la simple realización de la conducta prohibida”<sup>86</sup>.

83 CARDENAS, ob. cit., p. 27 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. En el mismo sentido: Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo.

84 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 236. Así lo exigió el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 11 de abril de 2008, RUC N°0700136875-8, RIT N°56-2008, considerando décimo.

85 GARRIDO, ob. cit., p. 324.

86 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de enero de 2013, RUC N°1100580783-4, RIT N°340-2012, considerando duodécimo.

## d) Elemento subjetivo

El sujeto activo debe actuar con dolo directo<sup>87 88</sup>.

Además, se requiere de una finalidad especial, esto es, que la promoción o facilitación esté dirigida al ejercicio de la prostitución, aunque no se requiere que la víctima se haya prostituido efectivamente, *“como lo deja de manifiesto el*

87 Sobre el particular y respecto al delito tipificado en el inciso primero del derogado artículo 367 bis del C.P., el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, 26 de diciembre de 2006, RUC N°0600081190-2, RIT N°185-2006, en el considerando octavo, razonó del siguiente modo para absolver: *“... Que a juicio de este tribunal, los hechos referidos, no configuran el tipo penal previsto en el artículo 367 bis inciso 2 N°3 y 6 del Código Penal, consistente en promover o facilitar la entrada al país de personas para que éstas ejerzan la prostitución. En efecto, si bien la prueba incorporada permite establecer la existencia de un incumplimiento de lo acordado por las acusadas con las ciudadanas argentinas, en cuanto a la remuneración y condiciones labores, no resulta claro y surge más de una duda razonable, que el móvil de las acusadas, al facilitar la entrada al país de dichas personas, haya sido para que ejercieran la prostitución. Las propias afectadas, señalaron que al llegar a esta ciudad, concretamente al local de la acusada Cifuentes, se percataron que su trabajo consistía en que los clientes les ofrecieran una bebida o un trago, sentándose con ellos en su mesa a compartir, por lo cual ganaban una comisión de mil pesos. Esto significa promover el consumo de bebidas alcohólicas, conociéndose a tales personas como “copetineras” o damas de compañía y fue por ello que se sintieron engañadas... Si bien el tipo penal por el cual se acusó, no requiere que la víctima haya alcanzado a prostituirse, y aún cuando no existe acuerdo a nivel doctrinal ni jurisprudencial sobre el término prostitución, no es menos cierto que las actividades referidas y acreditadas en el juicio, no pueden considerarse, como aquello que, el común de la gente entiende por comercio sexual, esto es, vender el cuerpo por dinero; tampoco lo es el hecho que clientes ebrios hayan manoseado o intentado manosear a alguna de las jóvenes argentinas, lo cual no resulta extraño en un local de las características del que eran propietarios la acusada Cifuentes y su pareja, donde lo que se vendía preferentemente eran bebidas alcohólicas... Además, todas las ciudadanas argentinas que declararon mediante prueba anticipada, y también ante la Policía de Investigaciones, señalaron que el tener que compartir tragos con los clientes, podría llevarlas a la prostitución, es decir, el ejercicio de tal actividad, sólo se presentó como algo probable para ellas, sin que exista en el juicio ningún antecedente concreto que permita establecer que fueron traídas al país con esa finalidad... Al respecto es necesario tener presente que este delito requiere dolo directo –así lo señalan los profesores Mario Garrido Montt y Luis Rodríguez Collao– tomando en consideración que los actos deben estar antímicamente orientados hacia unos fines muy concretos, para ejercer la prostitución. Es eso, precisamente, lo que no se ha acreditado en el juicio, pues la prueba incorporada, sólo permite concluir que si bien las persona argentinas no fueron traídas al país para trabajar como garzonas, sí lo fueron para desempeñarse como “copetineras”, que no puede entender como sinónimo de prostitución, menos aún para configurar un delito que, en los términos formulados en la acusación, tiene asignada pena de crimen. Ahora bien, si tomamos en consideración lo expuesto por las afectadas, al señalar que podrían haber llegado a prostituirse, estaríamos ante la existencia de dolo eventual por parte del sujeto activo, lo que obviamente esta figura penal no lo permite, porque lo que se castiga no es el facilitar o promover la prostitución, sino que, realizar alguna de estas conductas tendiente a que personas ingresen al país para que ejerzan la prostitución”.*

88 GARRIDO, ob. cit., p. 325, respecto de la antigua figura descrita en el art. 367 bis del C.P.



*empleo de la preposición para, que indudablemente alude a la simple motivación que ha de presidir la actuación del sujeto activo*<sup>89</sup>.

Esta posición recogen los tribunales: *“Ambas acciones [promover y facilitar] están encaminadas, de manera inmediata, a lograr que personas entren o salgan del territorio nacional, y, en forma mediata, a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución, aspectos que deben estar cubiertos por el dolo del agente, mas no es necesario que las víctimas realmente salgan o entren al país ni que la víctima haya alcanzado a prostituirse, toda vez que se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la simple realización de la conducta prohibida*<sup>90</sup>.

#### CONCEPTO DE PROSTITUCIÓN

Este término no se encuentra definido en la legislación chilena y no existe acuerdo acerca de su alcance en la doctrina. Para algunos, consiste en el ejercicio de actos sexuales a cambio de un precio. Para otros, se requiere la pluralidad de contactos interpersonales del que ejerce la prostitución y algunos plantean que lo definitorio es la entrega de favores sexuales en forma indiscriminada<sup>91</sup>.

Garrido Montt la conceptualiza como *“la entrega sexual de una persona –hombre o mujer– a cambio de un precio. No parece necesaria la habitualidad del ejercicio sexual pagado, estimamos que la característica básica de la prostitución es la fijación de un precio,...*<sup>92</sup>.

Para Etcheberry consiste en *“el trato sexual frecuente, en el cual importe más el acceso carnal mismo o el lucro que con él se obtiene, que la consideración de la persona con quien se realiza, que es en principio indiferente*<sup>93</sup>.

89 CARDENAS, ob. cit., p. 27 [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013], quien califica este tipo penal como de tendencia interna trascendente. Respecto del delito del art. 367 bis, inciso primero del C.P., RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 236. En el mismo sentido: POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 207 y 208, quienes se refieren a esta finalidad de ejercer la prostitución como un elemento subjetivo adicional del tipo y GARRIDO, ob. cit., p. 325. Todos concuerdan que no es necesario que este propósito se concrete.

90 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando duodécimo.

91 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 228.

92 GARRIDO, ob. cit., págs. 317-318.

93 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo IV, 1999, p. 78.

Los tribunales han recogido como definiciones de prostitución relativas a la antigua figura contemplada en el art. 367 bis del C.P. la venta del cuerpo por dinero y la mantención de relaciones sexuales a cambio de dinero<sup>94</sup>.

e) Efectos de la ley penal en el tiempo

El artículo 1, numeral dos de la Ley N°20.507 derogó el artículo 367 bis del Código Penal. Sin embargo, la dinámica propia de la trata de personas provocó que en algunas investigaciones llevadas por el Ministerio Público se persiguieran hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.507 y también hechos ocurridos con posterioridad a su publicación; lo que generó algunas discusiones penales de interés, que se desarrollarán a continuación.

En relación con los efectos de la ley penal en el tiempo, cabe recordar que el art. 18 del C.P. señala que: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

*Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento...”.*

Esta norma consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, esto es, que la ley vigente al momento de la comisión del delito es la que determina si una persona debe ser castigada por un ilícito, y en tal caso, la pena que deberá imponérsele<sup>95</sup>.

La excepción a este principio se presenta en casos de retroactividad benigna, esto es, la aplicación de una ley que no estaba vigente al momento de la comisión del delito, si ésta es más favorable al procesado y ha sido promulgada antes de dictarse sentencia de término. La doctrina considera que esta situación se da, entre otros casos, cuando la ley anterior es derogada, esto es, se aplica la ley penal vigente al momento de la comisión del delito cuando ésta ha sido derogada formalmente en su totalidad, pero sigue rigiendo materialmente, ya sea porque una nueva ley así lo establece o porque materialmente el hecho punible mantiene su carácter de tal en otra norma distinta a la derogada<sup>96</sup>.

94 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, 26 de diciembre de 2006, RUC N°0600081190-2, RIT N°185-2006, considerando octavo y Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 25 de noviembre de 2009, RUC N°0800207144-5, RIT N°127-2009, considerando décimo octavo, respectivamente.

95 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTÍZ QUIROGA, Luis, MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero. Parte General.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, p. 265.

96 POLITOFF y ORTÍZ, ob. cit. p. 269. Este tipo de situaciones son denominadas por los autores como casos de ultractividad o preteractividad de la ley penal y más modernamente, como sucesión de leyes penales, es decir, una variación –directa o



Esta discusión se ha presentado con anterioridad en los tribunales, siendo resuelta por la Corte Suprema, en el sentido de relevar la similitud entre el nuevo y el antiguo tipo penal<sup>97</sup> y considerando especialmente la mantención de los verbos rectores y el bien jurídico protegido para resolver si hay continuidad del tipo penal en la nueva ley<sup>98</sup>.

En relación a la situación concreta que presenta la derogación del artículo 367 bis del C.P. por la Ley N°20.507, una primera cuestión que fluye del

---

indirecta— en la legislación penal, que se traduce en un cambio en el tratamiento penal que recibe un mismo hecho. Este es un fenómeno normal en la legislación puesto que a medida que cambian los intereses sociales, las leyes penales experimentan modificaciones. Así lo sostiene OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011, p. 45. También aborda las modificaciones legislativas, por cambios que se producen en la sociedad NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Parte General, Tomo I, 2005, p. 183. Una de las situaciones que puede generar la sucesión de leyes penales, se produce ante la reformulación de los delitos, como sucede por ejemplo cuando una ley deroga a otra que tipificaba un delito y que lo vuelve a tipificar cambiando su estructura típica. Aquí es necesario dilucidar si una conducta típica bajo la vigencia de la ley anterior, sigue siéndolo o no de conformidad con la nueva.

- 97 Corte Suprema, 17 de junio de 1991, Rol N°28.479, considerando cuarto: “*Que si esa situación fuere jurídicamente posible se trataría de un caso de ultra actividad o de sobrevivencia de una ley derogada, como se le denomina en la doctrina penal, y tendría que surgir como consecuencia de que las nuevas disposiciones de la ley derogatoria contemplaran o regularan similares o idénticas conductas que la ley derogada,...*”; Corte Suprema, 11 de noviembre de 2002, Rol N°3862-2001, que en voto de mayoría, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta señaló en su considerando cuarto: “*De la reforma se desprende, con mucha claridad, que refunde en un solo delito lo que antes eran los de fraude y contrabando... De ello se evidencia el claro propósito del legislador de mantener la figura de fraude aduanero toda vez que los elementos del tipo corresponden a ella, subsumida bajo el nombre de contrabando,...*”; Corte Suprema, 20 de abril de 2005, Rol N°5093-2002: “*Que sólo basta constatar el contenido de la norma del art. 29 de la ley 19.733, para entender que ella dejó prácticamente inalterable la contenida en el artículo 21 de la ley 16.643 y con ello el tipo penal mismo*”, a propósito del delito de calumnia.
- 98 Corte Suprema, 21 de agosto de 2006, Rol N°1647-2003, considerando noveno: “*Que el 12 de julio de 1999, se publicó... la ley 19.617 que introdujo importantes enmiendas en la regulación de los delitos sexuales,...* constituyendo una modernización del lenguaje existente con antelación... lo que llevó a un perfeccionamiento del tipo penal, en lo que respecta a la determinación de los actos concretos que constituyen el objeto de prohibición... puede concluirse que sólo se produce un cambio en la estructura de este tipo de delitos, pero en ningún caso desaparece el verbo rector ni el bien jurídico protegido, simplemente se sistematiza de mejor forma las diferentes conductas constitutivas de lo que en la antigua legislación se incluía en el concepto de abusos deshonestos...” y considerando décimo sexto: “*...es útil enfatizar que del cotejo de los verbos rectores y demás elementos del tipo, entre el art. 366 anterior a la reforma de las leyes 19.617 y 19.927, con los preceptos originados por ellos, surge de manifiesto que se mantiene total identidad de los verbos rectores y lo único que se hace... es organizar en distintas disposiciones las mismas conductas... [lo que] en modo alguno ha implicado la supresión del delito mismo; al contrario, lo que se hace es reconocer de mejor forma la punibilidad de los diversos comportamientos ... se entienden incluir*”.

título de la propia Ley N°20.507, así como de la Historia Fidedigna de dicho cuerpo legal, se refiere al hecho que esta ley se dictó para adecuar la legislación interna a los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia<sup>99</sup>. En consecuencia, en ningún caso el legislador tuvo una voluntad de eliminar el delito de trata de personas sino que, por el contrario, buscó perfeccionar la legislación nacional y modernizarla, para incentivar su persecución y sanción.

Una segunda cuestión a considerar se refiere a que no existen diferencias típicas sustanciales entre el tipo penal descrito en el derogado art. 367 bis, inciso primero del C.P., y el contenido en el art. 411 ter del mismo código; en verdad, son prácticamente iguales.

Por otra parte, del cotejo de esta norma con la del art. 367 bis, inciso segundo del C.P., se deduce que el art. 411 quáter moderniza la antigua nomenclatura contenida en el artículo 367 bis y la armoniza con la descripción del art. 3 del Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; ambos instrumentos ratificados por Chile.

Los verbos rectores de captar, trasladar, acoger o recibir personas están comprendidos en los verbos rectores de promover o facilitar. Más aún, en el inciso final del art. 411 quáter, el legislador sanciona también a quien promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas ya descritas (captar, trasladar, recibir o acoger).

En cuanto a los medios comisivos, el art. 411 quáter contempla varios de los señalados en el inciso segundo del art. 367 bis del C.P.: la violencia, la intimidación, el engaño. Respecto de otros, como el grave desamparo económico, se refiere a él usando una terminología más moderna y omnicomprendiva como es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima. También hay una agravación de la pena cuando la víctima es menor de edad o existen ciertos tipos de parentesco y de relaciones entre ésta y el imputado.

La finalidad de la captación, traslado, acogida o recepción de las personas así como la promoción o facilitación de dichas conductas es la explotación sexual en el tipo penal del art. 411 quáter. En el art. 367 bis, es la prostitución que es una forma de explotación sexual.

El delito regulado en el art. 367 bis se encontraba reglamentado en el título relativo a los delitos sexuales; pero parte de la doctrina estimaba equivocada

99 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18, págs. 4, 7 y sgtes. [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&cnro\\_ley=20507&anio=2011](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&cnro_ley=20507&anio=2011) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013].

dicha ubicación, planteando que este ilícito debía ser abordado dentro de los delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual, puesto que en él se protegía la libertad ambulatoria y la seguridad personal así como la libertad sexual<sup>100</sup>.

Sobre esta discusión (la derogación del art. 367 bis del C.P.), en un caso investigado por el Ministerio Público por hechos acaecidos con antelación al 8 de abril de 2011, la defensa solicitó el sobreseimiento definitivo fundado en la aplicación del artículo 250 letra a) del C.P.P., esto es, cuando el hecho investigado no es constitutivo de delito, por estimar que la Ley N°20.507 había derogado el tipo penal descrito en el art. 367 bis, de modo que el delito en él contenido ya no existía<sup>101</sup>.

El Juzgado de Garantía respectivo rechazó la solicitud de sobreseimiento y luego la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 11 de junio de 2013, Rol N°1300-2013, confirmó la resolución apelada señalando que: *“Lo que se aprecia por el tribunal es que en definitiva acá se está ejerciendo el principio que contempla el artículo 341, vale decir, el principio de congruencia y eso tiene que ver absolutamente en relación a lo que significan los hechos que se contienen en la acusación, son ellos los que en definitiva van a provocar la situación típica que va a estar traducida en la sentencia. El principio de congruencia implica automática-*

100 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit, p. 206.

101 Los hechos de la acusación eran los siguientes: *“Durante el mes de mayo de 2010 las víctimas de iniciales F.G.M. y J.G.M., ambas mayores de edad y de nacionalidad paraguaya, fueron contactadas en su país de origen por Gloria Mora y por Guido Villalba, este último quien es un policía, ofreciéndoseles viajar a Chile para realizar labores de asesoras del hogar en la casa de la imputada Margarita Mora, esto mediante engaño pues el fin era ejercer la prostitución. Así los imputados, Margarita Mora Romero y Hugo Figueroa Salazar, concertados para su ejecución, facilitaron la entrada al país de ambas víctimas, mediante engaño, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad y de su desamparo económico. Las víctimas ingresaron al país el día 4 de junio de 2010, siendo recibidas en el terminal de buses por ambos imputados, siendo trasladadas al domicilio de xxx, de la comuna de Las Condes. En este lugar fueron encerradas, y retenidos sus pasaportes. Una vez en el lugar y ya el día 7 de junio de 2010 ambos imputados le señalaron a las víctimas que venían a Chile para ejercer la prostitución, obligándolas a sacarse fotos con ropa interior y desnudas, las que sacó el imputado Figueroa. Estas fotografías fueron subidas a Internet promocionando la prostitución de las víctimas. En virtud de estas circunstancias las víctimas fueron obligadas por los imputados a mantener relaciones sexuales con distintos clientes que llegaron al domicilio ya referido. Así la víctima de iniciales F.G.M. mantuvo relaciones sexuales con aproximadamente 9 clientes y la víctima de iniciales J.G.M. mantuvo relaciones sexuales con alrededor de 5 clientes; todo durante la semana posterior a su llegada. En un principio el cobro del dinero por la transacción sexual, lo cobró la imputada Mora, y posteriormente se les señaló a las víctimas que por cada relación sexual estaban obligadas a entregar la mitad del dinero cobrado a los imputados, y además que le debían pagar el costo de mantener sus fotografías en Internet. Luego de un poco más de una semana aproximadamente en estas condiciones, las víctimas lograron recuperar su documentación y huyeron del lugar”*. El Ministerio Público calificó los hechos consignados como un delito de trata de personas del art. 367 bis N°3 y 5 del C.P. en relación con los actuales artículos 411 ter y 411 quáter del mismo código.

mente la figura típica que encierran los hechos; hechos que tendrán que calificarse durante la secuencia del juicio oral; razones por las cuales no se producen las circunstancias de la letra a) del artículo 250, y precisamente va a tener que calificarse oportunamente por la sentencia”.

La defensa reabrió esta discusión en sede de tribunal oral. El Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago recalificó los hechos por los cuales acusó el Ministerio Público, condenando por el delito del art. 411 ter del C.P. y sobre el particular indicó lo siguiente: “... Al respecto podemos señalar que el artículo 367 bis del Código Penal, actualmente derogado. (Derogado por la Ley 20.507, publicada en el diario oficial el 8 de abril de 2011), pero que se encontraba vigente a la época de la ocurrencia de los hechos, decía en su inciso 1° “El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 20 a 30 unidades tributarias mensuales”. Dicho inciso es casi idéntico al actual 411 ter, sólo diferenciándose en la pena, dado que la actual es más beneficiosa “reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”. En efecto el actual 411 ter señala “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”... Ahora bien, la conducta tipificada en el artículo 411 ter en su forma simple es esencialmente la misma a aquélla del artículo 367 bis inc. 1°. Promover o facilitar la prostitución... Por otra parte, siendo la figura contemplada en el artículo 411 ter más beneficiosa, conforme a la sanción impuesta, que aquélla contemplada en el inciso 1° del derogado artículo 367 bis del Código Penal, se prefería aquélla al aplicar la pena... Por último, cabe agregar que si bien la norma del artículo 367 bis fue derogada por la Ley 20.507, de ocho de abril de 2011, fue esa misma ley la que modificó los artículos 411 ter y quáter recogiendo la misma figura base y modificando y agregando otras calificadas... Luego, la conducta descrita en el artículo 367 bis fue íntegramente contemplada en los nuevos números 411 ter y quáter, por lo que resulta evidente y no requiere de mayores análisis, que la trata de personas, antes llamada trata de blancas, sancionada en el artículo 367 bis fue subsumida en la nueva normativa, por lo que malamente podría considerarse que los hechos cometidos el año 2010 no son sancionables... Por lo demás, la discusión en cuanto a la aplicación del artículo 367 bis derogado o 411 ter, es sólo para efectos de determinar cuál de aquellas normas le resulta más beneficiosa a los imputados, siendo la última de las mencionadas, la menos gravosa para ambos<sup>102</sup>.

102 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno.

La defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de este fallo, el que finalmente fue rechazado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago bajo los siguientes argumentos: “3°) *Que de la sola lectura de los preceptos transcritos precedentemente [411 ter y 367 bis inciso primer], y en los que se apoya el recurso de nulidad, se advierte que la conducta descrita en el artículo 367 bis inciso 1° –actualmente derogado– es prácticamente igual, al actual artículo 411 ter, en su forma simple, sólo difieren en la pena, ya que la norma actual resulta más beneficiosa, reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales. En consecuencia el tipo penal es promover o facilitar la prostitución, en ambas disposiciones...* 5°) *Que la sentencia en estudio, en su considerando noveno, subsumió correctamente los hechos, en el ilícito contemplado en el artículo 367 bis –vigente a la fecha de ocurrencia de los ilícitos– en relación con el artículo 411 ter ambos del Código Penal, por cuanto se cumplen las conductas descritas en ambas figuras, las que como ya se indicara son iguales y consisten en posibilitar, impulsar, iniciar, promover la prostitución,...* 6°) *Que el recurso de nulidad se ha establecido para corregir un error de derecho y existirá este error cuando el mandato legal deba cumplirse de determinada manera y la sentencia lo aplica de modo distinto. Vale decir se realiza una aplicación equivocada de la norma que tiene un sentido claro y una aplicación indiscutible. Y en este sentido, no resulta aceptable la fundamentación del recurso, en cuanto sostiene que el tipo penal se encuentra derogado, ya que como se viene advirtiendo, ambas normas ya analizados contienen idénticas conductas. En consecuencia, existe continuidad del tipo penal. De modo tal, que la circunstancia que la recurrente esgrime de inexistencia de norma que regule los hechos asentados y acreditados en la sentencia no es correcta. El legislador con la dictación del artículo 411 ter, desde el punto de técnica legislativa, en definitiva alteró la sintaxis y sólo modificó la pena del tipo, estableciendo una más benigna que la consignada en la antigua norma del artículo 367 bis, y así hoy en día la trata de personas, era lo que anteriormente se denominaba, trata de blancas...*”<sup>103</sup>.

Por otro lado y en lo relativo a la aplicación del artículo 18 del C.P., respecto de hechos que afectaron a una de las víctimas y que acaecieron antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.507, calificadas por el Ministerio Público como un delito del art. 367 bis inciso segundo N°3 y 5 del C.P., el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago indicó que aplicaba la norma del artículo 411 quáter, atendido que el tipo de pena era de reclusión y no de presidio como en la antigua norma del art. 367 bis y la extensión de la misma, en tanto era una pena privativa de libertad, por lo que resultaba más favorable para la acusada<sup>104</sup>.

103 I. Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de noviembre de 2013, Rol N°2744-2013, considerando tercero.

104 Cuarto Tribunal Oral de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, considerando undécimo. En el mismo sentido razonó el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 5 de agosto de 2013, RUC N°1000545158-8, RIT N°110-2013, considerando noveno.

## Conclusiones

Más allá de los distintos aspectos dogmáticos y jurisprudenciales abordados en este artículo, hay ciertos temas que merecen una especial mención. El primero de ellos dice relación con las diversas manifestaciones que tiene la trata de personas en las diferentes latitudes del mundo: la trata de personas no reviste las mismas dinámicas en los distintos países.

En efecto, en Chile las organizaciones criminales que se han investigado han presentado una conformación más bien de grupos interconectados que de grandes mafias. Por otra parte, los mecanismos de captación han sido fraudulentos y no violentos, y las estrategias de control ejercidos por los tratantes sobre la víctima, estando ya en Chile, han tendido más al control psicológico de ella por sobre el encierro propiamente tal.

Por otro lado, en las investigaciones y juicios desarrollados en lo referente a este delito, se observa como nudo crítico el consentimiento de la víctima y la configuración de los medios comisivos que contempla la legislación. En este contexto, a diferencia de lo señalado en el Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, la legislación nacional no contempla una cláusula que indique que el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas a toda forma de explotación intencional no se deba tener en cuenta cuando se haya recurrido a cualquier de los medios enunciados en el art. 3 de dicho Protocolo.

Más allá de esta omisión, y considerando tanto el bien jurídico afectado por este ilícito así como el contexto de vulnerabilidad de la víctima de trata de personas, pareciera ser que la presencia de un medio comisivo restaría eficacia al consentimiento de ésta, ya que en este caso la persona no se encontraría en condiciones de optar o decidir libremente, aunque aparentemente pareciera que consiente en su propia explotación. Aceptar lo contrario, entra en abierta contradicción con los valores de respeto y dignidad de la persona, propios de todo Estado Democrático de Derecho.

Un tema muy relacionado con el consentimiento, se refiere a la acreditación de los medios comisivos, en especial del engaño y del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad. Esta prueba ha descansado en la declaración de la víctima y en pericias psicológicas que han tenido por finalidad ilustrar al tribunal no sólo respecto de la sintomatología y daño que el ilícito provocó en la víctima, sino que particularmente sobre la descripción de la dinámica del delito, la relación entre la víctima y los tratantes, los mecanismos o estrategias de control utilizados por éstos para mantener bajo su control a la víctima y explotarla y los factores de vulnerabilidad de esta última.



Como consecuencia de lo anterior, la declaración de la víctima en sede de tribunal oral ha sido imprescindible para que el tribunal condene. Esta constatación lleva a algunas reflexiones: Las dificultades que presenta para una víctima de un delito de estas características, que ha ejercido el comercio sexual, relatar esta situación ante personas desconocidas, atendida la grave estigmatización que trae aparejada consigo esta actividad y, por otro lado, el alto estándar de prueba exigido en estos casos por algunos jueces a la hora de tener por configurada la presencia de alguno de los medios comisivos contemplados en la legislación, al estimar que se está ante mujeres adultas que tienen, en definitiva, la opción de elegir si se prostituyen o no. Sobre este punto, es de suma relevancia tener presente que la concurrencia de estos medios comisivos debe ser analizada y valorada a la luz de la situación particular de cada víctima y no de la del juzgador.

En el caso de los delitos regulados en los artículos 411 ter y 411 quáter del C.P., la discusión acerca de los medios comisivos escapa del ámbito jurídico y se traslada a una discusión ideológica relativa al estatuto de la prostitución propiamente tal<sup>105</sup>. En efecto, para algunos, la prostitución es una forma de trabajo, por lo que es preciso distinguir entre explotación sexual y ejercicio libre de la prostitución para discernir acerca de la convergencia del consentimiento. Para otros, la prostitución es una manifestación de la violencia de género contra las mujeres, por lo que ésta nunca se ejerce en condiciones de libertad, entendida ésta como la posibilidad de optar, dadas las circunstancias de vida que llevan a las mujeres a practicarla<sup>106</sup>; de modo que siempre se encontrarán en tensión estas dos visiones del ejercicio de la prostitución al momento de evaluar la concurrencia o la ausencia de consentimiento de la víctima.

---

105 Para una revisión de los distintos modelos normativos de abordaje de la prostitución y sus resultados, consultar: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Políticas de criminalización de la prostitución: Análisis crítico de su fundamentación y resultados”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°7, 2012, págs. 81- 142 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-7-2030&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

106 Para una descripción de las diversas posiciones en este tema: SERRA CRISTÓBAL, Rosario (Coord.). *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2007; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Las normas penales españolas: Cuestiones Generales. En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord). *Trata de personas y explotación sexual*. Granada, España, Editorial Comares, 2006, Capítulo IV, págs. 184 y sgtes. y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. Cuarto Panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 111-116.

## Referencias bibliográficas

- Aboso, Gustavo Eduardo. Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Buenos Aires, Argentina, Euros Editores S.R.L., 2013.
- Alonso Álamo, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo, N°17, Bogotá, Colombia, 2006, págs. 171-210.
- Aguilar Aranela, Cristian. Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012.
- Arias Madariaga, Emiliano y Figueroa Ossa, Ulda. “Concepto de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud en el tipo penal del artículo 411 quáter del Código Penal Chileno y bienes jurídicos protegidos por estas modalidades de trata de personas. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, Chile, N°55, Santiago, Chile, 2013, págs. 205- 219.
- Cárdenas Aravena, Claudia. Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas [en línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Carnevali Rodríguez, Raúl. La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile. En: Van Weezel, Alex (edit.). Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury. 1ª ed., Santiago, Chile, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013.
- Colombo, Marcelo. La trata de personas con fines de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad. En: Kohen, Beatriz (comp.) y Aruza Navarrete, Sonia (colab.). Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales. Ad -Hoc Srl. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2013.
- Colombo, Marcelo Luis y Mángano, María Alejandra. “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”. En: Revista del Ministerio Público, N°11, Año 7, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2010 [en línea]. Disponible en: [http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento\\_victima\\_trata.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín



- 3778-18 [en línea]. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2011](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2011) [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2013].
- Cumbre Judicial Iberoamericana, XIV, Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 2008, págs. 5-9 [en línea]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf> [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2013].
- Daunis Rodríguez, Alberto. “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”. En: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N°1, 2010 [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/693.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Departamento de Estado de Estados Unidos. Trafficking in Persons Report (TIP), 2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/195803.pdf> [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2013].
- Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo IV, 1999.
- Federación de Mujeres Progresistas. Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España. Estudio exploratorio [en línea]. Disponible en: <http://www.catedradh.unesco.unam.mx/BibliotecaV2/Documentos/Trata/Libros/trata%20en%20espana.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Gajardo Orellana, Tania y Torres Figueroa, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, Chile, N°47, Santiago, Chile, 2011, págs. 231- 251.
- Gajardo Orellana, Tania; Guzmán Valenzuela, Karen y Suazo Schwencke, Carolina “Interpretación jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la ley 20.507”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°53, Santiago, Chile, 2012, págs. 201-218.
- García Arán, Mercedes (Coord). Trata de personas y explotación sexual. Granada, España, Editorial Comares, 2006.
- Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo III.
- Genera, Observatori DESC, Grup Antígona. Análisis socio jurídico de la trata con fines de prostitución forzada: Herramientas para una intervención desde una perspectiva de derechos. Universidad Autónoma de

- Barcelona, Noviembre de 2011 [en línea]. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Analisis\\_SocioJuridico\\_Trata\\_PF\\_-\\_Genera\\_-Desc\\_-Antigona\\_Nov2011\\_0.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Analisis_SocioJuridico_Trata_PF_-_Genera_-Desc_-Antigona_Nov2011_0.pdf) [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Guzmán Dálbora, José Luis. “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”. En: *Revista Procesal Penal*, N°62, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2007, págs. 9-19.
- Kohen, Beatriz (comp.) y Aruza Navarrete, Sonia (colab.). *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales. Ad -Hoc* Srl. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2013.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012.
- Maldonado Fuentes, Francisco. Cuarto panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 99-104.
- Martos Núñez, Juan Antonio. “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012) [en línea]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865%E2%80%8E> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Ministerio Fiscal Español. Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración [en línea]. Disponible en: [http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE\\_&newPagina=1&numelempag=20&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE\\_pintarCirculares](http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&newPagina=1&numelempag=20&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE_pintarCirculares) [fecha de consulta: 16 de enero de 2014].
- Morales Plaza, Eva María. *Prostitución y trata de mujeres con fines de explotación sexual. Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género*, Universidad de Salamanca, 2010-2011.
- Naciones Unidas. *Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo* [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf) [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Report on trafficking in persons*, Nueva York, 2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/>

Trafficking\_in\_Persons\_2012\_web.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Issue Paper: Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in Persons, Viena, 2012 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC\\_2012\\_Issue\\_Paper\\_-\\_Abuse\\_of\\_a\\_Position\\_of\\_Vulnerability.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf) [fecha de consulta: 8 de enero de 2014]

Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 2 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC\\_2012\\_Guidance\\_Note\\_-\\_Abuse\\_of\\_a\\_Position\\_of\\_Vulnerability\\_S-1.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf) [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013].

Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de Autoaprendizaje, 2009, p. 11 [en línea]. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf) [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Parte General, Tomo I, 2005.

Oliver Calderón, Guillermo. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011.

Ontiveros Alonso, Miguel. El Derecho Penal frente a la trata de personas (problemas técnicos y político criminales) [en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/16.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].

Ontiveros, Miguel. Tercer panel: Políticas públicas. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 85- 89.

Organización Internacional para las Migraciones [en línea]. Disponible en: <http://www.oim.org.co/conceptos-trata.html> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].

Pérez Alonso, Esteban Juan. Trata de seres humanos: marco conceptual, legal y jurídico-penal. En: Orozco, Rosi (coord.). Trata de personas. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.

Pérez Cepeda, Ana Isabel y Quintero Olivares, Gonzalo. Las normas penales españolas: Cuestiones Generales. En: García Arán, Mercedes (Coord).

- Trata de personas y explotación sexual. Granada, España, Editorial Comares, Capítulo IV, 2006.
- Real Academia Española [en línea]. Disponible en: <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].
- Politoff Lifschitz, Sergio y Ortíz, Quiroga, Luis; Matus Acuña, Jean Pierre (coord.). Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero, Parte General. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002.
- Politoff Lifschitz, Sergio; Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004.
- Rivero, Mónica Beatriz. Segundo panel: Diagnóstico de la trata de personas y tráfico de migrantes en Chile y la Región. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 57-61.
- Rodríguez Collao, Luis. Delitos Sexuales. Reimpresión 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001.
- Ropero Carrasco, Julia y Ruiloba Alvariño, Julia. Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas [en línea]. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/25/A99.pdf> [fecha de consulta: 31 de octubre de 2013].
- Serra Cristóbal, Rosario (Coord.). Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Soto Donoso, Francisco. “Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°39, Santiago, Chile, 2009, págs. 170-184.
- Soto Donoso, Francisco. La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la ley N°20.507. Tesis para optar al grado de magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013.
- Villacampa Estiarte, Carolina. “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis C.P. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. En: AFDUDC, N°14, 2010, págs. 819-865.
- Villacampa Estiarte, Carolina. “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico penal”. En: Revista para el análisis del Derecho, InDret 1/2012,

Barcelona [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

Villacampa Estiarte, Carolina. “Políticas de criminalización de la prostitución: Análisis crítico de su fundamentación y resultados”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°7, 2012, págs. 81- 142 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-7-2030&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2013].

Villacampa Estiarte, Carolina y Torres Rosell, Núria. “Mujeres víctima de trata en prisión en España”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, N°8, 2012, págs. 411-494 [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5120&dsID=Documento.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013].

Vitar Cáceres, Jorge. “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de trata de personas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°53, Santiago, Chile, 2012, págs. 59-80.

Zúñiga Añazco, Yanira. Cuarto Panel: Acceso a la Justicia. En: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Santiago, Chile, 26 de octubre de 2012, págs. 111-116.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN LAVADO DE DINERO,  
DELITOS ECONÓMICOS,  
MEDIOAMBIENTALES  
Y CRIMEN ORGANIZADO

---





## PUNIBILIDAD DE LOS FRAUDES COMETIDOS MEDIANTE FALSIFICACIÓN Y USO DE LICENCIAS MÉDICAS FALSAS

Verónica Rosenblut Gorodinsky<sup>1</sup>

### 1. Introducción

Hasta comienzos del mes de mayo de 2012, los fraudes cometidos contra el sistema de salud previsional por la obtención de beneficios improcedentes, se encontraban sancionados de manera genérica por un tipo penal especial que fue primitivamente introducido por el legislador en términos bastante similares, tanto en el artículo 38<sup>2</sup> de la Ley N°18.469, que REGULA EL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CREA UN RÉGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD, como en el artículo 23<sup>3</sup> de la Ley 18.933, que CREA LA SUPERINTENDENCIA DE INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL, DICTA NORMAS PARA EL OTORGAMIENTO DE PRESTACIONES POR ISAPRE Y DEROGA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N°3, DE SALUD, DE 1981 (más conocida como Ley de Isapres), y que fueron recogidos en el DFL N°1 DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, que FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N°2.763, DE 1979 y DE LAS LEYES N°18.933 Y N°18.469.

En efecto, mientras en el artículo 168 del DFL N°1, se recogía el texto del artículo 38 de la Ley 18.469 estableciéndose que: *“Las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de este Libro; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados en el inciso anterior”*, el

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Artículo 38.- *Las personas que sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieren mediante simulación o engaño los beneficios de esa ley; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieren un beneficio mayor que el que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirán las personas que faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados en el inciso anterior.*
- 3 Artículo 23 inciso final: *El que sin tener la calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley; y el beneficiario que, en igual forma, obtenga uno mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirá el que coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos.*

artículo 174 inciso final del mismo Decreto era el encargado de recoger el texto del artículo 23 de la Ley 18.933, al señalar que: *“El que sin tener la calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley; y el beneficiario que, en igual forma, obtenga uno mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirá el que coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos”*, debiendo entenderse de acuerdo con la ubicación sistemática de cada uno de dichos artículos, que la primera norma contenía las figuras penales aplicables a los usuarios del sistema previsional del Fondo Nacional de Salud, y la segunda, los ilícitos que cometían los usuarios del sistema privado de salud previsional<sup>4</sup>, siendo en consecuencia correcto para los efectos de perseguir este tipo de conductas, invocar tanto la comisión de los ilícitos contemplados en los artículos 168 y 174 del DFL N°1, como la de los tipos penales contemplados en los artículos 23 de la Ley 18.933 y 38 de la ley 18.469, aún vigentes.

Sin embargo, con la publicación de la Ley 20.585 sobre otorgamiento y uso de licencias médicas, el 11 de mayo de 2012, se introdujeron en el artículo 202 del Código Penal, que hasta esa fecha era del siguiente tenor: *“el facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”*; tres nuevos incisos, que pasaron a ser los incisos segundo, tercero y cuarto, con los cuales se pretendió establecer una sanción especial para aquellos fraudes contra el sistema de salud previsional cometidos mediante licencias médicas falsificadas, al regularse, en el nuevo inciso segundo de dicho artículo, que: *“El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”*.

Tal como puede desprenderse a partir de lo señalado en el artículo 1° de la referida ley, dicha normativa tuvo por objeto: *“establecer regulaciones que permitan asegurar el otorgamiento, uso correcto de la licencia médica y una adecuada protección al cotizante y beneficiarios de las Instituciones de Salud Previsional y del Fondo Nacional de Salud, mediante la aplicación de medidas de control y fiscalización, y de sanciones respecto de las conductas fraudulentas, ilegales o abusivas relacionadas con dicho instrumento”*.

En lo que se refiere a la sanción penal de las conductas de falsificación y uso de licencias médicas falsas, el proyecto de ley que fue presentado por el Ejecutivo de

4 En efecto, mientras el artículo 168 se ubica dentro del LIBRO II del DFL N°1, que REGULA EL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CREA UN RÉGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD, el artículo 174 se ubica dentro del LIBRO III del mismo Decreto, que establece EL SISTEMA PRIVADO DE SALUD ADMINISTRADO POR LAS INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL.

la época en el mes de diciembre de 2009, de acuerdo a lo señalado en su Mensaje, pretendía sancionar, mediante el establecimiento de una figura especial, fuera del Código Penal, a las personas que incurrieran en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas, de declaraciones de invalidez, o de cualquier antecedente esencial que las justificaran, así como a las que hicieran uso malicioso de dichos instrumentos falsos, con las penas que se establecían en el artículo 202 del Código Penal; norma que contemplándose en el primitivo artículo 8° del Proyecto, consideraba además de la aplicación de la pena de inhabilitación temporal para emitir licencias médicas, una agravante especial en caso de reincidencia específica, y como norma de carácter procesal, la posibilidad que desde la formalización de la investigación, el tribunal, a petición del fiscal o del querellante, pudiera disponer, respecto del profesional que apareciera involucrado en los hechos, la suspensión de su facultad de emitir licencias médicas mientras durara la investigación o por el plazo inferior que fijara fundadamente el tribunal.

Sin embargo, durante el primer trámite constitucional del Proyecto, y luego de que al interior de la Comisión de Salud del Senado fuera rechazada la idea de legislar sobre esta materia, conociendo la Comisión de Trabajo de la Cámara Alta el mismo Proyecto, en la cual, por el contrario, se aprobó la idea de legislar, se presentaron distintas indicaciones tanto por el Ejecutivo como por algunos Senadores, orientándose algunas de ellas a sancionar conjuntamente con el otorgamiento de las licencias falsas, su obtención y tramitación<sup>5</sup>, y otras, a proponer la inclusión de la sanción de estas conductas en el propio Código Penal mediante la modificación del artículo 202, pero limitada en un comienzo, en lo que se refería a la sanción del otorgamiento de licencias médicas falsas, a conductas que implicaran habitualidad<sup>6</sup>, posibilidad que en esta etapa de la tramitación parlamentaria fue rechazada por los miembros de

5 Indicación N°25 de S.E. el Presidente de la República, para intercalar, luego de “otorgamiento”, la frase “obtención o tramitación”. Ver en Historia de la ley N°20.585 [en línea] Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> [fecha de consulta: 5 de marzo de 2014]. Indicación N°26 de la Honorable Senadora señora Rincón, para agregar la siguiente oración final: “Con la misma pena señalada en este inciso será sancionada la persona en favor de quien se emite la licencia médica, declarada falsa en virtud de lo establecido en esta ley”.

6 Indicación N°39 del Honorable Senador señor Larraín, para incorporar el siguiente artículo segundo, nuevo:

“Artículo segundo.- Modifícase el Código Penal, en el siguiente sentido:

1) Agréganse los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos, en el artículo 202:

“La misma pena del inciso anterior se aplicará al profesional de la salud que otorgue más de cuarenta licencias médicas con el objeto de que el paciente obtenga algún beneficio previsional o de seguridad social sin justificación médica, además de una multa de mil a diez mil unidades tributarias mensuales, que será determinada por el juez en proporción a la gravedad de la conducta.

Desde el momento de la formalización, el juez de garantía que esté conociendo de la causa podrá disponer, de oficio o a petición de la Secretaría Regional Ministerial de Salud o de la Superintendencia de Seguridad Social, respecto del profesional de la salud que apareciera involucrado en los hechos, la suspensión de su facultad de emitir licencias médicas mientras dure la investigación o por el plazo inferior que fije el tribunal fundadamente”.

las Comisiones unidas de Salud y Trabajo del Senado, señalando que al analizar dicha propuesta, se había concluido que una enmienda al Código Penal debería ser objeto de análisis en un proyecto de ley que fuera presentado con ese preciso fin y revisado en su propio mérito.

Posteriormente, en segundo trámite constitucional, al discutir en particular sobre el proyecto remitido desde el Senado, hubo consenso en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, sobre la inconveniencia que en un mismo artículo se contemplaran, conjuntamente, sanciones administrativas y penales; razón por la cual se propuso que los tipos penales especiales fueran regulados en el Código Penal, de manera de permitir el ejercicio de la acción penal independientemente de las sanciones administrativas que se contenían en el Proyecto, lo cual se consideró además conveniente atendida la circunstancia de que la iniciativa legal consideraba también penas accesorias que posibilitaban la declaración de inhabilitación, incluso perpetua, para el desempeño de profesiones titulares.

Haciéndose presente en consecuencia, al interior de la referida Comisión, la incongruencia de legislar una modificación al Código Penal en el articulado de la ley de licencias médicas, se presentó una indicación por el entonces H. Diputado Letelier, para reemplazar la materia contenida en el artículo 9° del Proyecto, y establecer sanciones penales, pero a través de la modificación de los Códigos Penal y Procesal Penal, proponiéndose en definitiva la eliminación de dicho artículo y su sustitución por dos nuevos artículos que fueron incluidos al final del Proyecto (13<sup>7</sup> y 14<sup>8</sup>), mediante los cuales se introducían modifica-

7 Artículo 13 (nuevo). Indicación del Diputado Letelier para introducir las siguientes modificaciones en el Código Penal:

a) Agréganse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto, en el artículo 202 del Código Penal:

“El que incurra en falsedad en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas, de declaraciones de invalidez o de cualquier antecedente esencial que las justifiquen, será sancionado con las penas previstas en este artículo. Incurrirá también en la sanción establecida en el inciso primero, el que haga uso malicioso de los documentos falsos indicados.

La misma pena del inciso anterior se aplicará al facultativo que otorgue licencias médicas para que el paciente obtenga beneficios previsionales o de seguridad social. En este caso se aplicará una pena de cien a dos mil unidades tributarias mensuales. Para efectos del inciso precedente, se entenderá que incurre en falsedad el que ejecute cualquiera de las conductas descritas en los numerales 1° a 7° del artículo 193 del Código Penal, y se considerará que comete la falsedad del numeral 4° del citado artículo, el profesional que falte a la verdad en la certificación de el o los diagnósticos.

En caso de reincidencia se deberán aplicar las penas previstas en este artículo, aumentadas en un grado, y la sanción de inhabilitación perpetua para emitir licencias médicas”.

b) Agrégase el siguiente inciso segundo, en el artículo 234 del Código Penal:

“El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusable, diere ocasión a que se cursen licencias médicas comprendidas en el inciso segundo del artículo 202, será sancionado con la pena indicada en el inciso anterior, más una multa de veinte a cincuenta unidades tributarias mensuales”.

8 Artículo 14 (nuevo). Indicación del Diputado Letelier para introducir la siguiente modificación al Código Procesal Penal:

ciones a los artículos 202 y 234 del Código Penal y se incorporaba un artículo 156 bis nuevo al Código Procesal Penal, lo que fue aprobado por la Comisión.

Fruto del análisis que se realizó al interior de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, a la redacción propuesta por la indicación del Diputado Letelier para modificar el artículo 202 regulando allí las conductas de falsificación de licencias médicas, se formuló una indicación que agregaba, al final del nuevo inciso segundo, una frase mediante la cual se pretendía sancionar además específicamente el uso de los documentos falsos<sup>9</sup>; indicación que finalmente fue rechazada.

En definitiva, en segundo trámite constitucional, la Cámara Revisora agregó los artículos 11 y 12 permanentes nuevos, que fueron aprobados en tercer trámite por la Comisión Mixta, y que implicó que el texto definitivo con que en esta materia resultara promulgada y publicada la Ley 20.585, fuera el siguiente:

Artículo 11.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

a) Intercálase en el artículo 21, en el acápite “Penas de simples delitos”, a continuación de la oración “Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad”, lo siguiente: “Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas”.

b) Agréganse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto en el artículo 202:

“El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez, será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

Si el que cometiere la conducta señalada en el inciso anterior fuere un facultativo, se castigará con las mismas penas y una multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales. Asimismo, el tribunal deberá aplicar la pena de inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena.

En caso de reincidencia, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado y se aplicará multa de setenta y cinco a setecientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

---

“Agrégase, en el artículo 155, la siguiente letra h):

“h) La suspensión de la facultad de emitir licencias médicas mientras dure la investigación o por el plazo inferior que el tribunal, fundadamente, determine”.

9 “Incurrirá también en la sanción establecida en el inciso primero, el que haga uso malicioso de los documentos falsos indicados”.

Artículo 12.- Agrégase en el Código Procesal Penal el siguiente artículo 156 bis:

“Artículo 156 bis.- Medidas cautelares especiales. En los casos de investigaciones por fraude en el otorgamiento de licencias médicas, el tribunal podrá, en la oportunidad y a petición de las personas señaladas en el artículo 155, decretar la suspensión de la facultad de emitir dichas licencias mientras dure la investigación o por el menor plazo que, fundadamente, determine”.

## 2. Estructura del tipo penal

De acuerdo a lo expuesto en el apartado anterior, la figura penal establecida mediante la Ley N°20.585 para los efectos de sancionar los fraudes previsionales en que el medio comisivo es específicamente la utilización de una licencia médica falsa, se encuentra contemplada en el actual inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, cuyo texto, como se dijo, es el siguiente: *“El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”*.

En primer lugar, se hace necesario clarificar el significado del verbo rector de la conducta que se sanciona mediante esta figura, diremos que por “incurrir”, de acuerdo a lo establecido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en la acepción que aquí resulta pertinente, debe entenderse: “caer en una falta, cometerla. *Incurrir EN un delito, EN un error, EN perjurio*”, siendo en definitiva la conducta típica que aquí se sanciona, el cometer una falsedad.

De acuerdo con ello, si bien resulta completamente coherente entender que de acuerdo a la restante descripción de la fase objetiva del tipo que se realiza en la norma, aquélla se encontraría satisfecha, cuando una o más de las falsedades que se prevén en el artículo 193 del Código Penal, se realizan al otorgar u obtener una licencia médica, lo que nos llevaría a entender que en el primer caso sería el emisor de la licencia o facultativo quien estaría cometiendo dicha falsedad, y en el segundo, probablemente el paciente (o beneficiario de la ulterior prestación previsional), no resulta sin embargo completamente claro, a qué hipótesis podría estar refiriéndose la norma, cuando prevé como supuesto punible, la falsedad que se comete en la tramitación de la licencia médica.

En efecto, pudiendo admitirse que a la luz de las diversas hipótesis de falsedad que se contemplan en los numerales del artículo 193 del Código Penal, dicho supuesto podría estar aludiendo a las alteraciones materiales que el paciente realiza en la licencia, como si por ejemplo aumenta el número de días por el cual ha sido otorgada, o la calificación de la naturaleza del reposo indicado; pareciera sin embargo resultar, que fuera de estos casos, la simple utilización

de la licencia médica falsa por parte del beneficiario, cuando para su obtención aquél no ha incurrido en ninguna falsedad, no podría ser sancionada por este tipo penal, sin perjuicio de que pudiera discutirse la aplicación de las figuras penales aún vigentes, previstas en el DFL N°1 de Salud.

En efecto, aun cuando de acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.585, consta del texto del Informe de las Comisiones unidas de Salud y Trabajo del Senado que, cuando *“la Honorable Senadora señora Rincón consultó si el Ejecutivo ha recogido la inquietud manifestada en este debate, en torno a sancionar a todos quienes intervienen en la emisión de una licencia médica falsa”* y *“Destacó que, sin perjuicio de que se analizará la readecuación del régimen de sanciones que proponga el Ejecutivo, es importante considerar en dicho régimen, un sistema sancionatorio que recaiga tanto sobre el profesional, como sobre el trabajador y el respectivo organismo administrador, en la medida que ellos incurran en un ilícito en esta materia. Es decir, recalcó, el castigo debe estar orientado a todos quienes resulten involucrados”*, la abogada de la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia respondió que, *“efectivamente, haciendo eco de dicha sugerencia, el Ejecutivo, mediante la indicación número 25, de su autoría, propone señalar en la norma que “el que incurra en falsedad en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas”* y que *“De esta forma... se sancionaría a los diferentes partícipes de este hecho, incluyendo, por tanto, también al paciente”*, pareciera ser que no fue ésa en definitiva la intención que imperó entre los legisladores.

Y ello, por cuanto, en el marco de la discusión en sala que se dio en segundo trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, el entonces H. Diputado Calderón señaló, en relación con la frase final que en esa etapa se incluía en el inciso segundo nuevo que se incorporaba mediante el Proyecto al artículo 202 del Código Penal, que: *“quiero hacer hincapié que el diputado Burgos me pidió hacer notar que la sanción al uso malicioso de los documentos falsos dice relación con una conducta que se diferencia de la castigada en el tipo principal, esto es, en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez, es decir, no se trata de la misma conducta. Hemos querido dejar constancia de eso en la historia fidedigna del establecimiento de la ley”*.

Pero además, en relación con la misma propuesta, tal como se lee de las actas de dicha discusión, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de la cual formaba parte el entonces H. Diputado Burgos, *“dejó constancia de que la oración final del nuevo inciso segundo, es decir “Igual sanción se aplicará al que haga uso malicioso de los documentos falsos indicados”, se refería a terceros que hicieran mal uso de las licencias y declaraciones de invalidez a que se refiere esta norma, pero sin haber tenido participación en el otorgamiento, obtención o tramitación de dichos documentos”*; indicación que finalmente fue rechazada por la sala en segundo trámite constitucional.



De lo anterior resulta entonces, que habiendo rechazado los legisladores la inclusión de una norma expresa mediante la cual se sancionaba la conducta de uso o utilización de licencias médicas falsas, la figura que fue incorporada como nuevo inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, no contempló tampoco dentro del ámbito de protección de la norma, la sanción de tales usos, por cuanto tal como se desprende de la historia fidedigna de la Ley N°20.585, durante su tramitación se hizo expreso hincapié en que ese tipo de conductas era diferente a las que se sancionaban mediante el “tipo principal”, esto es, a las de “*otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez*”.

Siendo ésta la correcta aplicación que estimamos debiera darse a la figura en análisis, surge entonces la pregunta de si corresponde considerar aún vigentes, para los efectos de sancionar las conductas de uso de licencias médicas falsas, los tipos penales contemplados en el DFL N°1 de Salud (artículos 168 y 174), y a través de los cuales es posible sancionar no sólo la conducta de aquel sujeto que no teniendo la calidad de beneficiario obtiene mediante simulación o engaño (en este caso, mediante el uso de una licencia falsa), los beneficios otorgados por el sistema previsional de salud; conducta que en principio sería evidentemente reprochable, sino que también, al beneficiario que por el mismo medio obtiene mayores beneficios que los que le corresponden.

En respuesta a esta interrogante, creemos correcto sostener, que no habiendo operado a través de la dictación de la Ley N°20.585, ni una derogación expresa de los mencionados artículos 168 y 174, ni una derogación orgánica de toda la normativa contemplada en el DFL N°1 de Salud, sólo podría sostenerse haber tenido lugar aquí, a partir de la inclusión de los incisos segundos, tercero y cuarto del artículo 202 del Código Penal, una derogación tácita, esto es, la pérdida de vigencia de aquella parte de la norma antigua que resulta contradictoria con el texto y espíritu de la norma nueva, pero siempre que efectivamente hubiera existido dicha contradicción.

Sin embargo, a la luz del texto prácticamente idéntico de los artículos 168 y 174 del DFL N°1 de Salud, mediante los cuales se sanciona a quienes *sin tener la calidad de beneficiarios obtuvieron mediante simulación o engaño los beneficios de esta Ley; y los beneficiarios que, en igual forma, obtuvieron un beneficio mayor que el que les corresponda*, dicha contradicción debiera a nuestro juicio descartarse, afirmándose por el contrario la vigencia de ambas normas, ya que como precisamente no podrían sancionarse mediante la aplicación del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, aquellos casos en que la licencia médica falsa es el medio engañoso utilizado por el paciente que no ha tomado parte o intervenido en la falsificación, para obtener indebidamente un beneficio previsional, las figuras penales establecidas en el DFL N°1 de Salud, no habrían resultado derogadas tácitamente en esta parte por la nueva figura penal introducida, por cuanto aquellas sí cubrirían estas hipótesis.



No habría ocurrido empero lo mismo, con la parte final de ambos artículos, mediante la cual se establecía en términos prácticamente idénticos, que en igual sanción incurrían las personas que (cooperen o) *faciliten los medios para la comisión de alguno de los delitos señalados*, es decir, por ejemplo, el facultativo que extendió u otorgó la licencia médica falsa con la cual el paciente pudo obtener indebidamente un beneficio previsional, ya que, como se dijo, esta conducta sí se encuentra hoy expresamente sancionada en el nuevo inciso segundo del artículo 202 ya mencionado; razón por la cual correspondería entender que en esa parte sí habría operado una derogación tácita de ambas normas.

Siguiendo con el análisis de la figura del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, debe señalarse que en relación con el tipo o clase de falsedades cuya comisión pueden dar lugar al delito, al referirse esta norma expresamente a *“las falsedades del artículo 193”*, debe estimarse que todas y cada una de las señaladas en dicho artículo, a excepción probablemente de la prevista en el número 8 (por improcedente), podrían dar lugar a la comisión de este ilícito, cosa que por lo demás, quedó expresamente consignada en la Historia de la Ley N°20.585, al señalarse en el Primer Informe de la Comisión de Salud del Senado, durante el primer trámite constitucional del Proyecto, que: *“para la determinación del tipo penal se entendería que incurre en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas, el que ejecutare cualquiera de las conductas descritas en los numerales 1° a 7° del artículo 193 del Código Penal, y se considerará igualmente que comete la falsedad del numeral 4° del citado artículo, el profesional que falte a la verdad en la certificación de el o los diagnósticos. De esta forma el proyecto sanciona tanto las falsedades materiales como ideológicas de licencias médicas”*.

Por otro lado, resulta importante tener presente que la figura del inciso segundo del artículo 202 del Código Penal, es un delito de mera actividad, en la medida que para la consumación del ilícito basta con incurrir en falsedad en cualquiera de los tres momentos que prevé la norma (otorgamiento, obtención o tramitación), sin que sea necesario que dicha conducta haya por ejemplo permitido además la obtención indebida de un beneficio previsional de parte de una Institución de Salud Previsional privada o del Estado.

En este aspecto, la mencionada figura presenta una importante diferencia con los delitos mediante los cuales será posible sancionar la conducta de los beneficiarios que utilicen licencias médicas falsas, por cuanto al ser los ilícitos previstos en los artículos 168 y 174 del DFL N°1 de Salud, delitos de resultado, será necesario para la consumación de los mismos, que efectivamente se haya otorgado el beneficio indebido, lo cual no obstaría sin embargo a que desde la presentación de la licencia falsa al empleador, o eventualmente, desde la emisión y entrega de la misma al trabajador con el objeto de que aquella sea presentada a su empleador, pueda ya perseguirse la sanción del delito en fases imperfectas de ejecución.

En relación con este punto, resulta importante considerar que de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2° del Título II del Libro II del DFL N°1, sobre “prestaciones pecuniarias”: *“Artículo 149.- Los trabajadores afiliados, dependientes o independientes, que hagan uso de licencia por incapacidad total o parcial para trabajar, por enfermedad que no sea profesional o accidente que no sea del trabajo, tendrán derecho a percibir un subsidio de enfermedad, cuyo otorgamiento se regirá por las normas del Decreto con Fuerza de Ley N°44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social”*, subsidio cuyo pago, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de dicho DFL, *corresponderá a la entidad que deba otorgarlos o al empleador, si lo ha convenido con la entidad otorgante*. Entre las entidades que deben otorgarlos se encuentran, de acuerdo con lo señalado en el artículo 151 del DFL N°1, *el respectivo Servicio de Salud, Caja de Compensación de Asignación Familiar o Institución de Salud Previsional, según corresponda*. Por último, de acuerdo con el Artículo 14° del DFL N°44: *“Los subsidios se devengarán desde el primer día de la correspondiente licencia médica, si ésta fuere superior a diez días o desde el cuarto día, si ella fuere igual o inferior a dicho plazo”*.

Entendiendo entonces que la prestación pecuniaria que otorga el sistema previsional de salud, consiste en un subsidio que se entrega al trabajador (afiliado o cotizante) que hace uso de una licencia médica por incapacidad total o parcial para trabajar, y que éste constituye en definitiva el beneficio que para los casos en análisis debe recibirse indebidamente; para los efectos de determinar en cada caso cuál patrimonio resultará afectado, habrá que distinguir si nos encontramos frente a trabajadores del sector público o del sector privado.

Y ello, por cuanto en el primer caso, si bien la forma en que opera el sistema es que una vez presentada la licencia médica por el trabajador a su empleador, éste gestiona el pago del subsidio con la institución previsional que corresponde, es decir, a través del COMPIN<sup>10</sup> si el sujeto está afiliado a FONASA o directamente con la ISAPRE, el beneficio que es pagado por la institución previsional sólo se devenga a partir del cuarto día de la licencia médica y por un monto mensual total cuyo tope bordea las UF 64, por lo que si bien en caso de presentarse una licencia médica falsa, efectivamente resultarán perjudicados patrimonialmente FONASA o la ISAPRE que corresponda por el monto de los beneficios que hayan otorgado, también podría resultar patrimonialmente perjudicado el empleador, es decir, el Fisco, en la medida que siendo obligatorio en la administración pública que el empleador continúe con el pago del sueldo del trabajador que está haciendo uso de una licencia médica, sólo podrá repetir en contra de la institución previsional correspon-

10 Comisión Médica, Preventiva e Invalidez, que forma parte de la Subsecretaría de Salud Pública y cuya misión es velar, de acuerdo con la ley, por el cumplimiento de las normas médico legales en materias de seguridad social; actuar como garante de la fe pública en la certificación de estados de salud y en la gestión de procesos técnicos y administrativos; y garantizar en forma eficaz el acceso a los beneficios de la protección social en salud, entre otras funciones.

diente a partir del 4° día de licencia y hasta el tope mencionado, debiendo en consecuencia asumir patrimonialmente el costo del pago del sueldo correspondiente a los primeros tres días de la licencia y, eventualmente, de la parte del sueldo del trabajador que excede el tope del beneficio que es pagado por la institución de salud previsional.

En el segundo caso, en cambio, será FONASA a través del COMPIN, la ISAPRE directamente, o ésta a través de una CAJA DE COMPENSACIÓN, la que otorgue el beneficio luego de que el empleador gestione el pago tras haber recibido la licencia, y sin que por regla general el empleador deba soportar el pago del monto proporcional al sueldo de los primeros tres días por los cuales aquélla ha sido otorgada, ni la parte del sueldo del trabajador que excede del monto tope del subsidio, por lo que en principio, el único patrimonio que resultará afectado, será el de la institución previsional correspondiente.

Lo anterior, sin embargo, no implica sostener que nos encontremos frente a un delito contra el patrimonio o propiedad, ya que, por el contrario, en este tipo de figuras se tiende a sostener que se trata de delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos o supraindividuales como serían el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social o del sistema previsional de salud.

Por último, terminando con el análisis de estos tipos penales, habrá que señalar en cuanto a la faz subjetiva de los mismos, que tanto la nueva figura contemplada en el inciso segundo del artículo 202 del Código Penal como las reguladas en los artículos 168 y 174 del DFL tantas veces mencionado, son figuras dolosas<sup>11</sup>.

11 En relación con ello, en la historia de la tramitación de la Ley N°19.381, concretamente en el Segundo Informe de la Comisión de Salud de la H. Cámara de Diputados evacuado en Primer Trámite Constitucional, quedó constancia de lo siguiente: “La indicación N°6, del H. Senador señor Otero, sustituye el inciso final del artículo 23 propuesto, por el siguiente: “El que sin tener la calidad de beneficiario, mediante simulación o engaño o suplantación de persona, obtuviere los beneficios establecidos en esta ley o uno mayor que el que le corresponda, será sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En igual sanción incurrirá el que, a sabiendas, coopere o facilite por cualquier medio la comisión de estos delitos”. La unanimidad de los miembros de la Comisión, ya individualizados a propósito de la indicación anterior, estuvo por aprobar la indicación transcrita, salvo en lo que se refiere a la expresión “a sabiendas”, respecto de la cual se produjeron opiniones discrepantes. En efecto, el H. Senador señor Otero, sostuvo la conveniencia de incorporar la citada expresión, a fin de evitar posibles sanciones a personas inocentes. Por su parte, la H. Senadora señora Feliú, manifestó que la mencionada inclusión es innecesaria, toda vez que el Código Penal, en su artículo 12, inciso segundo, expresamente señala que las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. A su turno, el señor Fiscal de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional señaló que, a su juicio, la incorporación de elementos subjetivos en el tipo no es recomendable como técnica legislativa, prefiriendo al respecto la aplicación de las normas generales. Puesta en votación la indicación, sin la expresión “a sabiendas”, ella resultó aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión. Luego, al votarse la mencionada expresión, resultó rechazada como consecuencia de la

### 3. Otras figuras penales eventualmente aplicables

El artículo 204 CP, sanciona al que falsificare un documento de la clase a que se refieren los mencionados en los artículos 203 y 202 que lo preceden, ampliándose la sanción, en su inciso segundo, al uso malicioso de los mismos documentos falsos, pero siempre que ese uso sea hecho con el mismo fin, esto es, con la finalidad de eximir a alguna persona de algún servicio público, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del artículo 202 del C.P., o bien, con la de recomendar a alguna persona, en los términos que señala el artículo 203 del C.P., surgiendo por tanto la duda de si a través de las figuras del artículo 204 del C.P., sería posible también sancionar la falsificación o uso de licencias médicas falsas.

Para los efectos de responder esta interrogante, y dando una interpretación útil a las normas contenidas en los incisos primero y segundo del referido artículo 204 a la luz del actual inciso segundo del artículo 202 del C.P., resulta importante aclarar, en primer término, que el objeto del delito de las figuras establecidas en dichos incisos, es especial y diferente al de una licencia médica, y consiste, en lo que respecta a los documentos signados en el inciso primero del artículo 202 del C.P., en una certificación de enfermedad o lesión, esto es, de acuerdo con lo señalado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en un *“Documento en que se asegura la verdad de un hecho”*.

Pero además, también es importante aclarar, que de la redacción de estas normas se advierte que la hipótesis que pretende sancionarse mediante esta figura es, en el caso del inciso primero del artículo 204 del C.P., la de la falsificación material que un tercero hace de dicha certificación luego de que aquella ha sido expedida por un facultativo, señalando por tal motivo nuestra doctrina, que la figura del inciso primero del artículo 202 del C.P., sería un delito especial que requiere de un sujeto activo calificado, de un facultativo, es decir, de un médico (se excluirían como posibles sujetos activos de estos delitos otros profesionales de la salud como enfermeras y matronas<sup>12</sup>) que comete una falsedad ideológica, en la medida que la conducta típica consiste en extender o librar un certificado, es decir, un documento escrito, respecto de una enfermedad o lesión que no tiene el paciente, o que es de naturaleza o gravedad distinta a la que se indica.

---

*aplicación del artículo 178 del Reglamento de la Corporación. Votaron por su eliminación los HH. Senadores señora Feliú y señor Ruiz-Esquide y, por su mantención, el H. Senador señor Larre. Se abstuvieron los HH. Senadores señora Carrera y señor Piñera. En todo caso, se acordó dejar constancia de que la eliminación de la expresión en cuestión, no implica que la conducta no requiera dolo”.*

12 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, Tomo IV, p. 101.

Sin embargo, tanto para los efectos de la configuración de las hipótesis de falsedad establecidas en los incisos primero de los artículos 202 y 204 antes referidos, como para la del ilícito de uso contemplado en el inciso segundo de esta última norma, se requiere que la finalidad con que se realicen las conductas de falsificación o uso, sea la de eximir a una persona de algún servicio público, surgiendo en este punto la duda acerca de cuál debe ser la interpretación que debe hacerse de dicho concepto, pudiendo en efecto sostenerse una interpretación restrictiva a partir de la cual se estime que por *servicio público* ha de entenderse exclusivamente aquellas actividades o funciones que obligatoriamente son impuestas por la ley o la Constitución a una persona y que ceden en beneficio de la nación como la obligación de realizar el servicio militar o de ser vocal de mesa; o bien, una interpretación amplia, a través de la cual se identifique dicho concepto con todas las funciones que realizan los funcionarios públicos, señalando el único de nuestros autores que se ha referido particularmente a este tema, que: “*Debe entenderse, en consecuencia, que en el caso del certificado médico, el “fin debe ser el de eximir del servicio a una persona llamada a él (expresamente exigido por la ley)”*”<sup>13</sup>, aludiendo así, a nuestro parecer, a una interpretación restrictiva.

En consecuencia, si bien por la remisión genérica que realiza el artículo 204 del C.P. a los documentos signados en el artículo 202 del C.P., para los efectos de sancionar su falsificación material por una persona distinta de quien los ha expedido, así como su uso malicioso, podría en principio estimarse que en particular la norma contemplada en el inciso segundo de dicho artículo, serviría para sancionar el uso malicioso de licencias médicas falsas, lo cierto es que datando el texto de dicha norma del año 1996<sup>14</sup>, esto es, de una fecha anterior a la inclusión del actual inciso segundo del artículo 202 del C.P. ocurrida en el año 2012, en que la referencia efectuada por dicho artículo se entendía realizada exclusiva e inequívocamente a los documentos signados en el inciso primero de esta última norma, esto es, a las certificaciones y no a las licencias médicas, su aplicación a las hipótesis de fraudes cometidos mediante falsificación y uso de licencias médicas falsas, debiera descartarse.

13 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo IV, p. 182.

14 Ley N°19.450, Publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de marzo de 1996, que “Sustituye escalas de multa que señala y Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley N°18.287 y el Decreto Ley N°645, de 1925”.



## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE DINERO COMETIDO CON NEGLIGENCIA INEXCUSABLE<sup>1</sup>

*Angélica Torres Figueroa*<sup>2</sup>

La aplicación de la Ley N°19.913 ha generado una interesante discusión en doctrina y jurisprudencia referida al tipo penal de lavado de dinero previsto en el artículo 27 letras a) y b) respecto a aspectos tales como la autonomía del delito de lavado de dinero frente al delito base o precedente; objeto material del delito de lavado de dinero y posibilidad de mezcla de bienes o lavado sustitutivo; autolavado y agotamiento del delito base; exigencia de sentencia condenatoria previa por el delito base; elemento subjetivo y posibilidad de cometer el delito de lavado de dinero con dolo eventual; tipologías de lavado de dinero, entre otros y la figura de lavado de dinero cometida con negligencia inexcusable, prevista en el artículo 27 inciso 4°.

En las páginas siguientes, pretendo centrar la atención en el contenido y alcance de la negligencia inexcusable en el delito de lavado de dinero, punto de partida al momento de aplicar esta figura, intentando fijar criterios para una adecuada aplicación de ésta.

### 1. Lavado de dinero culposo en la legislación chilena

#### Historia de la ley

En la discusión legislativa, el Ministerio Público, señaló que la normativa internacional tiende a recomendar que los Estados sancionen la modalidad imprudente. Agregó que el Reglamento Modelo sobre los delitos de lavado, de la CICAD (Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas), dispone que cometen delito penal las personas que lavan bienes de origen delictivo “a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional” de que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves<sup>3</sup>.

1 El presente artículo es un extracto de la Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, de la Universidad de Chile, IV versión, 2010-2011. La Actividad Formativa Equivalente a Tesis fue elaborada con la tutoría del profesor Sr. Felipe Abbott Matus, y fue defendida y aprobada con fecha 16 de enero de 2014, ante una comisión presidida por el profesor Sr. Juan Pablo Mañalich Raffo y compuesta por los profesores Sr. Osvaldo Artaza Varela y Sr. Felipe Abbott Matus.

2 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N°19.913, p. 203 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&buscar=19.913> [fecha de consulta: 23 de agosto de 2013].

Agrega el diputado Burgos: “para decir las cosas en forma íntegra, afortunadamente en la nueva legislación propuesta, aprobada por ambas Cámaras, se establece una conducta culposa. Es decir, no sólo es autor, cómplice o encubridor del delito de lavado de dinero quien, a sabiendas, conoce el origen del dinero, sino también aquel que por negligencia inexcusable declara desconocer su origen. En consecuencia, se tipifica, en el techo, una conducta dolosa cuya sanción fluctúa entre cinco y quince años, y en el piso, una conducta culposa de menor penalidad, pero que no es un cuasidelito, sino un delito, porque se le da connotación delictual<sup>4</sup>.

## Estructura del tipo penal

Artículo 27 inciso 4°:

Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados.

El artículo 27 letra a) de la Ley 19.913 establece:

“Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.”

### a. Tipo objetivo

#### CONDUCTA: FIGURA DE OCULTAMIENTO

Mediante la letra a) del artículo en comento, se sanciona a “el que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos

4 Ibid., p. 388.



constitutivos de alguno de los delitos (...); o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes”<sup>5</sup>.

Esta figura de ocultamiento implica, en palabras de Pramps, que “el blanqueo de capitales, como fenómeno, es un proceso, (...) tiene por objeto destruir las pistas o indicios que conducen a la fuente generadora de los bienes, esto es, al delito previo”<sup>6</sup>.

Del artículo 27 letra a) se desprende que el ocultamiento o disimulación pueden referirse tanto al del origen ilícito de los bienes, como a los bienes en sí mismos.

Por otra parte, el ocultamiento o disimulación pueden presentarse “de cualquier forma”.

#### SUJETO ACTIVO

Cualquier persona. Se trata de un delito común. La cuestión respecto a la autoría en materia de lavado culposo no ha sido pacífica en doctrina, ni lo fue al momento de discutirse la incorporación de esta figura.

Parte de la doctrina argumenta que el tipo penal culposo sólo puede ser aplicable a quienes son sujetos obligados en virtud del artículo 3° de la Ley 19.913<sup>7</sup>. Sin embargo, en el último apartado de este artículo, luego de haber

5 Actualmente la única hipótesis que puede cometerse con negligencia inexcusable es la del artículo 27 letra a). Sin embargo, se encuentra en Segundo Trámite Constitucional en el Senado, en el boletín N°4426-07, “Autoriza levantamiento de secreto bancario en investigaciones de lavado de activos”, que entre otras modificaciones, propone ampliar la posibilidad de cometer el delito de lavado de dinero con negligencia inexcusable, a la hipótesis de “contacto” contemplada en el artículo 27 letra b). Al respecto, en la discusión parlamentaria que se sostuvo en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el Diputado Burgos señaló que “este inciso se ocupa de la figura culposa del delito de lavado de activos, indicando que si el autor no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena se rebajará en dos grados. La propuesta del Ejecutivo no haría otra cosa más que ampliar el tipo culposo del delito descrito en la letra a) también al descrito en la letra b)”. La modificación se aprobó sin debate, por unanimidad. La discusión también da cuenta que el profesor Juan Domingo Acosta se refirió a aspectos formales de la modificación propuesta y agregó que “con ello se resuelve el dilema de la sanción aplicable al lavado de activos cometido con dolo eventual y no directo, pues por esta vía quedaría sancionado de igual forma. Puntualizó que esta norma precisa que las formas negligentes ameritan una sanción menos gravosa”. Biblioteca del Congreso Nacional. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que autoriza levantamiento de secreto bancario en investigaciones de lavado de activos. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consulta 06 de agosto de 2013], p. 31.

6 PRAMBS JULIÁN, Claudio. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005, págs. 76 y 77.

7 Artículo 3°.- Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre los actos, transacciones u operaciones

revisado por una parte el concepto de negligencia inexcusable, y, por otra, su aplicación al delito de lavado de dinero, analizaré la posibilidad de aplicar esta figura a tanto a sujetos obligados como no obligados.

#### OBJETO MATERIAL

El tipo penal se refiere a bienes. Se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

#### b. Tipo subjetivo

El autor de la conducta descrita en la letra a) del artículo 27, es decir, quien oculta o disimula el origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos, no ha conocido dicho origen por negligencia inexcusable.

Cabe señalar, a pesar de la claridad del tipo penal, que la negligencia inexcusable está referida exclusivamente al desconocimiento del origen ilícito de los bienes, y no de las conductas calificadas como aptas para ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos.

## 2. Concepto de negligencia inexcusable

Debo hacer presente que en los párrafos siguientes se hablará la mayor parte del tiempo de “imprudencia”, a pesar que el concepto a analizar, utilizado por la Ley 19.913 es el de “negligencia”. Lo anterior, en el entendido de que

---

sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: los bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las administradoras de fondos de inversión; el Comité de Inversiones Extranjeras; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de comercio; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones, y las sociedades anónimas deportivas profesionales, regidas por la ley N°20.019. Ley 19.913 crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos. Publicación en Diario Oficial 18 de diciembre de 2003.

ambos conceptos son sinónimos o no presentan mayores diferencias, por lo menos para realizar el análisis a nivel de concepto<sup>8</sup>.

En ese sentido, en Chile, Cury considera que no existen diferencias conceptuales entre la imprudencia y la negligencia<sup>9</sup>, mientras que Garrido Montt considera que imprudencia y negligencia no son conceptos diferentes, sino expresiones distintas que aluden a situaciones análogas<sup>10</sup>.

Por otra parte, y teniendo en consideración lo anterior, haré referencia a la “imprudencia temeraria” del derecho comparado, como sinónimo de la “negligencia inexcusable”. En ese sentido, Politoff, Matus y Ramírez al referirse a los delitos culposos especialmente penados afirman que no parece haber problema en asimilar la exigencia de la culpa grave de la imprudencia temeraria a los supuestos en que la ley emplea expresiones como “negligencia inexcusable” u otras similares<sup>11</sup>.

Realizadas las aclaraciones anteriores, considero relevante realizar una breve aproximación a la evolución del concepto de imprudencia en la dogmática. Al respecto, Corcoy resume de manera bastante simple las etapas por las que ha atravesado la noción de imprudencia, su naturaleza y elementos. Señala que en un primer momento la imprudencia fue vista como un vicio de la inteligencia, vicio de la voluntad o culpa de carácter, desde la perspectiva de la concepción psicológica de la culpabilidad. En ese mismo contexto se desarrolla el concepto de culpa como error, el que para algunos posee un significado subjetivo, y para otros implica un error en la realización de la conducta. Final-

8 A favor de esta interpretación, Zaffaroni, refiriéndose a la sistemática del Código Penal Argentino, señala que no hay una definición de culpa en la parte general del Código Penal y su construcción debe basarse en las disposiciones de la parte especial. Afirma que “aunque aparentemente enuncia como formas la imprudencia, la negligencia y la impericia, se trata de las formas clásicas del derecho romano (Lex Aquilea del Digesto y en las Institutas, De obligationibus quae ex quasi delicto nascuntur) que en rigor pueden reconducirse a las dos primeras, sosteniendo algunos autores que ambas son también reconducibles recíprocamente y optando, no sin cierta arbitrariedad, por una u otra como denominación genérica. Las preferencias denominativas responden a tradiciones: se adopta culpa en la literatura italiana (colpa) y negligencia e imprudencia como traducción de la Fahrlässigkeit alemana, aunque parece más exacta la primera. Dado que la cuestión terminológica no es determinante, se emplean aquí como sinónimos culpa, negligencia e imprudencia. En ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Ediar S.A. Editora, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 550.

9 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 345.

10 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 226.

11 POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 293.

mente, entre las concepciones subjetivas, la imprudencia aparece vinculada a la previsibilidad. Posteriormente, al no poder comprender la imprudencia dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad, se da paso a la concepción normativa de la culpabilidad. El elemento normativo pasa a ser la infracción de la norma de cuidado. El deber objetivo de cuidado se determinaba en principio de forma subjetiva, y luego de manera objetiva-subjetiva. Posteriormente, la doctrina mayoritaria sitúa la infracción del deber de cuidado como un elemento del tipo<sup>12</sup>.

En Chile, Politoff, Matus y Ramírez, señalan que actualmente entendemos que actúa con culpa quien debiendo evitar un resultado previsible y evitable, no lo prevé, o previéndolo, no lo evita, pudiendo hacerlo<sup>13</sup>. Respecto al grado de imprudencia o negligencia, refiriéndose al tratamiento general, señalan que la imprudencia temeraria, prevista en el artículo 490 “es aquella cuya intensidad es mayor que la de la simple imprudencia, pero no alcanza a un dolo eventual, por lo que Labatut la hace sinónima de “imprevisión inexcusable” y que podría asimilarse a la culpa lata o grave del Código Civil<sup>14</sup>.

Garrido Montt, por su parte, señala que el contenido del injusto en el delito culposo está en la disconformidad del cuidado esperado por el ordenamiento jurídico en relación a la ejecución de una actividad peligrosa y el realmente empleado al llevarlo a cabo. La substancia del hecho culposo es no emplear el cuidado debido en el cumplimiento del deber o en la realización de una acción creadora de riesgos<sup>15</sup>. Para él la imprudencia o falta de cuidado no es una cuestión psicológica, sino normativa, y añade que imprudencia y negligencia no son conceptos diferentes, a pesar que muchas veces se asocia la imprudencia con una acción y la negligencia con una omisión, para la doctrina mayoritaria ambas son expresiones distintas que aluden a situaciones análogas<sup>16</sup>.

Respecto al nivel de la imprudencia o negligencia, Garrido Montt, al igual que Politoff, Matus y Ramírez, considera que el Código Penal contempla distintos grados de intensidad de la infracción al deber de cuidado, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal.

12 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Maestros del Derecho Penal N°19. Editorial B de F Montevideo, Uruguay, Buenos Aires, Argentina, 2005, págs. 196 y sgtes.

13 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 282.

14 SEGOVIA ARANCIBIA, Antonio. Absolución por el delito de lavado de dinero culposo: contenido y límites del concepto de “negligencia inexcusable”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, págs. 214 y sgtes.

15 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 210.

16 *Ibid.*, p. 226.

La imprudencia temeraria sería el grado de mayor intensidad de culpa susceptible de sanción. Consiste en la omisión de aquel cuidado que puede exigirse a las personas menos diligentes al realizar una actividad creadora de riesgos, o en la inobservancia de la diligencia más elemental, equiparable este concepto al de culpa lata que utiliza el Código Civil. La mera imprudencia o negligencia se identificaría con la falta de cuidado que el hombre medio emplea en la actividad que desarrolla, correspondería en otros términos a actividades creadoras de riesgos que exigen de quien las realiza mayor acuciosidad. Este tipo de culpa sería equiparable a la llamada culpa leve. Finalmente la mera imprudencia o negligencia con infracción del reglamento es igual en intensidad a la mera imprudencia, pero concurre además la infracción de una norma reglamentaria<sup>17</sup>.

### 3. Aplicación del concepto de negligencia inexcusable al delito de lavado de dinero

A continuación se realiza una revisión de la aplicación del concepto de negligencia inexcusable, en el ámbito exclusivo del delito de lavado de dinero, desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial.

A nivel doctrinario, Juana del Carpio explica que en España, tras la modificación del Código Penal, el artículo 301 N°3 prevé la hipótesis de blanqueo de bienes cometido con imprudencia grave. Respecto al ámbito de aplicación del concepto, señala que las modalidades de blanqueo que admiten incriminación imprudente son las contempladas en el artículo 301 N°2, es decir, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre bienes que tienen su origen en un delito grave. Añade que se trata de un delito común, ya que el tipo no exige ninguna cualidad, pero excluye a quienes han cometido el delito base, ya que –evidentemente– ellos conocen con certeza el origen de los bienes. Respecto a la gravedad de la imprudencia, señala que para medirla habrá que tener en cuenta la capacidad del sujeto, el rol específico que cumple así como sus conocimientos especiales<sup>18</sup>.

Por su parte, Eduardo Fabián Caparrós señala que el legislador español no busca ceñir el ámbito de la imprudencia punible al conocimiento de los bienes, sino que también lo extiende a las conductas de blanqueo. Sin embargo, la técnica legislativa es criticada por el mismo autor, quien además considera que en la práctica es improbable que concorra negligencia inexcusable respecto de un acto de ocultamiento o disimulación. Luego, considera que la propia fenomenología limita el ámbito de la negligencia al conocimiento

17 Ibid., págs. 223-224.

18 DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 1997, págs. 329 y sgtes.

de la procedencia ilícita del objeto material, los bienes. Respecto al grado de negligencia, señala que ésta debe ser grave, por lo que entiende que no basta cualquier falta de atención para cometer el delito, sino que es necesario actuar conforme a la omisión de la diligencia más elemental exigible al hombre menos cuidadoso, diligente y atento<sup>19</sup>.

Blanco Cordero, al referirse a la realización del delito de lavado de activos por imprudencia, señala que la normativa internacional recomienda sancionar a las personas que comenten el delito con “ignorancia intencional” o “ignorancia deliberada”<sup>20</sup>. Analiza el problema de la ignorancia deliberada en el derecho penal español, señalando que el concepto “ignorancia intencional” es desconocido en el derecho español, ya que procede de Estados Unidos, donde se elaboró el concepto de “willful blindness”, que puede traducirse como “ceguera deliberada”, aunque usualmente se emplean expresiones como “ignorancia deliberada” o “ignorancia intencional”.

En cuanto a la normativa internacional existente en la materia, y que reconoce la posibilidad de sancionar el lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, Blanco hace referencia al artículo 2° del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, afirmando que el tipo penal da cabida a la “ignorancia intencional” desde que se señala que el delito puede cometerse “a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de que tales bienes son producto de tráfico de drogas u otro delito grave”. Afirma que en estos casos, un sujeto está obligado a conocer el origen de los bienes, o, por lo menos, a sospechar de la legalidad de la procedencia de los mismos, y pese a todo, actúa sobre tales bienes<sup>21</sup>.

Blanco hace referencia además a la recomendación N°6 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la que establece que “debe promoverse la penalización de aquellas actividades en las que el lavador podría haber conocido el origen delictivo de los fondos blanqueados”; al artículo 1.1.1 de la Ley Modelo del Programa Mundial contra el blanqueo de dinero (PNUFID), que establece que el autor “debería haber sabido” que los bienes constituyen efectos de un delito; y al artículo 6.3.a) del Convenio del Consejo de Europa o Convenio de Estrasburgo, que dispone que “cada parte podrá adoptar las medidas que considere necesarias para tipificar también como delitos en vir-

19 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Madrid, España, Editorial Colex, 1998, págs. 420 y 421.

20 BLANCO CORDERO, Isidoro. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, p. 195 [en línea]. Disponible en: [http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/pubs/Combate\\_Lavado\\_3ed.pdf](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf) [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

21 BLANCO CORDERO, FABIÁN CAPARRÓS, ZARAGOZA AGUADO, ob. cit., págs. 195 y sgtes.

tud de su legislación nacional las acciones cometidas por el autor en los casos que éste “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”.

Desde la perspectiva de Abel Souto el artículo 6.3 letra a) del Convenio de Estrasburgo sugiere la incriminación de conductas negligentes. Pero no se trata de punir comportamientos asociados a las conductas de ocultamiento o disimulación o a las de contacto: únicamente se tiene en consideración la falta de cuidado si versa sobre el origen de los bienes, esto es, cuando se desconoce por imprudencia que el objeto sobre el que recae la conducta, constituye el provecho económico derivado de un delito<sup>22</sup>, modalidad que ha acogido, como ya se señaló, el legislador al tipificar la figura de lavado de dinero del artículo 27 inciso 4° de la Ley 19.913.

Para CICAD, la estructura del tipo culposo cumple con la tarea de precisar las condiciones bajo las cuales se considera que en la ejecución de una acción se ha omitido colocar la medida de dirección final de que el hombre medio es capaz, a causa de lo cual debe considerársele injusta. Añade que “como es posible de imaginar, resulta insensato procurar describir estas situaciones, por lo que se han buscado soluciones para su tipificación construyendo tipos amplios, esto es, introduciendo en la descripción general en los que la culpa es aludida elementos o fórmulas normativas, a través de expresiones como “negligencia”, “ignorancia inexcusable”, “descuido”, “que deba conocer”, “descuido culpable”, o como el Reglamento Modelo de la CICAD señala, “debiendo saber”<sup>23</sup>. De acuerdo con CICAD, ambas expresiones –debiendo saber y habría debido saber– permiten al juez decidir si el procesado debía saber o no, de acuerdo a las obligaciones que tenía, lo cual, según el Reglamento Modelo (CICAD), deberá ser apreciado según las “circunstancias objetivas del caso”<sup>24</sup>.

En Chile, muy pocos autores se han referido a este tema. Pramb al referirse al tipo penal de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable señala que “el tipo se refiere a no conocer el origen de los bienes por negligencia inexcusable. De ello concluimos, por abstracción, que el legislador está imponiendo una norma penal que nos obliga a verificar el origen de los bienes, bajo amenaza de sanción. Pero no nos dice cuáles son las conductas concretas que debe emprender el sujeto para conocer dicha procedencia ni dónde están las normas que nos indiquen cómo conocer el origen, a las que debemos recurrir para que no se nos reproche negligencia inexcusable. Dicho de otra forma, no

22 ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis de Doctorado. Director Dr. José Manuel Lorenzo Salgado. Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. 2001, p. 160.

23 Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana para el control y el abuso de drogas. CICAD. *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Washington, p. 8.

24 *Ibid.*, p. 28.



nos señala dónde están las normas que delimiten el riesgo permitido en esta materia, dentro del cual debemos mantenernos para no incurrir en infracción penal<sup>25</sup>”.

Por su parte, Martorell<sup>26</sup> afirma que “la negligencia inexcusable en que se sustenta el tipo no se refiere a una acción u omisión ejecutada por el autor, donde los conceptos antes señalados puedan exigirse, sino a un conocimiento, o, mejor dicho, a una falta de conocimiento debido”. Señala además que, al ser el conocimiento del origen ilícito de los bienes sólo una parte del tipo penal, que debe cometerse con negligencia inexcusable, el resto de las conductas –los actos de ocultamiento o disimulación– deben necesariamente ejecutarse con dolo.

A nivel jurisprudencial, a continuación algunos de los argumentos más relevantes que se han considerado en la jurisprudencia española, tanto para condenar como para absolver en materia de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable o imprudencia temeraria, de acuerdo al artículo 301 N°3 del Código Penal Español.

La STS N°5288/2005<sup>27</sup> del Tribunal Supremo Español señala que “el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su “ambigüedad e inespecificidad” y por contradecir el criterio de “taxatividad” de los tipos penales. A pesar de ello, recuerda la doctrina que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito”.

Respecto al autor del delito, continúa señalando que “la L.1/1993 (y su reglamento de 1995) previó el incumplimiento de obligaciones específicas exigibles a determinados profesionales. En estos casos el blanqueo por imprudencia reviste el carácter de delito especial, que sólo pueden cometer los destinatarios de los deberes que impone la normativa administrativa (...) El CP, en cambio, se extiende a los que procedan de cualquier delito”.

25 PRAMBS JULIÁN, ob. cit., págs. 502 y sgtes.

26 MARTORELL CORREA, Daniel. Comentarios sobre la Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y sanciona el Blanqueo de Activos. *CDE, Revista de Derecho*, p. 14 [en línea]. Disponible en: [www.cde.cl](http://www.cde.cl) [fecha de consulta: 18 de enero de 2013].

27 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 5288/2005. Número de Resolución 1034/2005, de fecha 14 de septiembre de 2005. [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=1194992&links=%221043/2004%22&optimize=20051006&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].



En relación al grado de imprudencia exigida, señala la sentencia que “se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad, y sin embargo haya actuado al margen de tales cautelas, inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida (...) A pesar de las divergencias existentes al respecto en doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta de cuidado socialmente exigible para evitar daño al bien jurídico protegido”.

Destaca que el acusado, quien finalmente es condenado, “era consciente de que algo anómalo, irregular y dudoso existía en las operaciones que efectuaba; no obstante lo cual las realizó, con significativa dejación de cuidado y determinante abandono de las precauciones del caso”. En efecto, el condenado tenía una cuenta corriente que había mantenido una operativa normal, con pequeños ingresos durante un período determinado de tiempo. Sin embargo, en cuatro días diferentes, se presentó en una sucursal del banco junto a otro de los acusados, y realizó cuatro imposiciones en efectivo en su cuenta, para luego ordenar tres transferencias a Florida, Panamá y Miami. Se determinó que las operaciones tenían por objeto transferir dinero procedente del tráfico de drogas. El Tribunal de instancia estimó que el acusado a) pudo conocer ese origen; b) pudo evitar llevar a cabo la actividad de ocultación; c) debió conocer el origen; d) debió evitar tal actividad. Y que esos deberes, aunque no derivados de la Ley de Blanqueo de Capitales, ni de sus disposiciones reglamentarias, vienen impuestos por la exigencia de evitar los riesgos para la salud pública que encierra el favorecimiento del negocio consistente en el tráfico de estupefacientes”.

El razonamiento que se esgrime en esta sentencia es frecuentemente invocado por jurisprudencia del Tribunal Supremo Español<sup>28</sup>.

28 Así por ejemplo: Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 6825/2009. Número de Resolución 1025/2009, de fecha 22 de octubre de 2009; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7288/2008. Número de Resolución 960/2008, de fecha 26 de diciembre de 2008; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 4330/2011. Número de Resolución 522/2011, de fecha 1 de junio de 2011; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7441/2011. Número de Resolución 1137/2011, de fecha 2 de noviembre de 2011; Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 130/2009. Número de Resolución 16/2009 de fecha 27 de enero de 2009.

En lo personal, coincido con el razonamiento del tribunal, salvo en cuanto afirma que los riesgos que debe evitar el autor son aquellos para la salud pública, pues la salud pública es el bien jurídico protegido por el delito base, pero no por el delito de lavado de dinero; creo más acertado afirmar que el riesgo que debe evitar el sujeto al observar el deber de cuidado, es aquel que pone en peligro la administración de justicia, bien jurídico tutelado por el tipo penal de lavado de dinero, de acuerdo a la doctrina mayoritaria<sup>29</sup>.

Destacable también resulta el razonamiento de la STS 7441/2011<sup>30</sup>. La resolución exige que concurra imprudencia grave, describiéndola en los mismos términos de la STS 5288/2005. Pero además deja en claro que la imprudencia debe recaer sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes y no sobre la forma en que se ejecuta el hecho. Señala que el autor “debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan”.

Respecto al autor del delito la sentencia afirma que “aunque pudiera entenderse que solamente son posibles autores de este delito las personas obligadas a acciones de cautela por una expresa previsión normativa, la jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por suprimir esa restricción del sujeto activo (...) lo que implica la constatación de la exigible observancia de un deber de cuidado en relación a la actividad desarrollada”.

Respecto a la conducta en concreto desarrollada por el autor en este caso, señala el Tribunal que “la conducta consistente en adquirir un vehículo para de forma inmediata entregarlo a un tercero para que proceda a su utilización exclusiva resulta intrínsecamente sospechosa respecto de la voluntad de ocultar la identidad del propietario real, y no se ha aportado por el recurrente ninguna razón para justificarla. Si Carlos Manuel solicitó al recurrente que figurara como titular del vehículo que adquiriría el primero, si entre ambos no existía ninguna relación que explicara tal decisión y si, además, no le constaba al recurrente el desarrollo de una profesión o actividad lícita y remunerada por parte de Carlos Manuel, era claro el riesgo de contribuir a una operación de blanqueo de capitales mediante la ocultación de la identidad del propie-

29 PRAMBS JULIÁN, ob. cit., p. 65.

De forma minoritaria, parte de la doctrina ha señalado que el bien jurídico protegido es el orden público económico, la seguridad del Estado o el bien jurídico protegido por el delito base.

30 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7441/2011. Número de Resolución 1137/2011, de fecha 2 de noviembre de 2011 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6196597&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20111128&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

tario del bien adquirido, por lo que la aceptación de la operación, sin realizar actuación alguna de verificación de su legalidad, al menos en el campo de lo mínimamente exigible a cualquiera, es constitutiva de imprudencia, que debe ser considerada grave al haberse omitido cualquier clase de cautela”.

Otra resolución que grafica el actuar imprudente es el ATS 5543/2009<sup>31</sup>. Para el Tribunal resulta obvio que “cualquier persona con un nivel intelectual medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un tercero, lo que hubo de despertar sus sospechas”.

Por su parte, la STS N°6825/2009<sup>32</sup> del Tribunal Supremo Español absuelve a un acusado por lavado de dinero cometido con imprudencia temeraria, quien actuó como testaferro al permitir que se inscribiera un automóvil a su nombre, vehículo adquirido con dinero proveniente del tráfico ilícito de estupefacientes. Estima el Tribunal que en este caso el acusado no incurre en imprudencia grave al omitir cautelas exigibles, toda vez que tenía a su nombre otros vehículos, que eran utilizados por otras personas de modo habitual, explicando que actuaba como avalista, “facilitando la adquisición mediante financiación a personas que les era negada esa posibilidad por las financieras, y asegurándose contra el posible perjuicio por impago manteniendo entre tanto el vehículo a su nombre. Respecto de esas otras personas nada se dice en la sentencia acerca de que se dedicaran a actividades ilícitas (...) Admitida la posibilidad de que esas fueran las actividades, o parte de ellas, a las que se dedicaba el recurrente, no puede calificarse como imprudencia grave el que, al llevarlas a cabo, omitiera una comprobación objetivamente eficaz, acerca de la licitud de las actividades de las personas con las que se relacionaba. Precisamente porque era el carácter irregular de las mismas lo que les hacía acudir al recurrente”.

En Chile, hasta la fecha se cuenta con seis sentencias que se han pronunciado en torno a la figura culposa de lavado de dinero<sup>33</sup>. Cuatro de ellas son

---

31 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. ATS 5543/2009, Número de Resolución 790/2009 de fecha 16 de abril de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4566948&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20090521&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

32 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 6825/2009. Número de Resolución 1025/2009, de fecha 22 de octubre de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4970748&links=%22578/2009%22&optimize=20091126&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

33 Juzgado de Garantía de Arica, 28 de agosto de 2007, RUC 0500227442-8, RIT 3849-2005, de fecha; Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 10 de febrero de 2009, RUC 0600867745-8, RIT 6317-2007; Juzgado de Garantía de Los Andes, 5 de mayo de 2011,

condenatorias, en tanto dos son absolutorias. Todas estas sentencias tienen en común el haber sido dictadas respecto de sujetos no obligados en virtud del artículo 3° de la Ley 19.913. Cabe señalar que ninguna de las sentencias condenatorias ha hecho referencia al concepto de negligencia inexcusable.

Una de las sentencias absolutorias<sup>34</sup> sí realiza un análisis profundo de lo que el tribunal ha entendido por negligencia inexcusable. A continuación se revisa el razonamiento del tribunal<sup>35</sup>.

En este caso, el dinero de origen ilícito provenía del delito de malversación de caudales públicos, cometido por F.G.F. Respecto al delito de lavado de dinero se sostuvo que la acusada M.G.F., hermana de la principal acusada, le facilitó su cuenta corriente para que en ella fueran depositados los dineros que le reembolsaban a F.G.F. los acusados H.E.C. y G.A.S. Parte de los dineros depositados en su cuenta corriente fueron utilizados para que uno de sus hermanos adquiriera un camión. M.G.F. fue absuelta por el tribunal de la acusación de ser autora del delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, ya que el tribunal entendió que la acusada "... había actuado en estos hechos con la diligencia esperada dentro del contexto de sus relaciones familiares". Los jueces señalaron que, con la creación del tipo especial de lavado de dinero culposo, el legislador había impuesto un deber de cuidado general cuyo objetivo habría sido impedir que los ciudadanos o las estructuras económicas fueran utilizados para el ocultamiento o disimulación de bienes de origen ilícito, agregando que el propio legislador señaló que la conducta culposa punible es la negligencia inexcusable.

El tribunal agrega que es su labor el fijar los parámetros que den contenido a la expresión "negligencia inexcusable", ya que el legislador no ha definido la expresión utilizada, como pasaría por lo demás en el común de los delitos culposos. Con ello en mente, el Tribunal Oral en lo Penal estimó que la voz "negligencia inexcusable" era equivalente a aquella conducta que el Código Penal define como "imprudencia temeraria", la cual consistiría en "un descuido mayor, un actuar sin miramientos de los riesgos que se generan con la propia actividad, sin tomar las mínimas precauciones que la vida en sociedad aconsejan".

El contexto normativo utilizado por los jueces permitió que éstos estimaran que en la conducta desplegada por la acusada M.G.F. había cumplido con

---

RUC 1000269686-5, RIT 1113-2010; Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de abril de 2009, RUC 0600867745-8, RIT 6317-2007; Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2012, RUC 0800607889-4, RIT 153-2012; Tribunal Oral en lo Penal de Linares, 2 de agosto de 2013, RUC 1000359996-0, RIT 45-2013.

34 Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de abril de 2009, RUC 0600867745-8, RIT 6317-2007.

35 Análisis efectuado en SEGOVIA ARANCIBIA, ob. cit., págs. 216 y sgtes.

estándares de diligencia que no permitían calificarla como negligencia inexcusable. En este sentido, se señala en el fallo que M.G.F. “preguntó el origen de los dineros y recibió explicaciones posibles de su hermana no pareciendo razonable, a la luz de los niveles de negligencia que impone el tipo penal, el que recordemos, exige una diligencia aun por debajo de lo que cualquier persona haría, sancionarla precisamente por haber confiado en las explicaciones de su hermana”.

El tribunal también tuvo presente, para arribar a su conclusión, que la acusada no había facilitado irreflexivamente su cuenta a F.G.F., sino que le había preguntado en variadas ocasiones sobre el origen de los dineros que eran depositados en ella, obteniendo, en opinión de los jueces, respuestas plausibles de ésta, que se relacionaban con las actividades que normalmente ésta realizaba, y no “engaños de los que cualquier persona desconfiaría”. En suma, los jueces estimaron que M.G.F. había actuado con la diligencia esperada y subsecuentemente su conducta no podía calificarse como “inexcusablemente negligente”<sup>36</sup>.

Lo relevante de esta resolución es que entrega ciertos lineamientos de lo que debe entenderse por negligencia inexcusable. Por otra parte, da cuenta que el tipo penal puede aplicarse a sujetos no obligados por la Ley 19.913. Finalmente, reconoce que en el caso existió un actuar negligente, pero absuelve porque dicha negligencia no fue “inexcusable”, asimilando este nivel de negligencia a la imprudencia temeraria.

#### 4. Contenido y alcance del concepto de negligencia inexcusable en el delito de lavado de dinero

Considero que para delimitar el contenido y alcance de la negligencia inexcusable, es necesario hacer una breve referencia al deber de cuidado y su fuente, para luego poder analizar la conducta del autor.

Respecto a la fuente del deber de cuidado, considero perfectamente aplicable la propuesta de Corcoy para realizar este análisis. De esta forma habrá que distinguir entre la norma de cuidado, el deber o deberes de cuidado y las reglas técnicas.

En este sentido, Corcoy advierte que la norma de cuidado origina un objetivo y concreto deber jurídico, cuya lesión debe evitar el sujeto actuante. Añade que cada tipo imprudente responde a una norma de cuidado que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un determinado bien jurídico<sup>37</sup>.

---

36 Ibid.

37 CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 67.

La norma de cuidado, en este caso, estará comprendida en el tipo penal de lavado de dinero, previsto en el artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913, norma que posee carácter general y que está dirigida a evitar riesgos penalmente relevantes para el bien jurídico protegido<sup>38</sup>. Evidentemente, al poseer carácter general, esta norma está dirigida a todos los sujetos, sean obligados o no obligados.

Por su parte, el deber de cuidado no es en sí mismo una norma general, sino que sólo determina, en el caso concreto, una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que sea correcta. El contenido del deber de cuidado exigible al autor está integrado por las reglas técnicas o reglas generales de cuidado.

Finalmente, las reglas técnicas o reglas generales de cuidado son aquellas establecidas para los supuestos en que la experiencia general demuestra que una acción de este tipo lesionará un bien jurídico, y pueden encontrarse en leyes, reglamentos, principios, usos y costumbres, como por ejemplo las normas que rigen el tránsito, reglamentos de higiene y seguridad, principios jurisprudenciales como el principio de confianza, y usos y costumbres como la *lex artis*. Señala Corcoy que la ausencia de reglamentación específica para un determinado supuesto se suple por las reglas de la experiencia general de vida.

Una vez realizada la referencia al deber de cuidado y su fuente, estimo pertinente referirme al sujeto activo de la conducta. Como señalé al inicio de este trabajo, el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable es un delito común, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo.

A favor de esta interpretación, en derecho comparado, autores como Fabián Caparrós<sup>39</sup>, Álvarez Pastor<sup>40</sup> y Aránguez Sánchez<sup>41</sup>, coinciden en que el tipo culposo de lavado de dinero puede ser aplicado tanto a sujetos obligados como no obligados. Destaco la opinión de Aránguez, quien señala que al restringir la aplicación del tipo penal sólo a los sujetos obligados se introduce una limitación de responsabilidad que no ha establecido el legislador, y que es difícilmente compatible con el tenor literal del precepto en cuestión. Añade que “no parece de recibo que la no constancia del deber de diligencia en una normativa administrativa pueda desplazar al hecho de que se atenta contra un deber de diligencia basado en las reglas de la lógica y la experiencia”<sup>42</sup>.

38 Ibid.

39 FABIÁN CAPARRÓS, ob. cit., págs. 418 y sgtes.

40 ÁLVAREZ PASTOR, Daniel. EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La Prevención del Blanqueo de Capitales*. Pamplona, España, Aranzadi Editorial, 1998, p. 289.

41 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, p. 284.

42 Ibid.

Por su parte, Álvarez Pastor y Eguidazu Palacios señalan que “la modalidad imprudente de blanqueo de capitales del artículo 301.3 del Código Penal debe ser aplicada a cualquier ciudadano, sea o no intermediario financiero, que incumpla un deber de diligencia propia de su cargo y siempre que tal incumplimiento constituya una imprudencia grave, no cualquier imprudencia”<sup>43</sup>.

En Chile, el tipo penal tal como quedó consagrado, no realiza distinción alguna, con lo que, aplicando el aforismo “donde la ley no distingue no le corresponde al intérprete distinguir” considero que, más allá de las razones doctrinarias existentes en contra, la figura culposa es amplia y por ende aplicable a cualquier sujeto.

Sin embargo esta afirmación no es compartida por toda la doctrina<sup>44</sup>.

En los párrafos siguientes analizaré la conducta de los sujetos obligados y no obligados como destinatarios de la norma. Para efectos prácticos el análisis se realizará en párrafos separados, evaluando respecto de cada uno de ellos en qué casos podría estarse en presencia de una infracción al deber de cuidado que traiga consigo la comisión del delito de lavado de dinero con negligencia inexcusable.

En relación a los sujetos obligados, la norma de cuidado se encuentra establecida en la Ley 19.913, específicamente en el artículo 27 letra a), mientras que las reglas de cuidado derivan de la propia ley, al regular los deberes generales

---

43 ÁLVAREZ PASTOR, EGUIDAZU PALACIOS, loc. cit.

44 Así por ejemplo, Fernández señala que “a nuestro juicio debe castigarse exclusivamente la imprudencia profesional. Tenemos que poner en tela de juicio el desmesurado ámbito de aplicación que formalmente abarca el inciso 4° del artículo 19 LBC. Su tipificación debería haber tenido como premisa la existencia de un deber especial de diligencia en el sujeto activo, en otras palabras, una restricción típica explícita. La diligencia debida en la prevención del blanqueo de capitales, dada su extremada complejidad, es sólo exigible a aquellos sujetos que estén derechamente relacionados con los mecanismos, instituciones u organismos que la criminalidad organizada utiliza para aflorar sus beneficios”. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. “El tipo imprudente de legalización de capitales: Consideraciones Político Criminales”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen 26, N°1, Valparaíso, Chile, Escuela de Derecho pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, p. 18.

Manríquez por su parte, argumenta que “los únicos que podrían ser reprochados por negligencia inexcusable en la advertencia del origen luctuoso de los bienes o activos lavados y verse involucrados en la comisión de comportamientos punibles, son aquellos sujetos que tienen el deber de acción contradictoria, o sea, verdaderos garantes del orden público económico y/o de la transparencia del mercado, que serían principalmente aquellos que deben informar las operaciones sospechosas del artículo 3° o que se desenvuelven en los ámbitos de protección señalados en la letra a) primera parte del artículo 19”. En MANRÍQUEZ, ob. cit., p. 17.



de los sujetos obligados y de la normativa que emana de la Unidad de Análisis Financiero, para cada sujeto obligado en particular<sup>45</sup>.

45 Dentro de los deberes generales de los sujetos obligados, están los contemplados en los artículos 2° letra b), 3°, 4° y 5° de la Ley 19.913, ob. cit., establecidos en los siguientes términos:

El artículo 2° establece las atribuciones y funciones de la Unidad de Análisis Financiero, señalando como tal la establecida en la letra b) *solicitar a cualquiera de las personas naturales o jurídicas contempladas en el artículo 3° de esta ley, los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación y los que deba recabar de conformidad con la letra g) del presente artículo. Las personas requeridas estarán obligadas a proporcionar la información solicitada, en el término que se les fije.*

El artículo 3°, por otra parte, establece que *las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre los actos, transacciones u operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades, para luego enumerarlas.*

El artículo 4° establece que *el deber de informar previsto en el artículo precedente será también exigible a todo aquel que porte o transporte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador, desde y hacia el país, por un monto que exceda los diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas. En estos casos, la información será recabada directamente por el Servicio Nacional de Aduanas y remitida por éste a la Unidad de Análisis Financiero.*

El artículo 5° establece que *las entidades descritas en el artículo 3° deberán además mantener registros especiales por el plazo mínimo de cinco años, e informar a la Unidad de Análisis Financiero cuando ésta lo requiera, de toda operación en efectivo superior a cuatrocientas cincuenta unidades de fomento o su equivalente en otras monedas.*

Respecto a la normativa emanada de la UAF, debe tenerse en consideración lo previsto en el artículo 3° inciso 3°: *Corresponderá a la Unidad de Análisis Financiero señalar a las entidades a que se refiere este artículo, las situaciones que especialmente habrán de considerarse como indiciarias de operaciones o transacciones sospechosas, en sus respectivos casos.*

Por otra parte, el artículo 2° letra f) establece como atribución de la UAF *impartir instrucciones de aplicación general a las personas enumeradas en los artículos 3°, inciso primero y 4°, inciso primero, para el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en el párrafo 2° de este Título, pudiendo en cualquier momento verificar su ejecución.*

A las anteriores atribuciones me parece pertinente agregar la contemplada en la letra e): *Recomendar medidas a los sectores público y privado para prevenir la comisión de los delitos del artículo 27 de esta ley* (para revisar la normativa que emana de la UAF, revisar la página web [http://www.uaf.cl/legislacion/norm\\_sector.aspx](http://www.uaf.cl/legislacion/norm_sector.aspx)).

Como correlato a estos deberes generales emanados de la Ley 19.913 y de la normativa emanada de la UAF en virtud de las atribuciones derivadas de la Ley 19.913, la propia ley en su artículo 19 establece las infracciones y sanciones a los sujetos obligados, en los siguientes términos: Las personas naturales o jurídicas que no cumplan con las obligaciones o deberes contenidos en esta ley, serán sancionadas por el Director de la Unidad, tomando en especial y estricta consideración la capacidad económica del infractor como, asimismo, la gravedad y las consecuencias del hecho u omisión realizada, de acuerdo a las siguientes normas: a) Serán infracciones leves el no dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por la Unidad de Análisis Financiero en virtud del artículo 2°, letra f), de esta ley; b) Serán infracciones menos graves las contravenciones a lo dispuesto en los artículos 4° y 5° de esta ley; c) Serán infracciones graves el no dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en los artículos 2°, letra b), y 3° de esta ley.



Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance del deber de cuidado establecido por la Ley 19.913, un parámetro sumamente relevante está otorgado por el concepto de “operación sospechosa”. La ley la define de la siguiente forma:

“Se entiende por operación sospechosa, todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada”.

De acuerdo a la definición otorgada por la ley, el contenido de la operación sospechosa debe determinarse en el ámbito propio de las funciones de cada sujeto obligado, por ejemplo, de acuerdo a las funciones desarrolladas por bancos e instituciones financieras, corredores de bolsa, notarios, casinos, etc.

Siguiendo a Bustos<sup>46</sup> y Corcoy<sup>47</sup> una posición individualizadora o que tenga en consideración los poderes del autor, evidentemente tendrá en cuenta que todos estos sujetos poseen –o deben poseer– conocimientos especializados y aptitudes para participar en un ámbito de relación determinado, así como

46 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El Delito Culposo*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, págs. 38 y sgtes.

Para Bustos el punto de mayor discusión para plantear la falta de cuidado exigido en el ámbito de relación se refiere al sujeto actuante, y concluye que, si debe escogerse entre una posición generalizadora o individualizadora, el tipo culposo debe optar por la segunda, puesto que debe inevitablemente considerar una situación específica, que pasa naturalmente por la especificidad del sujeto actuante. Añade que de no optar por esta vía, se estaría desconociendo la realidad y se estaría construyendo una tipicidad imaginaria o metafórica. De ahí entonces que el concepto de tipicidad obliga a considerar al sujeto activo concreto y no a una abstracción. Agrega que si un sujeto actuante tiene conocimientos especiales, es evidente que éstos deben ser considerados. Pero no se trata de averiguar características estrictamente personales del sujeto, como la inteligencia o la moralidad, sino de establecer cuáles son las aptitudes de ese sujeto para participar en un ámbito de relación determinado. Luego, si en el delito culposo hay elementos subjetivos, también debe existir conocimiento de la acción que se desarrolla y de lo que ella implica. Luego, al referirse al elemento objetivo – normativo intelectual del tipo culposo, señala que será necesario determinar qué riesgos o peligros debieron ser previsibles para la persona conforme a la acción desarrollada de acuerdo a las circunstancias fácticas y personales. Luego, partiendo de la persona concreta en circunstancias concretas y de su actuar determinado se exige por el ordenamiento una previsibilidad precisa por parte del sujeto actuante en relación a un bien jurídico protegido específico. Lo relevante, por tanto, será la capacidad de respuesta del sujeto. Finalmente, agrega que la previsibilidad como elemento normativo necesariamente habrá de determinarse conforme a la teoría de la adecuación, conforme a un juicio ex ante. Posteriormente, al referirse al elemento objetivo normativo conductual, señala que una vez establecidos los riesgos o peligros previsibles, habrá que determinar entonces cuáles medidas de precaución aparecían como exigidas o debían ser implementadas, siendo relevante la prudencia objetiva, es decir, las medidas de precaución objetivamente prudentes, adecuadas, frente a la previsibilidad de los riesgos.

47 CORCOY BIDASOLO, ob. cit., págs. 202 y 203.

también debe existir conocimiento de la acción que se desarrolla y de lo que ella implica.

Si el sujeto obligado se enfrenta a una operación inusual, carente de justificación económica o jurídica aparente, podría advertir que los bienes tienen un origen ilícito, y eventualmente prever la posibilidad de comisión de un delito de lavado de dinero.

Frente a dicha previsibilidad, el elemento normativo conductual indicaría que la medida de precaución objetivamente prudente consistiría en reportar la operación sospechosa a la Unidad de Análisis Financiero y analizar si debe abstenerse o no de ejecutar la operación<sup>48</sup>.

En el caso de los sujetos no obligados, la norma de cuidado se encuentra establecida, al igual que en el caso de los sujetos obligados, en el artículo 27 letra a) de la Ley 19.913. Por su parte, las reglas de cuidado no se encuentran establecidas taxativamente ni en la ley ni en la normativa emanada de la UAF, por lo que las reglas generales de cuidado habrá que buscarlas, como señala Corcoy, en usos y costumbres y en la experiencia general de vida. En estos casos, el juez debe realizar una valoración jurídica con principios propios del derecho penal. La necesidad de valoraciones jurídicas para dar contenido a los tipos imprudentes se acepta por la doctrina mayoritaria, por la imposibilidad de determinar el deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto con

---

48 Creo que resulta necesario tener presente que el artículo 27 inciso 4° de la Ley 19.913, ob. cit., hace referencia a negligencia inexcusable, concepto que he equiparado al de imprudencia temeraria, utilizado también por el artículo 490 del Código Penal, norma que es aplicable a cualquier sujeto, a diferencia, por ejemplo, del artículo 491. La precisión anterior se hace para evitar pensar que, para el caso de los sujetos obligados, se podría exigir imprudencia por infracción de reglamento, de conformidad al artículo 492. Creo que una interpretación coherente de las normas en cuestión descarta dicha posibilidad, al considerar que el artículo 490 es de aplicación general y el tipo penal de lavado de dinero es un tipo común, que exige una entidad de negligencia superior a la mera imprudencia o negligencia del artículo 492. De esta forma, y avanzando un paso más, el mero incumplimiento de las reglas de cuidado establecidas en la Ley 19.913 y en la normativa emanada de la Unidad de Análisis Financiero no implica automáticamente infracción al deber de cuidado y, a consecuencia de éste, imprudencia. Ello es coherente con lo planteado por parte de la doctrina, entre ellos Roxin, quien estima que no es suficiente la infracción de reglamentos para estar frente a un delito imprudente, sino que además debe existir culpa, aunque la infracción de reglamentos puede dar indicios de la creación del riesgo no permitido. Fontán Balestra, por su parte, estima que la infracción de reglamentos es una “presunción de negligencia”. Lo anteriormente expuesto también es coherente con la institucionalidad vigente, en particular, con el procedimiento administrativo sancionador que la UAF debe aplicar en caso de incumplimiento de los deberes emanados de la Ley 19.913 y de la normativa emanada de la UAF respecto de los sujetos obligados. Además es coherente con el respeto del principio de *ne bis in idem*, en el sentido de no sancionar una misma conducta con un procedimiento penal y uno administrativo.

carácter general<sup>49</sup>. Esto no implica vulnerar el principio de legalidad, ya que la norma de cuidado sí está prevista en el tipo y a éste debe atenerse el juez en su valoración. Tampoco es cierto que un deber de cuidado así concretado sea menos accesible al ciudadano, ya que éste puede percibir mejor cuál es el deber de cuidado en cada caso, que conocer un reglamento determinado<sup>50</sup>.

Por lo tanto, para dar contenido al deber de cuidado de los sujetos no obligados, el juez deberá realizar una valoración jurídica, interpretando la norma penal. Creo que en este caso, uno de los elementos o criterios interpretativos que el juez puede utilizar es la interpretación analógica<sup>51</sup>. En el caso de los sujetos no obligados, por tanto, puede aplicarse a su respecto el concepto de operación sospechosa utilizado por la propia Ley 19.913 respecto a los sujetos obligados, pero sólo para delimitar –en ningún caso para ampliar– las situaciones en que éste puede actuar con negligencia inexcusable. El juez por lo tanto debiera analizar el actuar del sujeto frente a una operación que debiera llamar la atención del sujeto, por ser inusual, o por carecer de justificación económica o jurídica aparente. Lo anterior no significa que todo ciudadano deba transformarse en un sujeto obligado y reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero, sino sólo delimitar el ámbito en que su actuar revista carácter negligente. La delimitación de lo sospechoso tendrá carácter objetivo, al igual que para un sujeto obligado, por lo inusual o por la carencia de justificación económica o jurídica aparente de una operación determinada. A partir de ahí, el sujeto debiera preguntarse acerca de la legalidad o ilegalidad del origen de los bienes con los que está operando.

Así por ejemplo, en el caso de un cuentacorrentista, éste debe analizar cuál es el funcionamiento normal de una cuenta corriente, y cuáles son las obligaciones para él, derivadas del contrato de cuenta corriente, para luego advertir y cuestionar, por ejemplo, lo inusual de su uso por un tercero y los riesgos asociados a esta conducta. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español anteriormente revisada, puede afirmarse, por ejemplo, que “cualquier persona con un nivel intelectual medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un

---

49 CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 95.

50 *Ibid.*, p. 96.

51 Matus entiende que, en el contexto de una interpretación liberalizadora del derecho penal, de carácter garantista y respetuosa de los derechos de los hombres, sólo son admisibles la analogía y la interpretación analógica *in bonam partem*, y acepta que esta última sea usada para determinar otros casos a los que se refiere el texto legal, pero que no ha podido o no ha querido mencionar, sin que ello importe una extensión del texto interpretado. Matus Acuña, Jean Pierre. *La ley penal y su interpretación*, Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas Congreso, 1994, p. 200.

tercero, lo que hubo de despertar sus sospechas”<sup>52</sup>. Y en el caso de una compraventa, por ejemplo, para un comprador “la conducta consistente en adquirir un vehículo para de forma inmediata entregarlo a un tercero para que proceda a su utilización exclusiva resulta intrínsecamente sospechosa respecto de la voluntad de ocultar la identidad del propietario real (...) si entre ambos no existía ninguna relación que explicara tal decisión y si, además, no le constaba al recurrente el desarrollo de una profesión o actividad lícita y remunerada por parte de Carlos Manuel”<sup>53</sup>.

Siguiendo nuevamente a Bustos<sup>54</sup> y Corcoy<sup>55</sup> una posición individualizadora, que considere los poderes del autor, tendrá en consideración los conocimientos especializados y aptitudes para participar en un ámbito de relación determinado.

Respecto al elemento normativo intelectual, si el sujeto se enfrenta a una operación inusual, carente de justificación económica o jurídica aparente, debe advertir que los bienes pueden tener un origen ilícito, y prever la posibilidad de comisión de un delito de lavado de dinero.

Frente a dicha previsibilidad, el elemento normativo conductual indicaría que la medida de precaución objetivamente prudente consistiría en abstenerse de realizar la operación. En este sentido, Roxin afirma que quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta<sup>56</sup>.

Respecto al carácter inexcusable, considero que, si el legislador ha utilizado dicha expresión, es porque requiere que la negligencia posea una entidad superior, tal como lo ha hecho en el artículo 490 del Código Penal, al exigir imprudencia temeraria. Ahora bien, equiparar esta expresión a la culpa lata o grave del Código Civil, considerándola como aquella que “plantea un grado máximo de falta de cuidado, propio de personas que no aplican cuidados que

52 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. ATS 5543/2009, Número de Resolución 790/2009, de fecha 16 de abril de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=4566948&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20090521&publicinterface=true> [fecha de consulta: 25 de julio de 2013].

53 Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. STS 7441/2011. Número de Resolución 1137/2011, de fecha 2 de noviembre de 2011 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6196597&links=blanqueo%20de%20capitales%20Y%20imprudencia&optimize=20111128&publicinterface=true> [fecha de consulta 25 de julio de 2013].

54 BUSTOS RAMÍREZ, loc. cit.

55 CORCOY BIDASOLO, loc. cit.

56 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Traducción de la 2ª ed., Madrid, España, Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 1010.

aún una persona poco prudente aplica en relación a sus propios bienes jurídicos importantes, como la vida y la salud”, me parece discutible, como ya señalé con anterioridad. Coincido con Moreira, quien señala que la comparación de la imprudencia temeraria con la culpa lata del Código Civil tiene utilidad sólo para fines metodológicos, ya que no es correcto afirmar que son equivalentes, porque no parece útil el empleo de términos ajenos al derecho penal que son propios de otra rama del derecho y porque el sistema propuesto por el artículo 44 del Código Civil parte de la base de un arquetipo definido por la ley (hombre juicioso, buen padre de familia, etc.), sistema que no puede ser aplicado si se acepta una posición individualizadora respecto al conocimiento del individuo. Añade que la imprudencia temeraria es un concepto normativo, que debe establecerse caso a caso, de suerte que una vez establecidos los riesgos previsibles y el comportamiento exigido, se debe resolver si se trata de esta especie de culpa<sup>57</sup>.

Frente a esta opinión, creo que una alternativa es entender la temeridad en términos similares a los señalados por Jakobs o Roxin, es decir, considerando qué tan fácil era evitar el resultado<sup>58</sup>, recurriendo además a la valoración social de la conducta generadora del riesgo y al valor del bien jurídico amenazado<sup>59</sup>.

---

57 MOREIRA DUEÑAS, Alejandro. *Análisis del tipo de los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal chileno*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2003, págs. 53 y 54.

58 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995, págs. 392-393.

59 ROXIN, ob. cit., págs. 1024-1027.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y DELITOS VIOLENTOS

---





## ESTUDIO DE CARACTERIZACIÓN DEL DELITO ADOLESCENTE: LO QUE DEVELAN LAS ESTADÍSTICAS.

*Francisco Maffioletti Celedón<sup>1</sup>*

*Alejandra Vera Azócar<sup>2</sup>*

---

*“Justicia es un firme y constante deseo  
de dar a cada uno lo que le es debido”*

JUSTINIANO

### Introducción

El presente estudio surge de la necesidad de conocer el comportamiento de la criminalidad adolescente en nuestro país, y de profundizar el análisis realizado recientemente desde una perspectiva histórica y jurídica, en el cual se efectuó además una primera aproximación estadística a dicho fenómeno<sup>3</sup>. Ahora bien, más allá de los artículos teóricos, las opiniones más o menos fundadas, y las posturas institucionales, lo cierto es que hoy por hoy no se cuenta con una panorámica general respecto de las características y forma de presentación del delito adolescente en nuestro país.

Por ello, comprender y realizar distinciones al interior de este grupo de adolescentes infractores de ley, que de acuerdo a las cifras disponibles no sobrepasaría el 5% del total de la población adolescente del país<sup>4</sup>, permite orientar una toma de decisiones fundada en cuanto al tipo de sanción más idónea para cada uno de ellos, siempre bajo el mandato que establece la ley para este grupo de sujetos, vinculada a procurar su plena integración social.

Por otro lado y en atención a que los hechos vinculados a la infracción penal que cometen los adolescentes generan un impacto mediático y social, resulta relevante destacar que este estudio pretende aportar y verificar si la realidad

- 
- 1 Psicólogo, Subdirector Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 2 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 3 VERA, A. y MAFFIOLETTI, F. “La Infracción Penal Adolescente desde un Análisis Histórico y Jurídico”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público de Chile*, N°54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013.
  - 4 Según Compendio Estadístico 2013, Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Disponible en: [www.ine.cl](http://www.ine.cl)

del fenómeno de este tipo de criminalidad, coincide con la visión que generalmente tiene la población, relativa a que no obstante todos los avances que ha implicado la instauración de la Ley N°20.084, en el marco de la lógica de la Reforma Procesal Penal, continúa percibiéndose una cierta frustración social ante este tipo particular de delincuencia, la que, frecuentemente, se asocia por una parte, a la incapacidad que otorgan los actuales instrumentos legales para frenar o interrumpir el inicio o la continuación de actividades delictivas de jóvenes que presentan altos grados de desprotección social; y por la otra, a la apreciación de que en las causas donde se ven involucrados imputados adolescentes, la atención se centrara en éstos, pasando las víctimas, algunas veces también menores de edad, a un segundo plano. En este sentido, aprovechamos esta instancia para hacer presente que los anuncios de reformas legales a la Ley N°20.084 debieran hacerse cargo también de estas preocupaciones, a través de propuestas integrales de mayor calado que tengan como fin último abordar precozmente la reincidencia juvenil. Asimismo, insistir en una propuesta que ha sido señalada en múltiples foros y actividades relacionadas con la delincuencia juvenil, esto es, que se requiere de forma urgente un marco legal general que se haga cargo de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país. Al respecto, Rosa María Ortiz, relatora de la infancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que “Chile es el más atrasado de los veintiún países de América Latina en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, y está al mismo nivel de los países del Caribe”<sup>5</sup>.

Desde otra perspectiva, cabe señalar, que la discusión hoy en día, desde mediados de 2012 hasta principios de 2014, se ha centrado fuertemente en la real especialización que la justicia juvenil requiere, y que exige por parte de todos los actores que intervienen en el proceso. De hecho, la propia Ministra de Justicia en marzo de 2013<sup>6</sup>, a propósito de la convocatoria a la comisión de expertos, señaló que uno de los tres ejes a reformar en la ley penal juvenil es, junto con la coordinación entre los distintos actores, además de los vacíos y problemas en la aplicación de la Ley N°20.084, mejorar la especialización de los actores (jueces, fiscales y defensores), considerando a éstos como un elemento clave a perfeccionar. Por su parte, y desde la academia, Couso y Duce señalan que “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de esas reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos especiales, establecidos por los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los adolescentes imputados o condenados...”<sup>7</sup>.

5 Visita a Chile en septiembre de 2013. Fuente: <http://radio.uchile.cl/2013/09/02/chile-saca-nota-roja-en-informe-sobre-derechos-de-los-ninos-y-los-adolescentes>

6 Patricia Pérez, Ministra de Justicia, entrevista en el diario El Mercurio, miércoles 13 de marzo de 2013.

7 COUSO, J. y DUCE, M. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago, Chile, Lom Ediciones, 2013. p.23.

En este contexto, el artículo 29 de la Ley N°20.084, establece que los jueces, fiscales y defensores que “intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones...”, imponiendo que cada institución adopte “las medidas pertinentes para garantizar la especialización”. En este punto resulta relevante destacar que, reconociendo este imperativo, la Fiscalía de Chile cuenta con fiscales especializados en la materia; con una Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente (RPA) que colabora, asesora, y realiza una labor permanente de coordinación y capacitación a fiscales especializados<sup>8</sup>; y con una política clara, explícita y transparente de persecución penal, asentada en el Oficio FN N°483/2009, de fecha 18 de agosto de 2009, que Imparte Criterios de Actuación en materia de Responsabilidad Penal Adolescente<sup>9</sup>.

Las preguntas que surgen entonces son: ¿Resulta posible exigir especialización de los actores involucrados si no se define de forma clara cuáles son los mecanismos mediante los cuales esto se concrete? ¿Acaso existe consenso en cuanto a cuáles serían los posibles contenidos mínimos? En este sentido, ¿qué se entiende por especialización en RPA? Estas inquietudes nos llevaron a concluir que uno de los contenidos esenciales en la especialización de los fiscales es que puedan conocer, además del marco normativo nacional e internacional, cuáles son las características de la infracción penal juvenil, qué delitos son los que más se cometen, quién los comete, cuál es el tratamiento

---

8 En este sentido, en el permanente afán de capacitar y/o actualizar los conocimientos de los fiscales especializados en RPA, la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional realiza permanentemente Jornadas Nacionales en las cuales se analizan diversos temas relacionados a la comprensión e implementación de la Ley N°20.084, tales como, la comprensión integral del proceso de la adolescencia y sus procesos de desarrollo; el consumo de drogas, sus efectos en el adolescente, y las alternativas existentes para su abordaje (ECD y TTD adolescente); la evolución de la carrera delictual y el proceso de desistencia del delito; los modelos de intervención especializada por la red; la Convención de los Derechos del Niño y otros referentes y normativas internacionales; las implicancias del artículo 31 en la declaración del adolescente; la determinación de sanciones; la incorporación de la huella genética de los adolescentes en virtud de la Ley N°19.970; los problemas en relación a la prescripción; la sustitución de sanciones y el quebrantamiento; los planes de intervención individual y la oferta programática; las opciones de la suspensión condicional del procedimiento para el caso de adolescentes; el fenómeno de la reincidencia juvenil; entre otras.

9 Las visiones y políticas de persecución relativa a la infracción penal adolescente han sido expuestas por el propio Fiscal Nacional en las sesiones extraordinarias del Congreso Nacional con motivo del cumplimiento de los cinco y de los seis años de la implementación de la Ley N°20.084, documentos que han sido entregados al Parlamento para su análisis y discusión posterior, en el marco de las modificaciones legales que se pretende introducir a la referida normativa mediante algunos proyectos de ley. Por tanto, hoy por hoy, no es posible sostener que la Fiscalía no tiene una política de persecución penal en materia de responsabilidad penal adolescente.

que se les da en el sistema, cuáles son las salidas más comunes por delito, qué infracciones son cometidas mayoritariamente por varones y cuáles por mujeres, en qué casos se otorga la internación provisoria, y un largo etcétera de precisiones que resultan necesarias de establecer a la hora de realizar un perfil de este tipo de adolescentes.

En atención a lo anterior y para responder las interrogantes que generalmente surgen respecto a la infracción penal adolescente, el presente estudio pretendió complementar las cifras estadísticas que de forma periódica se entregan en el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público<sup>10</sup>, desagregando las diversas categorías establecidas como relevantes, tales como cantidad de ingresos, tipos de términos, medidas cautelares aplicadas, delitos más frecuentemente cometidos, e incorporando las variables de género y tramo etario, todo lo cual nos permite establecer distinciones más específicas en cuanto a la composición interna de cada categoría y conocer más a cabalidad este fenómeno, respondiendo a los clásicos cuestionamientos que surgen en la materia, tales como, si respecto de determinados delitos son los hombres o las mujeres los que más los cometen; si ha disminuido, aumentado o se ha mantenido la aplicación de la internación provisoria; o si es que existen variables como la edad que nos permitan concluir que determinados delitos se encuentran asociados a jóvenes que recién entran en la adolescencia (14 años), o bien a aquellos que están próximos a cumplir la mayoría de edad (17 años).

Finalmente, se consigna que para efectuar un correcto análisis de los resultados, se procedió a cruzar las variables más relevantes, de manera de obtener conclusiones basadas en la evidencia, más que en los prejuicios o las concepciones teóricas derivadas de los casos particulares, lo cual permitirá contar con una aproximación al fenómeno de la delincuencia adolescente, que contribuirá a perfeccionar la persecución penal, al adecuado establecimiento de las responsabilidades asociadas, y sobre todo a la proposición de las sanciones que resulten más idóneas para evitar la reincidencia y lograr la plena integración social del adolescente infractor.

## Caracterización del delito adolescente

Los resultados del estudio que presentamos a continuación, constituyen un esfuerzo por conocer parte de la fenomenología de los delitos penales cometidos por adolescentes, partiendo desde la evidencia de las cifras que maneja el Ministerio Público<sup>11</sup>. Se ha realizado un esfuerzo sistemático por desagregar las variables al máximo nivel, de forma tal de poder esbozar algunas conclusiones que sirvan de base para la comprensión de este tipo de ilícitos, y la

10 Disponible en: [www.fiscaliadechile.cl](http://www.fiscaliadechile.cl)

11 Agradecemos en este sentido la colaboración de la División de Informática de la Fiscalía Nacional, y en particular de Matías Holloway Pérez.

subsecuente toma de decisiones en el proceso investigativo y en la proposición de sanciones que resulten idóneas, adecuadas y orientadas en beneficio del propio joven infractor.

El presente estudio se realizó con los datos disponibles de los últimos tres años (2010 a 2012), ya que se estimó que éstos podrían representar fielmente el comportamiento de los delitos de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante RPA), en tanto la Ley N°20.084 ya había culminado su proceso de puesta en marcha e implementación, apreciándose un comportamiento asentado respecto de este tipo de causas, por parte de todos los actores involucrados; y además, considerando que el año 2009 se materializó la política de persecución penal adolescente mediante el referido Oficio FN N°483/2009, pudiendo observarse más claramente su efecto a partir del año 2010.

En definitiva, se trabajó con información de más de doscientos mil adolescentes (200.000 sujetos)<sup>12</sup>, cifra que al constituir un número tan alto de casos estudiados le otorga al presente estudio representatividad, estabilidad y valor a las conclusiones obtenidas, y se agrupó la información de una manera ordenada que permita su cabal comprensión.

De esta forma, se presentan los resultados de acuerdo a las distintas categorías que se identificaron como indispensables para establecer un escenario global de lo que está ocurriendo en materia RPA, tales como el panorama relativo al ingreso adolescente al sistema penal, el contexto en torno a la audiencia de control de detención y a la formalización de la investigación, la situación real de la internación provisoria, la aplicación de medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal, y los tipos de términos aplicados a los infractores juveniles. Esta información fue cruzada a su vez, con las variables género, año y tramo etario, de manera de obtener una comprensión integral del fenómeno.

Este estudio permitirá obtener herramientas relevantes que den cuenta de la realidad de la justicia penal adolescente, y constituirá un insumo para discutir las mejoras, modificaciones y desafíos, que deben plantearse en esta materia todos los actores del sistema.

## I. Ingresos

Para realizar un análisis de la magnitud del delito adolescente, lo primero que debemos hacer es distinguir, en cuanto a los ingresos, la cantidad de adolescentes (sujetos/imputados) que entra al sistema, los delitos que éstos cometen, y las causas (RUC asociados) que se inician a propósito de ello.

---

12 Datos extraídos del SAF en el mes de Noviembre de 2013.

En este contexto, entre los años 2010, 2011 y 2012 ingresaron al Ministerio Público un total de 201.537 adolescentes a quienes se les imputó responsabilidad penal por la participación que habrían tenido en 160.586 delitos, los cuales originaron 152.306 casos. Como se aprecia, existen más adolescentes ingresados que delitos y casos asociados, ello se explica por el hecho de que puede ocurrir que uno o más adolescentes cometan un mismo delito, dando origen a un solo caso o RUC, o que uno o más adolescentes cometan dos o más delitos en una misma situación, iniciándose por tanto, un solo caso o RUC.

Año	Adolescentes	Delitos	Casos <sup>13</sup>
2010	62.592	51.487	48.999
2011	73.460	56.408	53.442
2012	65.485	52.691	49.865
<b>Total</b>	<b>201.537</b>	<b>160.586</b>	<b>152.306</b>

Una primera aproximación al análisis de la cifra de ingreso de los adolescentes al sistema penal, nos podría llevar a inferir que la cantidad aproximada de 65.000 adolescentes que ingresan por año, constituye una cifra bastante elevada, lo que demostraría que efectivamente tiene un sustento estadístico, la percepción social de que estamos en presencia de un fenómeno delictual grave e incluso a ratos, fuera de control. Sin embargo, un estudio más acucioso de los datos, nos indica que dicha conclusión aparece descartada al momento en que cotejamos esa cifra con el total de sujetos ingresados en el país, según la siguiente tabla:

Ingresos anuales RPA en relación al total de causas:

Año	Total adolescentes ingresados al MP	Total imputados ingresados al MP	% de adolescentes ingresados en relación al total
2010	62.592	1.381.751	4.5%
2011	73.460	1.524.048	4.8%
2012	65.485	1.455.934	4.5%
<b>Total</b>	<b>201.537</b>	<b>4.361.733</b>	<b>4.6%</b>

Así las cosas, verificamos que los adolescentes representan en promedio sólo un 4,6% del total de sujetos que ingresaron al Ministerio Público, a nivel nacional, durante los años 2010 a 2012; cifra que, por lo demás, se ha mantenido estable durante ese período, lo que demuestra que si bien la infracción penal adolescente es un fenómeno grave y complejo, ella no se encuentra fuera de los límites que permitan ejercer algún control y que la percepción social de aumento progresivo de este tipo de conductas no armoniza con la panorámica real.

13 La estructura interna de un caso permite que en él exista más de un delito.

## II. Imputados ingresados por delito, según sexo, edad y año

Para lograr comprender cabalmente el fenómeno de la infracción penal adolescente, resulta indispensable continuar este estudio realizando una primera división, que nos permita responder a las clásicas interrogantes en la materia, relativas a cuáles son las principales categorías de delitos ejecutados por los adolescentes<sup>14</sup>; si delinquen más los hombres o las mujeres; y las edades en que se registra un mayor índice de ingreso al sistema, determinando si efectivamente la mayor cantidad de ingresos se produce en una época temprana de la adolescencia, o más bien ocurre ya cercano al período de la adultez.

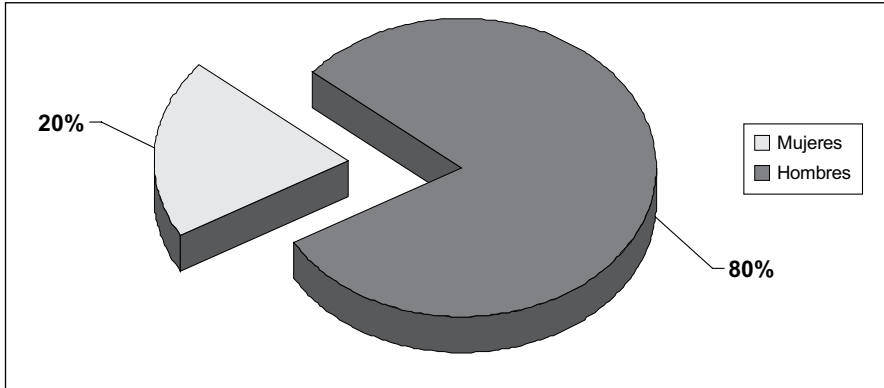
Imputados ingresados en delitos RPA por delito, sexo y tramo etario, 2010-2012									
Delito	Mujeres			Hombres			TOTAL		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Total
Faltas	2.644	6.313	8.957	7.066	24.961	32.027	9.710	31.274	40.984
Lesiones	3.182	4.919	8.101	5.612	13.581	19.193	8.794	18.500	27.294
Hurtos	3.352	5.171	8.523	5.845	10.315	16.160	9.197	15.486	24.683
Otros delitos contra la propiedad	977	1.663	2.640	6.747	14.232	20.979	7.724	15.895	23.619
Robos no violentos	340	509	849	5.609	10.790	16.399	5.949	11.299	17.248
Delitos contra la libertad e intimidad de las personas	2.160	2.732	4.892	3.825	8.316	12.141	5.985	11.048	17.033
15.- Otros delitos	852	1.510	2.362	4.174	9.745	13.919	5.026	11.255	16.281
Robos violentos	461	609	1.070	4.657	9.358	14.015	5.118	9.967	15.085
Otros delitos	264	328	592	1.875	3.966	5.841	2.139	4.294	6.433
Delitos sexuales	60	52	112	1.748	1.762	3.510	1.808	1.814	3.622
Drogas	169	457	626	643	2.269	2.912	812	2.726	3.538
Delitos leyes especiales	48	102	150	882	1.746	2.628	930	1.848	2.778
Delitos contra la ley de tránsito	4	30	34	120	626	746	124	656	780
Delitos económicos	66	153	219	141	360	501	207	513	720
Homicidios	9	23	32	142	445	587	151	468	619
Delitos contra la fe pública	42	93	135	69	214	283	111	307	418
Cuasidelitos	14	20	34	91	256	347	105	276	381
Delitos funcionarios	1	3	4	4	13	17	5	16	21
<b>Total</b>	<b>14.645</b>	<b>24.687</b>	<b>39.332</b>	<b>49.250</b>	<b>112.955</b>	<b>162.205</b>	<b>63.895</b>	<b>137.642</b>	<b>201.537</b>

Primeramente, en cuanto al género de los adolescentes, a partir de esta tabla, queda de manifiesto que aquellos que más delinquen son los hombres con

14 Las categorías de delitos seguidas en este estudio corresponden a las presentadas en el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público.

un total de 162.205 ingresos que representan un 80% del total de imputados adolescentes ingresados al Ministerio Público, mientras que las mujeres con 39.332 llegan solamente al 20% de dichos ingresos.

**PORCENTAJE TOTAL DE MUJERES Y HOMBRES EN DELITOS RPA**

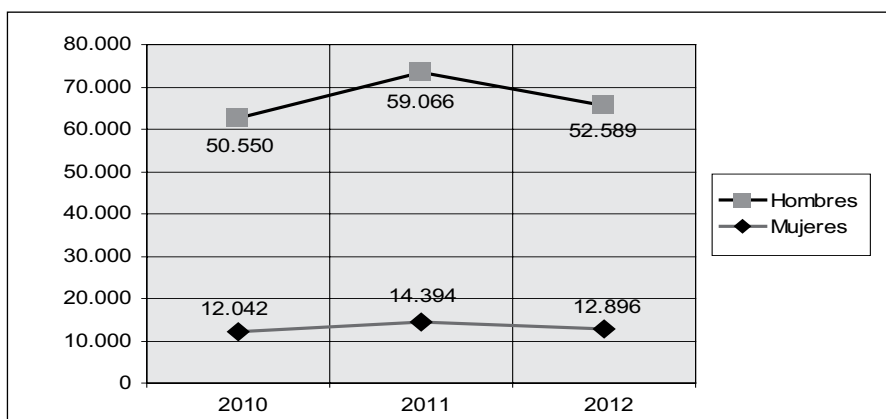


Este porcentaje ha permanecido estable el 2010, 2011, 2012, manteniéndose en todos esos años la tendencia del 80% de ingresos correspondiente a los hombres y 20% a las mujeres, por lo tanto, no se verifica una tasa de crecimiento de las mujeres con respecto a los hombres, o un descenso por parte de estos últimos, sino más bien una constante en esa variable.

Igualmente, en el siguiente gráfico, se aprecia que el año 2011 registra un aumento residual en la tasa de ingresos, tanto respecto de los hombres, como de las mujeres, pasando de 50.550 en el caso de los hombres y 12.042 en las mujeres en el año 2010, a 59.066 y 14.394 imputados hombres y mujeres respectivamente, cifra que desciende el año 2012 a una más cercana a la señalada en el 2010, equivalente a 52.589 hombres ingresados, en contraposición a las 12.896 mujeres:



## IMPUTADOS INGRESADOS SEGÚN SEXO Y AÑO



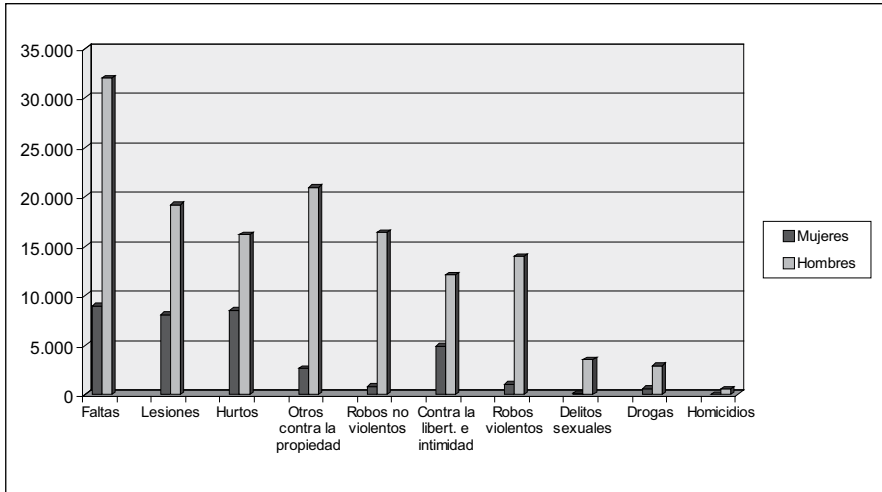
Asimismo, se verifica que los hombres predominan en las diversas categorías de delitos, teniendo las mujeres una mayor participación que el promedio general en los delitos de hurto, lesiones y aquellos que corresponden a las faltas, disminuyendo notoriamente la presencia del género femenino en los ilícitos que conllevan conductas más graves y de mayor afectación a bienes jurídicos relevantes, advirtiéndose en este sentido, una considerable diferencia porcentual entre hombres y mujeres en la comisión de delitos violentos y de delitos sexuales; así, en el caso de los delitos violentos, en el que incluimos los homicidios, los robos violentos, y los delitos contra la libertad e intimidad de las personas, un 82% son cometidos por hombres, mientras que sólo un 18% por las mujeres. Profundizando en los delitos violentos, se coteja que la diferencia porcentual entre hombres y mujeres se amplía considerablemente en los ilícitos relativos a los robos violentos y a los homicidios, registrándose, en el primer caso, un 93% de los hombres ingresados, en contraposición al 7% al que llegan las mujeres, mientras que en el delito de homicidio, la distancia se acrecienta a un 95% de ingresos correspondiente a los hombres y a un 5% de las mujeres.

Tratándose de los delitos sexuales, el porcentaje aumenta aún más, pues los hombres ejecutarían el 97% de ese tipo de conductas, mientras que las mujeres tan sólo un 3%. Ahora bien, comparando estas cifras con las de los delitos sexuales cometidos por adultos, encontramos una coincidencia con el estudio en perfil de mujeres agresoras sexuales realizado en nuestro país por las doctoras Onetto y Araya (2007)<sup>15</sup>, profesionales del Servicio Médico Legal, que

15 ONETTO, Inge y ARAYA, Paula (2007). Agresoras Sexuales Femeninas: evaluación retrospectiva de 58 mujeres imputadas por delitos sexuales contra menores en el Servicio Médico Legal entre los años 2000 a 2006. Disponible en: [www.sml.cl/portal/pdfs/REVISTA%20SML%20AGOSTO%2007.pdf](http://www.sml.cl/portal/pdfs/REVISTA%20SML%20AGOSTO%2007.pdf) [fecha de consulta: 05 de enero de 2014].

elaboraron un perfil de las mujeres agresoras sexuales en base a los 58 casos que ingresaron al SML entre los años 2000 a 2006, representando éstas un 2% de los peritajes a imputadas realizados en dicho período por el referido organismo público.

**IMPUTADOS INGRESADOS POR DELITO Y SEXO, 2010 - 2012**



Por otro lado, dentro del catálogo de delitos<sup>16</sup>, es posible apreciar que los ilícitos por los que más ingresan los adolescentes son las faltas con un 20% del total, seguido por el delito de lesiones con un 14%, y por los hurtos con un 12%.

Dentro de las faltas, aquellas que registran una mayor frecuencia de ingresos son el *hurto falta* del artículo 494 bis del Código Penal, con un 43%; seguida por el consumo o porte de drogas en lugares calificados y consumo o porte de drogas en lugares públicos o privados con previo concierto, que suman un 28%; y la riña pública del artículo 496 N°10 del Código Penal, con un 11%. Estos ilícitos, que representan el 82% de los imputados adolescentes en esta categoría, corresponden a conductas que la mayoría de las personas asocian con la delincuencia adolescente, pues se trata del consumo de drogas, de peleas públicas y del llamado “robo hormiga” (casos en que el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual y que afecta generalmente a supermercados y tiendas).

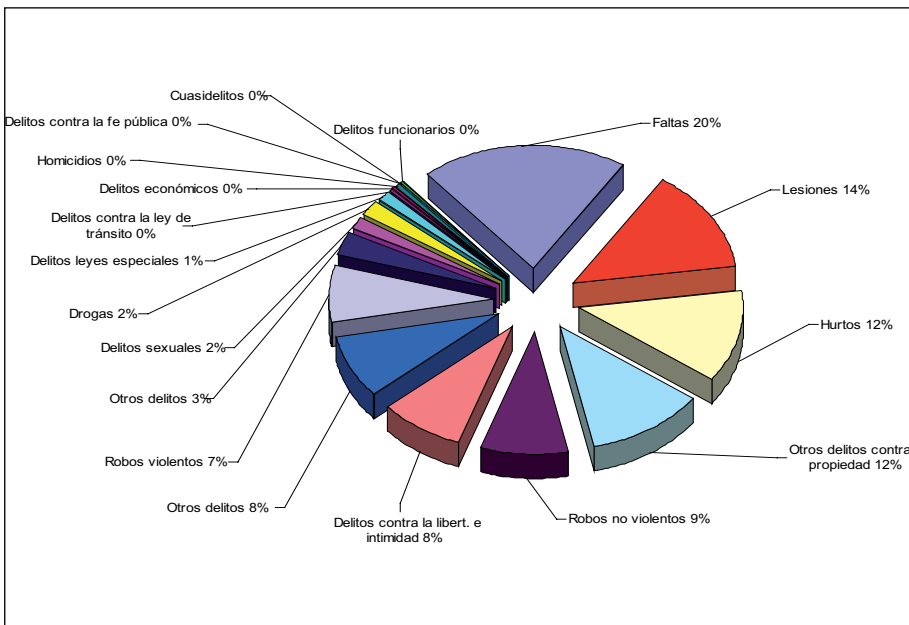
En cuanto a la categoría vinculada al delito de lesiones, se observa que las que presentan un mayor ingreso de jóvenes infractores son las lesiones leves y las

16 Para determinar los ilícitos que comprende cada una de las categorías de delitos, ir a Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público [en línea]. Disponible en: [www.fiscaliadechile.cl](http://www.fiscaliadechile.cl).

lesiones menos graves, con un 68% y 26% respectivamente, representando un 93% del total de este tipo de delitos que atentan contra la salud e integridad física de las personas.

Respecto al catálogo de los hurtos, aquellos que evidencian más participación de imputados adolescentes dentro de dicho universo son los que corresponden al hurto simple por un valor de media a 4 UTM con un 76%, y al hurto simple por un valor de 4 a 40 UTM con un 22%, verificándose de esta forma que dichos delitos equivalen al 98% de los ingresos de los tipos penales relativos al *hurto*, y al 12% del total de ingresos, tal como se demuestra en el siguiente gráfico:

**IMPUTADOS INGRESADOS EN DELITOS RPA POR DELITO, SEXO Y TRAMO ETARIO, 2010-2012**



Ahora bien, realizando un ejercicio de agrupación de delitos conforme al tipo penal y su vinculación, podemos advertir que si extraemos del conjunto de las faltas, el *hurto falta* del artículo 494 bis del Código Penal, y lo agregamos al catálogo relativo al delito de hurto, dicha categoría ya no correspondería al referido 12%, sino que equivaldría al 21% del total de ingresos, lo que lo situaría en el primer lugar de los hechos punibles por los que más ingresan estos infractores.

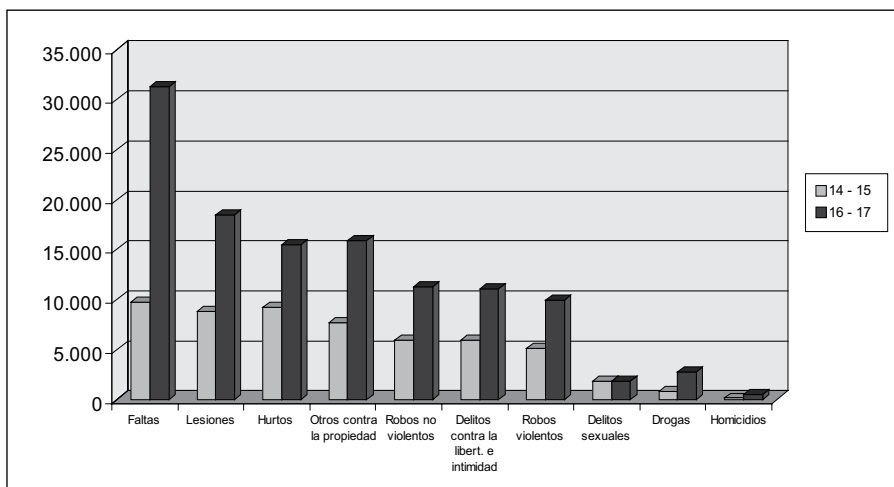
Continuando con esta agrupación, es posible comprobar que los ilícitos que registran el mayor ingreso de adolescentes son aquellos que vulneran el bien jurídico propiedad, los que en conjunto alcanzarían el 40% del total, y cuyo

orden de prelación está dado por los hurtos que representan un 31% de ese universo, por otros delitos contra la propiedad con un 29%, por los robos no violentos con un 21%, y por los robos violentos con un 19%. Resulta relevante asentar que, a pesar de que esta última cifra del 19% relativa a los robos violentos representa el menor porcentaje de ingresos en materia de delitos contra la propiedad, en el universo total de delitos por los que ingresan los adolescentes, esa categoría de delitos ocupa el octavo lugar, lo que implica que no puede concluirse que se trata de un dígito residual o menos importante, sino por el contrario, ese porcentaje corresponde a un elevado número de ilícitos que además, llevan aparejados conductas más violentas y de la mayor relevancia jurídica y social, pues importan una afectación no sólo a la propiedad, sino que también a bienes jurídicos de la más alta trascendencia y que requieren la máxima protección, tales como la vida, la integridad física o psíquica, la libertad personal, y la indemnidad sexual.

El gráfico da cuenta además, que con un porcentaje menor del total de ingresos se encuentran los delitos sexuales y aquellos vinculados a drogas, los cuales coinciden con un 2% del total de ingresos. Ahora bien, si realizamos respecto del grupo relativo a los delitos de drogas, la misma operación que efectuamos con los ilícitos de hurtos, y procedemos a extraer de las categorías de las faltas a los ilícitos de consumo o porte de drogas en lugares calificados y consumo o porte de drogas en lugares públicos o privados con previo concierto, para agregarlos al universo de los delitos de drogas (toda vez que se trata del mismo bien jurídico tutelado), comprobamos que el porcentaje del 2% con que aparece ese grupo, ascendería al 7% del total de delitos cometidos por adolescentes, cifra bastante mayor que da cuenta de la real dimensión de la cantidad de hechos punibles que se ejecutan vinculados a la Ley N°20.000.

Analizado el escenario de los delitos por los que más frecuentemente ingresan los adolescentes, es necesario proceder al estudio del panorama que acontece con respecto al rango etario de los infractores. En esta materia, se verifica patentemente que el rango etario que más delinque, tanto en el caso de los hombres como las mujeres, es aquel que corresponde a los 16 y 17 años con 137.640 ingresos que corresponde a un 68% del total de imputados adolescentes ingresados al Ministerio Público, por sobre los 14 y 15 años en que se registra 63.897, lo que equivale a un 32% de los ingresos, tal como lo demuestra la siguiente tabla:

## IMPUTADOS INGRESADOS EN DELITOS RPA POR TRAMO ETARIO, 2010 - 2012



Continuando con un análisis acucioso de los valores y realizando un cruce de la información entre las edades y las categorías de delito, es factible colegir que en todos los grupos de delitos, el rango etario que más comete los diversos hechos punibles es el de 16 y 17 años, con una cantidad que en algunos casos incluso triplica a la cifra de ingresos en el rango de 14 y 15 años, tanto respecto de los hombres como de las mujeres, dándose la única excepción en el caso de los delitos sexuales, en que la relación de ingresos se mantiene con una mínima variación entre el rango 14-15 y 16-17 años, lo que se refleja en que 60 mujeres ingresaron por delitos sexuales con una edad entre los 14 y 15 años, y 52 respecto de la edad 16 y 17 años, mientras que tratándose de los hombres, ingresaron 1.748 imputados adolescentes entre el rango 14 y 15 años, y 1.762 entre las edades de 16 y 17.

En cuanto a los *delitos violentos*<sup>17</sup>, cabe señalar que estos corresponden a 32.743, lo que representa un 16% del total de ingresos de adolescentes. De ellos y como ya señaláramos en párrafos anteriores, un 82% es cometido por hombres y un 18% por las mujeres, aumentando, en el caso de los hombres, el porcentaje en un 50% tratándose del rango etario de los 16 y 17 años. Con el conocimiento de estas cifras es dable afirmar que los adolescentes que cometen mayormente esta clase de delitos, que conllevan conductas más agresivas y vulneraciones a los bienes jurídicos más relevantes, son los hombres entre los 16 y 17 años.

Lo anterior, nos permite concluir que es la época de los 16 y 17 años, en que se concentran mayormente las conductas ilícitas, rango que corresponde a una

<sup>17</sup> Nos referimos a los delitos de homicidio, robos violentos, y delitos contra la libertad e intimidad de las personas.

época en que, sin existir cuestionamientos, el individuo tiene la capacidad y madurez suficiente para interiorizar, determinar y decidir, iniciar o continuar adelante con una conducta delictiva. Aún más, dentro de dicho rango se afirma sin irresoluciones, que el adolescente ya cuenta con capacidades mentales y sociales que le permiten perfectamente distinguir entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito, y está preparado para adecuar su comportamiento a esas consideraciones.

Pretendiendo explicar este proceso, algunos autores<sup>18</sup> han denominado a este estilo de actuar delictivo que se concentra en una edad ya más vinculada a la adultez, como *delincuencia persistente o distintiva*, que corresponde a una categoría de mayor complejidad al presentar más factores de riesgo (estáticos y dinámicos), representando “en diversos países entre un 5% y un 14% del total de adolescentes sancionados, los que sin embargo pueden ser responsables de más de un 50% de los delitos judicializados”<sup>19</sup>. Este tipo de delincuencia difiere de la llamada *delincuencia de proceso adolescente*<sup>20</sup>, que se caracteriza “por delitos de baja gravedad y alta frecuencia, en un período muy breve de tiempo, con inicio posterior a los 13 años y generalmente reactivos a factores situacionales como experiencias personales o familiares estresantes, o a la asociación con grupos de pares que incentivan comportamientos de riesgo o actuaciones infractoras de ley, pero sin que todo ello derive en un proceso de desadaptación social más permanente. En estos casos, la sola judicialización del comportamiento infractor constituye un potente incentivo para su interrupción”<sup>21</sup>.

De esta forma, confrontando los datos obtenidos con el estilo de actuar delictivo que proponen los autores, podemos señalar que ambos tipos de delincuencia se dan en nuestra realidad, no pudiendo descartarse en materia de Responsabilidad Penal Adolescente la presencia de la delincuencia más compleja, que es la llamada persistente o distintiva, máxime si como hemos advertido, el tramo de 16 y 17 años representa más del doble de lo que corresponde a los ingresos en el rango de 14 y 15 años, –recordemos que conforme a las cifras obtenidas, entre los 14 y 15 años la cantidad de ingresos al Ministerio Público equivale al 32% del total de los adolescentes, dejando en un 68% los ingresos en el rango 16 y 17 años–.

- 
- 18 A mayor abundamiento ver: REDONDO, S. y ANDRÉS PUEYO, A.. “La Psicología de la Delincuencia”. En: *Revista El Observador*, N°4, año 2009, Santiago, Chile, SENAME.
- 19 PÉREZ-LUCO, R., LAGOS, L. y BÁEZ, C. *Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional*. Universitas Psychologica, 2012, 11(4), págs. 1209-1225. Bogotá, Colombia.
- 20 Denominada también delincuencia común por diversos autores, tales como Fréchette & LeBlanc (1998); Moffitt (1993); Rutter, Giller & Hagell (2000).
- 21 PÉREZ-LUCO, R., LAGOS, L. y Báez, C., ob. cit.

Esta considerable diferencia porcentual en el tramo etario del ingreso de los adolescentes al sistema, obliga a estudiar sus posibles explicaciones, las que si bien exceden el propósito del presente estudio, atendida su relevancia, no podemos sino dejar planteadas. De esta forma, bajo la óptica de la *Criminología del Desarrollo*, es posible formular las siguientes interrogantes: ¿ la mayor presencia de delitos en la etapa posterior obedece a un inicio tardío en la carrera delictual por parte de estos adolescentes o bien se podría explicar por la reincidencia de los mismos adolescentes que ya habían cometido delitos en la etapa 14-15 años, y que persisten en su actuar delictivo aún cercanos a la adultez?, ¿esta persistencia podría dar cuenta que la sola judicialización de la conducta y su eventual sanción punitiva no es incentivo suficiente para que el adolescente no reincida?. En nuestra experiencia, nos encontramos ante algunos casos en que el adolescente reincide una y otra vez en las mismas conductas, o incluso en algunas ocasiones en una escalada de conductas hasta llegar a las de mayor gravedad, advirtiendo que para estos jóvenes infractores el paso por el sistema y las sanciones impuestas quizás no cumplirían de forma eficiente con el fin desincentivador de la carrera delictiva orientado a su plena integración social.

### III. Imputados ingresados con mayor frecuencia en delitos RPA

Con la finalidad de realizar un análisis más profundo que nos permita adoptar decisiones y enfocar adecuadamente los esfuerzos encaminados a cumplir con los objetivos de la Ley N°20.084, hemos querido profundizar en cuáles son los delitos por los que ingresan la mayor cantidad de adolescentes.

Precisamente, para adquirir una visión acorde con la realidad y basada en la evidencia empírica, se ordenaron los adolescentes ingresados de mayor a menor de acuerdo a los delitos que tuvieron al menos un ingreso durante los años 2010 a 2012, para luego establecer un punto de corte que resultase significativo en cuanto definiera aquellos delitos RPA en que se hayan visto imputados la mayor cantidad de adolescentes.

De esta forma, en el presente estudio se seleccionaron los 19 delitos –de los 229 registrados– que corresponden a aquellos que involucran una mayor cantidad de adolescentes ingresados. Cabe señalar que esta cifra no fue determinada de manera antojadiza, sino que deriva del hecho de que justamente esos 19 ilícitos equivalen al 80% de los ingresos de los adolescentes imputados en dicho período.

## Imputados ingresados con mayor frecuencia en delitos RPA, 2010-2012

Delito	Adolescentes	%
HURTO SIMPLE (MEDIA A 4 UTM)	18.901	9,3
LESIONES LEVES	18.612	9,2
HURTO FALTA (Art. 494 BIS CP)	17.649	8,7
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES (Art. 296 N°3 CP)	14.316	7,0
DAÑOS SIMPLES (Art. 487 CP)	9.616	4,7
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚBL. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO	9.458	4,7
RECEPTACIÓN (Art. 456 BIS A CP)	9.122	4,5
DELITO DESÓRDENES PÚBLICOS (Art. 269 CP)	8.432	4,1
LESIONES MENOS GRAVES	7.089	3,5
ROBO EN LUGAR NO HABITADO (Art. 442 CP)	6.340	3,1
ROBO CON INTIMIDACIÓN (Art. 433, 436 Inc. 1° 438 CP)	5.904	2,9
HURTO SIMPLE (4 A 40 UTM)	5.361	2,6
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN (Art. 440 CP)	5.286	2,6
ROBO CON VIOLENCIA	4.850	2,4
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (Art. 288 bis CP)	4.823	2,4
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	4.754	2,3
RIÑA PÚBLICA (art. 496 N°10 CP)	4.399	2,2
ROBO POR SORPRESA (art. 436 INC. 2° CP)	4.354	2,1
OTRAS FALTAS CÓDIGO PENAL	4.011	2,0
<b>Total</b>	<b>163.277</b>	<b>80,3</b>

Como puede apreciarse, y en armonía con lo ya señalado, son los delitos de hurto y lesiones, los que concentran la mayor cantidad de imputados ingresados en el período 2010 a 2012. Asimismo, se advierte que 11 de los 19 delitos, es decir más del 50%, corresponde a hechos punibles que afectan al bien jurídico propiedad, mientras los restantes se distribuyen en otros tipos de delitos que vulneran diversos valores jurídicos tutelados por el legislador, tales como, las amenazas, las lesiones, y el consumo o porte de drogas en lugares públicos o privados con previo concierto.

Por su mayor frecuencia y sus eventuales reiteraciones, resulta relevante detenerse a reflexionar en el panorama del delito de hurto, en el que evidenciamos que el tipo penal que involucra una mayor cantidad de adolescentes imputados no es, como pudiera pensarse, el hurto falta del artículo 494 bis del Código Penal, asociado como ya señalamos, al llamado “robo hormiga”, sino el hurto que iría en una escala superior, esto es, el hurto simple de media a 4 UTM; un poco más abajo en el escalafón, en el doceavo lugar, se encuentra el hurto simple de 4 a 40 UTM. Considerando todos estos tipos penales de hurto, se comprueba que la participación de adolescentes imputados representa un 20% del total de ingresos de dichos adolescentes en los 229 delitos, lo que da cuenta de la relevancia de abordar las conductas sociales y cognitivas a la base que se manifiestan por medio de este tipo de ilícitos.



No podemos dejar de mencionar el escenario relativo a los delitos de robo, en que subyacen conductas de mayor agresividad y lesividad hacia las personas. En este sentido, las cifras muestran que dentro de los delitos con más ingreso de adolescentes infractores se encuentran justamente algunos de los robos que involucran conductas de mayor dañinidad, toda vez que conllevan no sólo una afectación al bien jurídico propiedad, sino que también un ataque a la vida o integridad física o psíquica de la víctima, o por lo menos, un peligro de que se lleve cabo; nos estamos refiriendo al robo con intimidación, al robo en lugar habitado o destinado a la habitación, al robo con violencia, y al robo por sorpresa, hechos punibles que, por su peligrosidad y por los valores tutelados, deben ingresar a la categoría de los robos violentos. En atención a lo anterior, no deja de ser preocupante que estos robos violentos alcancen un total de 20.394 imputados ingresados, que representan el 10% del total de los adolescentes imputados, haciéndose imprescindible generar una mayor consciencia social respecto de la gravedad y relevante porcentaje que revisten este tipo de conductas, poniendo énfasis en que estamos ante un adolescente que ejerce violencia o coacción en contra de una víctima que debe ser visualizada.

Finalmente, en cuanto a este ámbito, la tabla consigna que los delitos de desórdenes públicos y la riña pública se encuentran dentro de los ilícitos RPA con mayor cantidad de imputados ingresados, tipos penales que coinciden en el ámbito de su desarrollo, pues se realizan en la vía pública, vinculándose además, en cuanto a que producen la alteración de la tranquilidad pública, lo que nos permitiría sostener que esta clase de hechos punibles son visibles socialmente, y podrían ser asociados a las fiestas o al llamado “carrete” en que participan los menores de edad, a las marchas o manifestaciones, o directamente al vandalismo ocasionado por grupos o pandillas.

Escudriñando aún más en esta materia, se ha elaborado la siguiente tabla que da cuenta de los 19 delitos asociados a la mayor frecuencia de ingresos de adolescentes, incorporando las variables de género y tramo etario:

Imputados ingresados con mayor frecuencia en delitos RPA, por sexo y tramo etario, 2010-2012									
Delito	Adolescentes ingresados								
	Mujeres			Hombres			TOTAL		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Total
HURTO SIMPLE (MEDIA A 4 UTM).	2.698	4.052	6.792	4.380	7.670	12.096	7.083	11.728	18.901
LESIONES LEVES	2.490	3.665	6.207	3.636	8.662	12.386	6.135	12.335	18.612
HURTO FALTA (art. 494 BIS CP).	1.564	4.018	5.611	2.911	9.048	12.036	4.477	13.066	17.649
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES (art. 296 N°3 CP).	1.971	2.424	4.425	3.135	6.655	9.866	5.118	9.090	14.316
DAÑOS SIMPLES (art. 487 CP).	450	633	1.091	2.773	5.702	8.519	3.226	6.338	9.616
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚBL. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO.	155	566	724	1.151	7.510	8.734	1.306	8.076	9.458
RECEPTACIÓN (art. 456 BIS a CP)	291	459	757	2.739	5.567	8.363	3.030	6.028	9.122
DELITO DESÓRDENES PÚBLICOS ART. 269 (NO FALTA DEL CÓD 13035)	381	713	1.096	2.191	5.115	7.336	2.572	5.828	8.432
LESIONES MENOS GRAVES	631	1.131	1.769	1.500	3.764	5.317	2.131	4.898	7.089
ROBO EN LUGAR NO HABITADO (art. 442 CP).	126	205	332	1.991	3.978	6.003	2.117	4.188	6.340
ROBO CON INTIMIDACIÓN (art. 433, 436 INC 1° 438 CP).	130	163	296	1.930	3.626	5.606	2.061	3.790	5.904
HURTO SIMPLE (4 A 40 UTM).	614	1.038	1.658	1.339	2.330	3.697	1.956	3.370	5.361
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN (art. 440 CP).	157	215	373	1.708	3.146	4.903	1.866	3.370	5.286
ROBO CON VIOLENCIA	191	256	448	1.342	3.031	4.402	1.533	3.287	4.850
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (288 bis)	61	90	155	1.487	3.159	4.667	1.548	3.250	4.823
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	47	72	120	1.564	3.034	4.632	1.611	3.108	4.754
RIÑA PÚBLICA (art. 496 N°10 CP).	491	876	1.376	752	2.251	3.023	1.243	3.127	4.399
ROBO POR SORPRESA (art. 436 INC. 2° CP).	139	184	324	1.359	2.640	4.028	1.500	2.824	4.354
OTRAS FALTAS CÓDIGO PENAL	188	372	563	969	2.460	3.446	1.157	2.834	4.011
<b>Total</b>	<b>12.775</b>	<b>21.132</b>	<b>34.117</b>	<b>38.857</b>	<b>89.348</b>	<b>129.060</b>	<b>51.670</b>	<b>110.535</b>	<b>163.277</b>

Respecto al género, podemos cotejar que de esta agrupación de 19 delitos que se encuentran asociados a la mayor frecuencia de ingresos de adolescentes, el 79% corresponde a los hombres, mientras que tan sólo un 21% a las mujeres. Estos datos coinciden con la tendencia que hemos observado en tablas anteriores en relación al total de los delitos y su comisión por género (véase gráfico Porcentaje Total de Mujeres y Hombres en Delitos RPA del acápite II).

Por otro lado, es posible advertir que si bien la proporción de ingresos en los delitos cometidos por mujeres en relación a los hombres van desde el 2,5% a casi el 50% de los que éstos cometen (con un 21% de promedio), curiosamente en los cuatro delitos asociados a la mayor cantidad de adolescentes ingresados, la participación de las mujeres se acerca a la mitad de la de los hombres, lo cual podría dar cuenta de lo habitual que resultan la ejecución de hurtos, la comisión de lesiones y la realización de amenazas para los jóvenes infractores, con un menor peso del género en este tipo de casos.

Del mismo modo, llama la atención la mayor diferencia porcentual que se produce entre hombres y mujeres en su ingreso por determinados delitos, tales como el porte de arma cortante o punzante del artículo 288 bis del Código Penal, y el robo en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación, en que los datos señalan que se imputa a los hombres una participación del 97% en dichas conductas.

En cuanto al rango etario, se observa que el 68% de los ingresos en delitos RPA corresponden a jóvenes que se encuentran entre los 16 y 17 años de edad, mientras que el 32% restante atañe al grupo de 14 y 15 años. Al igual que en el caso anterior referido a la variable género, este resultando es el mismo y continúa la tendencia observada frente al total de delitos RPA (véase tabla Imputados Ingresados en Delitos RPA por Tramo Etario del acápite II).

Asimismo, no se evidencia ningún delito de los 19 con mayor frecuencia de imputados adolescentes, en que la categoría de 14 y 15 años prime por sobre el rango de 16 y 17, confrontándose incluso, que en todos los casos, esta segunda categoría al menos duplica en cantidad a la primera, lo que demuestra fehacientemente que son los jóvenes que se encuentran más alejados de la infancia, estando próximos a la adultez, y por consiguiente, a pasar de ser infractores adolescentes a adultos sancionados por la legislación penal común, quienes presentan una mayor frecuencia de ingresos por estos ilícitos.

#### IV. Imputados RPA ingresados según institución remitora por año

Entre los años 2010 a 2012, del total de 201.537 imputados ingresados, se registra que la mayor cantidad de los mismos fue derivado por Carabineros de Chile, con una cifra que ha permanecido con poca variación entre los años 2010, 2011 y 2012 y que da un total de 178.809, lo que equivale al 89% de los ingresos vía esa institución.

El porcentaje de ingresos disminuye al 5,4% aproximadamente, tratándose de la Policía de Investigaciones y a un 2,6% en el caso de los Juzgados de Garantía, valores que en general se mantienen estables en los tres años estudiados, tal como lo demuestra la siguiente tabla:

<b>Imputados RPA ingresados según institución remitora, 2010-2012.</b>				
	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>Total</b>
Carabineros	55.502	65.739	57.568	178.809
Investigaciones	3.442	3.688	3.675	10.805
Juzgado de Garantía	1.555	1.823	1.977	5.355
Misma fiscalía	913	801	759	2.473
Otro tribunal con competencia criminal	345	388	279	1.012
Gendarmería	99	151	219	469
Querrela o denuncia de instituciones	90	109	140	339
Armada de Chile	14	5	24	43
Otra fiscalía	3	20	8	31
Min. RR.EE.	0	2	0	2
Otras instituciones	629	734	836	2.199
<b>Total</b>	<b>62.592</b>	<b>73.460</b>	<b>65.485</b>	<b>201.537</b>

## V. Imputados RPA ingresados con audiencia de control de detención según delito por año

En cuanto a los infractores adolescentes ingresados con audiencia de control de detención, cabe señalar que el registro más alto en este ítem corresponde a los delitos contra la propiedad, reuniendo así, el hurto falta, hurto simple, la receptación, el robo con intimidación, el robo en lugar habitado, el robo en lugar no habitado, el robo en bienes nacionales de uso público, el robo con violencia, y el robo por sorpresa, el 63% de los delitos cometidos por adolescentes que ingresan con audiencia de control de detención, lo que nos lleva a concluir que los hurtos y los robos tienen una mayor probabilidad de ingresar por este tipo de vía, encontrando aquello una posible explicación en que justamente por el modus operandi de dichos ilícitos, constituyen algunos de los casos con mayor probabilidad de sorprender al infractor en una situación de flagrancia.

Lo anterior, tiene relación y aparece corroborado con las cifras ya estudiadas, relativas a los delitos que registran una mayor cantidad de ingresos, entre los cuales mencionamos a los hurtos y los robos como unos de los delitos que mayormente cometen los adolescentes, lo que explica que además, ellos constituyan el porcentaje más alto de delitos que pasan a audiencia de control de detención.

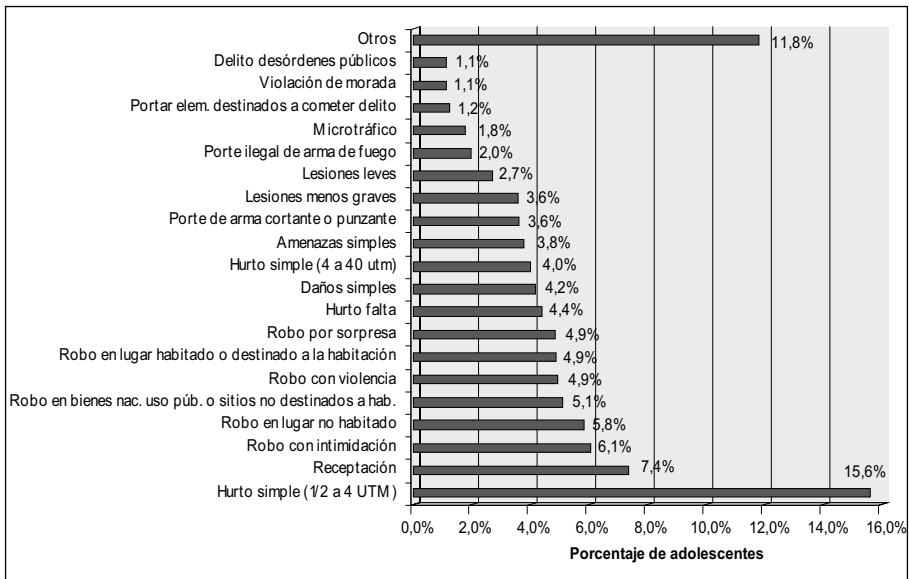
En la tabla que se acompaña a continuación, se efectúa un desglose por año de los delitos que principalmente cometen los adolescentes que ingresan con audiencia de control de detención, observándose que en el año 2012, 30.644 imputados adolescentes ingresaron por esta vía y que casi en la totalidad de los casos el porcentaje de ingresos fue en aumento año a año:

<b>Imputados RPA ingresados con audiencia de control de detención - ACD, 2010-2012</b>					
	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>Total</b>	<b>%</b>
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE MEDIA A 4 UTM	3.737	4.561	4.759	13.057	15,6%
RECEPTACIÓN. ART. 456 BIS A	1.765	2.073	2.319	6.157	7,4%
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC 1° 438	1.654	1.669	1.755	5.078	6,1%
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442	1.463	1.736	1.677	4.876	5,8%
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB	1.366	1.423	1.468	4.257	5,1%
ROBO CON VIOLENCIA	1.252	1.417	1.461	4.130	4,9%
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440	1.201	1.239	1.632	4.072	4,9%
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2°	1.433	1.367	1.259	4.059	4,9%
HURTO FALTA 494 BIS CÓDIGO PENAL	1.101	1.359	1.217	3.677	4,4%
DAÑOS SIMPLES. ART. 487	882	1.269	1.346	3.497	4,2%
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE 4 A 40 UTM	864	1.078	1.413	3.355	4,0%
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES ART. 296 N°3	823	1.068	1.261	3.152	3,8%
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (288 bis)	889	996	1.139	3.024	3,6%
LESIONES MENOS GRAVES	805	1.062	1.122	2.989	3,6%
LESIONES LEVES	648	799	820	2.267	2,7%
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC. Y OTR. SUJETAS A CONTROL	397	603	648	1.648	2,0%
MICROTRÁFICO (TRÁFICO DE PEQUEÑAS CANTID. ART. 4 LEY 20000)	413	449	623	1.485	1,8%
PORTAR ELEMENTOS CONOCIDAMENTE DESTINADOS A COMETER DELITO	228	339	468	1.035	1,2%
VIOLACIÓN DE MORADA. ART. 144	306	320	316	942	1,1%
DELITO DESÓRDENES PÚBLICOS ART. 269 (NO FALTA DEL CÓD 13035)	177	474	286	937	1,1%
ROBO DE VEHICULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	222	213	337	772	0,9%
OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	316	217	209	742	0,9%
LESIONES GRAVES	242	254	238	734	0,9%
HOMICIDIO	144	167	172	483	0,5%
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚBL. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO	142	164	138	444	0,5%
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ART. 3 LEY N°20.000	157	126	148	431	0,5%
MALTRATO DE OBRA A CARAB ART. 416 BIS COD DE JUST MILITAR	23	149	215	387	0,5%
AMENAZAS CONDIC. CONTRA PERSONAS Y PROP. ART. 296 1 y 2, 297	74	103	158	335	0,4%
DAÑO FALTA (495 N°21 Código Penal)	45	124	140	309	0,4%
TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC. Y OTROS SUJ. A CONT.	83	129	89	301	0,4%
OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	77	99	96	272	0,3%
DAÑOS CALIFICADOS. ART. 485 Y 486	73	105	68	246	0,3%
AMENAZAS A CARABINEROS	40	71	113	224	0,3%
OTROS DELITOS CONTRA LA LEY DEL TRÁNSITO	50	98	57	205	0,2%
OTROS HECHOS	43	88	61	192	0,2%
HURTO SIMPLE POR UN VALOR SOBRE 40 UTM	50	65	73	188	0,2%
DESACATO (Art. 240 Código de Procedimiento Civil)	47	61	79	187	0,2%
DESÓRDENES EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS 494 N°1 CÓDIGO PENAL	40	64	61	165	0,2%
ARROJAMIENTO DE PIEDRAS U OTROS OBJETOS (496 N°26 Cód.Penal)	37	66	60	163	0,2%
PORTE DE ARMAS PROHIBIDAS ART. 14	60	32	65	157	0,2%
AMENAZA CON ARMA (FALTA) ART. 494 N°4 CÓDIGO PENAL	48	51	47	146	0,2%
USURPACIÓN DE NOMBRE. ART. 214	32	45	66	143	0,2%
OTROS DELITOS VARIOS	821	931	978	2730	3,3%
<b>Total</b>	<b>24.270</b>	<b>28.723</b>	<b>30.657</b>	<b>83.650</b>	<b>100%</b>

Igualmente, resulta relevante verificar lo que ocurre con delitos más graves, tales como el homicidio, el que de acuerdo a la tabla precedente corresponde a un 0,5% de los adolescentes que ingresan mediante audiencia de control de detención, lo que si bien podría reflexionarse precipitadamente, es una cifra bastante baja, efectuando un análisis más cuidadoso, se advierte que ello corresponde a un importante número de los ingresos por el delito de homicidio, tipo penal que el año 2010 registró 204 imputados RPA, 205 el año 2011, y 210 el año 2012, de manera tal que el 78% de los adolescentes ingresados por este delito lo hacen por este vía. Por tanto, que los adolescentes imputados por el delito de homicidio representen un 0,5% del total de ingresos por audiencia de control de detención, se explica por el bajo porcentaje de ingreso total de dicho delito, y no porque se trate de un ilícito en que los imputados no lleguen a dicha audiencia, pues al contrario, y tal como se señaló, un 78% de los adolescentes imputados por homicidio son ingresados con audiencia de control de detención.

El siguiente gráfico proporciona una panorámica general que ilustra el porcentaje de adolescentes que fueron objeto de audiencia de control de detención durante los años 2010 a 2012, desagregado por delito:

**ADOLESCENTES INGRESADOS CON AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN POR DELITO, 2010 A 2012**



## VI. Imputados formalizados según categoría de delito por año

Analizado el escenario relativo a los adolescentes ingresados con audiencia de control de detención, resulta relevante, a continuación, dar un paso más,

para verificar lo que ocurre en materia de formalización de los adolescentes infractores, de manera de poder determinar aquellos delitos en que se produce una mayor concentración y la evolución que se ha dado entre los años 2010 a 2012 al respecto, todo lo cual se consigna en la siguiente tabla:

Imputados RPA formalizados, 2010-2012					
	2010	2011	2012	Total	%
ROBOS (violentos)	4.243	4.184	3.892	12.319	16,8%
ROBOS NO VIOLENTOS	3.813	3.818	3.604	11.235	15,3%
HURTOS	3.436	4.097	3.622	11.155	15,2%
OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	3.020	3.597	3.500	10.117	13,8%
LESIONES	2.288	2.614	2.406	7.308	10,0%
OTROS DELITOS	1.719	2.126	1.941	5.786	7,9%
DELITOS CONTRA LIB. E INTIMIDAD DE LAS PERSONAS	1.404	1.637	1.802	4.843	6,6%
FALTAS	1.183	1.399	1.197	3.779	5,1%
DELITOS LEY DE DROGAS	624	656	806	2.086	2,8%
DELITOS DE LEYES ESPECIALES	563	686	691	1.940	2,6%
DELITOS SEXUALES	453	434	452	1.339	1,8%
HOMICIDIOS	191	192	183	566	0,8%
DELITOS LEY DE TRÁNSITO	144	176	185	505	0,7%
DELITOS ECONÓMICOS	71	55	59	185	0,3%
CUASIDELITOS	38	56	42	136	0,2%
DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	32	50	46	128	0,2%
DELITOS FUNCIONARIOS	5	2	3	10	0,0%
<b>Total</b>	<b>23.227</b>	<b>25.779</b>	<b>24.431</b>	<b>73.437</b>	<b>100%</b>

Como se observa, los delitos que concentran un mayor porcentaje de adolescentes formalizados son aquellos que afectan al bien jurídico propiedad, específicamente, los robos violentos, los robos no violentos y los hurtos, los cuales agrupan un 47% de los adolescentes formalizados. Lo anterior, está en completa armonía con las cifras de ingresos que hemos desarrollado, en que la mayor cantidad se produce justamente en el catálogo de los delitos de hurto, robos no violentos y robos violentos, los que constituyen un porcentaje considerable de los ingresos, por lo tanto, es posible concluir que un importante número de los adolescentes que cometen dichos delitos y que ingresan al Ministerio Público, son posteriormente formalizados por los mismos.

En atención a que constituye la afectación de uno de los bienes jurídicos más relevantes, cual es, la vida, nos detendremos nuevamente en este apartado en el delito de homicidio, siendo indispensable mencionar al respecto que, a pesar de que éste representa tan sólo un 0,8% de los imputados RPA formalizados, dicha cantidad equivale a casi el 100% de los delitos de homicidio cometidos por adolescentes; así, de 204 adolescentes ingresados por delitos de homicidio el año 2010, se formalizó a 191 (un 94% de los ingresados); de 205 correspondientes al año 2011, se formalizó a 192 (un 94% de los ingresados); y de 210 ingresos del año 2012 se formalizó a 183 (un 87% de los ingresados),

todo lo cual da cuenta de que el Ministerio Público realiza la importancia en la persecución penal de este tipo de delitos de la mayor gravedad.

## VII. Imputados sometidos a internación provisoria, por delito, edad, sexo y año

Un punto fundamental para determinar el escenario de la persecución penal de adolescentes infractores, es determinar cuántos de los infractores juveniles quedan sujetos a internación provisoria, los delitos y el género en que ello ocurre más frecuentemente, y la evolución que se ha dado al respecto en los tres años que concentra el presente estudio. Para dar respuesta a estas interrogantes, se confeccionó la siguiente tabla que desglosa por sexo, edad, año y delito, los casos de imputados adolescentes sometidos a internación provisoria:

	Imputados ingresados sometidos a internación provisoria, 2010-2012												Total adolescentes por delito
	2010				2011				2012				
	Femenino		Masculino		Femenino		Masculino		Femenino		Masculino		
	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	14-15	16-17	
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC 1° 438.	4	13	172	397	16	9	153	375	4	17	163	365	1.688
ROBO CON VIOLENCIA	17	21	109	330	11	13	99	316	11	9	104	302	1.342
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440	3	7	102	265	4	13	77	200	4	12	88	277	1.052
HOMICIDIO	1	2	14	72	0	1	14	71	0	2	22	66	265
RECEPTACIÓN. ART. 456 BIS A	3	3	25	66	0	4	14	46	0	2	37	58	258
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ART. 3 LEY N°20.000.	3	9	14	32	3	4	8	22	1	3	6	24	129
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2°	1	4	7	25	1	3	6	35	0	1	10	31	124
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC.Y OTR.SUJETAS A CONTROL	0	1	4	31	0	0	4	27	1	0	5	30	103
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	1	1	13	17	0	1	12	19	0	0	6	23	93
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE MEDIA A 4 UTM	0	15	6	18	0	0	3	13	0	1	3	11	70
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB	0	0	13	9	0	0	11	20	0	1	3	13	70
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES ART. 296 N°3.	0	0	7	16	1	1	4	12	1	0	5	16	63
LESIONES GRAVES	0	0	4	13	1	1	2	15	0	0	6	18	60
LESIONES MENOS GRAVES	0	1	4	14	1	1	3	15	0	1	1	17	58
VIOLACIÓN DE MENOR DE 14 AÑOS. ART. 362.	0	0	10	12	0	0	7	10	0	0	5	7	51
OTROS DELITOS (agrupación)	12	17	60	172	7	18	60	133	2	6	56	174	717
<b>Total</b>	<b>45</b>	<b>94</b>	<b>564</b>	<b>1.489</b>	<b>45</b>	<b>69</b>	<b>477</b>	<b>1.329</b>	<b>24</b>	<b>55</b>	<b>520</b>	<b>1.432</b>	<b>6.143</b>

Lo primero que habría que señalar es que, de los 201.537 adolescentes ingresados durante el período 2010 a 2012, sólo a un 3% de los jóvenes infractores



se les aplicó esta medida. Estas cifras son perfectamente coherentes y coincidentes con la aplicación de prisión preventiva en adultos, en tanto en esos casos el porcentaje de prisiones preventivas aplicadas representan un 3%, en relación a los imputados conocidos (I.C.).

En cuanto a los delitos, como se muestra en la tabla precedente<sup>22</sup>, es posible advertir que dentro de la categoría de los robos violentos son el *robo con intimidación* y el *robo con violencia*, los que concentran el mayor número de imputados que quedan sometidos a internación provisoria con 3.030 sujetos. Ahora bien, no debe confundirse el hecho de que esos delitos concentren el mayor porcentaje de imputados sujetos a esa medida, con la idea de que todos o la gran mayoría de los adolescentes que ejecutan esas conductas quedan sometidos a internación provisoria; por el contrario, esos ilícitos ocupan la primera posición de la tabla en atención a que constituyen unos de los delitos que registran los mayores porcentajes de ingresos, mostrando las cifras que sólo al 28% de los infractores que cometió este tipo de robos violentos se les aplicó dicha medida.

Por su parte, dentro de los *robos no violentos*, se verifica un porcentaje exiguo en su aplicación, así, en el caso del *robo en lugar no habitado* sólo un 1,5% de los infractores adolescentes ingresados en dicho período quedó en internación provisoria, mientras que en el delito de *robo en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a habitación*, el porcentaje disminuye a 1,1%. Esto implica, desde otra perspectiva, que aproximadamente el 98% de los adolescentes que ejecutan estos hechos punibles queda sujeto a medidas cautelares de menor intensidad, o a ninguna.

Resulta indispensable incluir en este análisis, el escenario de la aplicación de la internación provisoria respecto de los delitos violentos, por lo que nos detendremos en algunos delitos tales como, el *robo con homicidio*, el *secuestro*, y la *violación de menor de 14 años*<sup>23</sup>, por tratarse de conductas graves, violentas y altamente lesivas a bienes jurídicos que requieren la máxima protección penal. Al cotejar los datos obtenidos, se comprueba que aún en aquellos delitos de mayor gravedad, en un moderado porcentaje –o incluso un mínimo en algu-

22 Cabe señalar que en la confección de la presente tabla no se siguió el catálogo de familias de delitos contemplado en el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público, toda vez que para una mejor comprensión de esta materia se estimó más adecuado presentar la información de acuerdo a los tipos penales, considerando aquellos que registran una mayor cantidad de imputados RPA ingresados sometidos a Internación Provisoria. Asimismo, se estableció un punto de corte en aquellos delitos que presentaron 50 ingresos de adolescentes o menos durante los tres años que cubrió el estudio.

23 Por motivos de espacio, los delitos de robo con homicidio, secuestro y otros, a los cuales se hace referencia en este apartado fueron dejados subsumidos en la categoría “Otros Delitos (agrupación)”, en tanto presentan menos de 50 adolescentes sometidos a la medida en el lapso de los tres años del estudio, representando cada uno menos de un 1% del total de adolescentes sometidos a internación provisoria.

nos casos—, los infractores que cometen estos hechos punibles quedan sujetos a internación provisoria. Así, se verifica que en las causas por robo con homicidio (61 adolescentes ingresados durante el período), tan sólo el 54% de los adolescentes fue objeto de internación provisoria; en los casos de *secuestro* del artículo 141 del Código Penal (42 sujetos), un 41% de los imputados quedó con la medida; y por último, el caso más dramático está representado por las causas relativas al delito de *violación de menor de 14 años* del artículo 362 Código Punitivo (1001 sujetos), en que sólo la exigua cantidad del 5% de los jóvenes quedó en internación provisoria, cifra que da cuenta de que aún en este grave delito, en el cual se ven afectados bienes jurídicos tan valiosos como la libertad e indemnidad sexual de un menor de edad, el 95% de los sujetos quedan sujetos a medidas cautelares de menor entidad, o a ninguna.

Respecto al género, se aprecia una clara distancia entre hombres y mujeres, comprobándose que en el período 2010 a 2012, el 95% de los sujetos a quienes se les aplicó esta medida eran hombres, mientras que tan sólo el 5% corresponde a mujeres.

Interiorizándonos en los delitos, vemos reflejada la proporción referida, de esta forma, en el caso del *robo con intimidación* y del *robo con violencia*, los hombres registran el 95% de aplicación de internación provisoria, mientras que las mujeres el 5% de la misma. Esta diferencia se incrementa respecto de los delitos violentos, en que tratándose de los ilícitos de homicidio simple, homicidio calificado, homicidio en riña, violación, robo calificado, secuestro simple y calificado, y violación con homicidio, el 97% de los hombres y el 3% de las mujeres fueron sometidos a internación provisoria. Es interesante destacar en este punto que ninguna mujer fue objeto de internación provisoria por los delitos de homicidio en riña, violación, secuestro simple y calificado, robo con violación, robo con retención, y violación con homicidio, lo que se podría explicar por la baja o, en algunos casos, ausencia de ingresos de mujeres en estos delitos.

Esta considerable diferencia entre hombres y mujeres, se explica y aparece corroborada por lo señalado en el acápite II de este estudio, en que verificamos que el 80% de los adolescentes que ingresan al Ministerio Públicos son hombres, siendo éstos además, quienes cometen los delitos de mayor gravedad.

En relación al tramo etario, es posible distinguir que la mayor cantidad de internación provisoria se produce en el rango de 16 y 17 años, tanto en hombres como en mujeres, registrándose un 73% de aplicación en ese tramo, en contraposición al 27% del rango 14 y 15 años. Esto es concordante con lo mencionado en párrafos anteriores, en que evidenciamos que es en la época de 16 y 17 años, en que se concentran mayormente las conductas delictivas; aún más, se advierte que en ese rango de edad, aumentan a casi el doble las conductas constitutivas de delitos violentos comparadas con el tramo 14 y 15,

lo que podría dar cuenta de que en el primer contacto del adolescente con el sistema, las sanciones impuestas, la ejecución, y responsabilización perseguida por el legislador, quizás no resulten del todo adecuadas ni suficientes para impedir la reiteración de conductas delictivas por parte de aquellos, y su plena integración social.

### VIII. Imputados sometidos a alguna medida cautelar del artículo 155 del Código Procesal Penal según tipo de medida, delito, edad, sexo y año

En atención a que la medida de internación provisoria resulta ser aplicable sólo para casos calificados, y cuando no sea posible garantizar el éxito de las diligencias de investigación, la seguridad de la sociedad, la protección del ofendido, o la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento con alguna de las medidas del artículo 155 del Código Procesal Penal, resulta indispensable proceder justamente al estudio de lo que ocurre con las medidas cautelares del artículo 155, que son aquellas que reciben una mayor aplicación en el sistema.

La siguiente tabla da cuenta de la cantidad de imputados RPA y tipo de medidas cautelares del artículo 155 aplicadas durante los años 2010 a 2012:

<b>Imputados sometidos a alguna medida cautelar del Art. 155 del CPP, por tipo de medida y año.</b>				
	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>Total</b>
<b>Sujeción a vigilancia.</b> 155 letra b)	3.699	4.333	4.071	12.103
<b>Presentarse ante autoridad.</b> 155 letra c)	1.829	1.669	1.267	4.765
<b>Prohibición salir de territorio.</b> 155 letra d)	1.555	1.445	1.317	4.317
<b>Prohibición aprox. víctima.</b> 155 letra g)	863	1.264	1.284	3.411
<b>Privación de Libertad.</b> 155 letra a)	297	339	373	1.009
<b>Prohibición asistir a lugares.</b> 155 letra e)	100	159	124	383
<b>Prohibición de comunicarse.</b> 155 letra f)	27	52	35	114
<b>Total</b>	<b>8.370</b>	<b>9.261</b>	<b>8.471</b>	<b>26.102</b>

Como se puede observar, durante el período 2010 a 2012 se aplicó a 26.102 adolescentes alguna de las medidas contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, lo que implica que sólo a un 13% de los jóvenes infractores les fue impuesta una cautelar, observándose cierta estabilidad en las cifras, en cuanto éstas no varían mayormente de un año a otro.

Dentro de las siete medidas contempladas por el artículo 155 del Código Procesal Penal, la que más se aplicó a los adolescente imputados fue la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, con un 46%; ésta es seguida por la establecida en el artículo 155 letra c), esto es, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare, con un 18%; mientras que la menos utilizada fue la prohibición de comunicarse con personas determinadas, con tan sólo un 0,4%.

En el cuadro que se acompaña a continuación se agregó un factor adicional a los contemplados en la tabla recientemente analizada, pudiendo cotejarse por año la situación relativa a la aplicación de las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal, conforme al tipo de medida, la edad, y el sexo de los adolescentes, todo lo cual permite obtener un escenario global al respecto:

Imputados sometidos a alguna medida cautelar del Art. 155 CPP, por tipo de medida, edad y sexo del imputado, 2010-2012.										
	Mujer			Hombre			Total	Porcentajes		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal		%	♀	♂
<b>Sujeción a vigilancia.</b> 155 letra b)	445	614	1.059	3.759	7.285	11.044	12.103	46,4	8,7	91,3
<b>Presentarse ante autoridad.</b> 155 letra c)	114	269	383	1.214	3.168	4.382	4.765	18,3	8,0	92,0
<b>Prohibición salir de territorio.</b> 155 letra d)	123	291	414	1.097	2.806	3.903	4.317	16,5	9,6	90,4
<b>Prohibición aprox. víctima.</b> 155 letra g)	156	311	467	897	2.047	2.944	3.411	13,1	13,7	86,3
<b>Privación de Libertad.</b> 155 letra a)	23	47	70	290	649	939	1.009	3,9	6,9	93,1
<b>Prohibición asistir a lugares.</b> 155 letra e)	9	33	42	93	248	341	383	1,5	11,0	89,0
<b>Prohibición de comunicarse.</b> 155 letra f)	10	16	26	26	62	88	114	0,4	22,8	77,2
<b>Total</b>	880	1581	2461	7376	16265	23641	26102	100	9,4	90,6

A partir de esta tabla, se aprecia que es a los hombres a quienes se aplica la mayor cantidad de medidas cautelares, con un 91%, mientras que las mujeres quedan sujetas a alguna medida sólo en un 9%, no existiendo incluso, alguna medida cautelar que se aplique más a las mujeres que a los hombres. Esta distante relación se mantiene respecto de cada una de las medidas cautelares, así, tratándose por ejemplo de la más aplicada a adolescentes, cual es, la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, a los hombres se les impone en un 42%, en tanto a las mujeres en sólo un 4%.

En relación al rango de edad, la aplicación de las medidas cautelares se duplica en el tramo 16 y 17 años, en relación con la imposición dentro del rango 14 y 15 años, lo que se explica conforme a lo que hemos señalado, en torno a que la mayor cantidad de imputados adolescentes que ingresa al Ministerio Público, está justamente entre los 16 y 17 años de edad, cifra que está acorde además, con la imposición de la medida cautelar de internación provisoria,

cuya mayor aplicación se da en dicho tramo, por tanto, se trata de adolescentes que tienen la aptitud suficiente y el pleno conocimiento y dominio de sus actos, pudiendo decidir racionalmente continuar o no con la conducta delictiva, y cumplir o quebrantar la medida cautelar impuesta.

## IX. Tipos de términos aplicados por delito, región, edad, sexo y año

Es indispensable incluir en este estudio, los tipos de términos aplicados en materia de responsabilidad penal adolescente, con el objetivo de determinar cuáles son las salidas más frecuentes que se dan en este ámbito, pudiendo con ello corroborar o discrepar con una de las hipótesis comúnmente levantadas por parte de la comunidad respecto a la infracción penal adolescente, cual es, que los adolescentes, por regla general, no reciben mayor sanción.

La siguiente tabla grafica los tipos de término aplicados durante el período 2010 a 2012, desagregados conforme a las variables de sexo y tramo etario:

Términos aplicados RPA por sexo y tramo etario, 2010-2012									
Tipo de término	Mujeres			Hombres			Total		
	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Total
Sentencia definitiva condenatoria	2.456	6.542	8.998	13.830	42.099	55.929	16.286	48.641	64.927
Sentencia definitiva absolutoria	38	125	163	544	1.233	1.777	582	1.358	1.940
Sobreseimiento definitivo	589	654	1.243	2.040	3.394	5.434	2.629	4.048	6.677
Sobreseimiento temporal	98	183	281	120	362	482	218	545	763
Suspensión condicional del procedimiento	3.378	5.883	9.261	12.902	25.634	38.536	16.280	31.517	47.797
Acuerdo reparatorio	305	608	913	1.287	3.866	5.153	1.592	4.474	6.066
Facultad para no investigar	1.696	1.350	3.046	3.195	3.731	6.926	4.891	5.081	9.972
<b>Subtotal Términos judiciales</b>	<b>8.560</b>	<b>15.345</b>	<b>23.905</b>	<b>33.918</b>	<b>80.319</b>	<b>114.237</b>	<b>42.478</b>	<b>95.664</b>	<b>138.142</b>
Archivo provisional	3.092	4.756	7.848	8.217	18.169	26.386	11.309	22.925	34.234
Decisión de no perseverar	402	785	1.187	2.278	5.558	7.836	2.680	6.343	9.023
Principio de oportunidad	2.503	5.961	8.464	7.348	22.685	30.033	9.851	28.646	38.497
Incompetencia	1.815	327	2.142	4.051	1.608	5.659	5.866	1.935	7.801
<b>Subtotal Términos no judiciales</b>	<b>7.812</b>	<b>11.829</b>	<b>19.641</b>	<b>21.894</b>	<b>48.020</b>	<b>69.914</b>	<b>29.706</b>	<b>59.849</b>	<b>89.555</b>
Anulación administrativa	26	46	72	132	415	547	158	461	619
Agrupación a otro caso	445	766	1.211	1.692	3.415	5.107	2.137	4.181	6.318
Otras causales de término	42	86	128	240	485	725	282	571	853
Otras causales de suspensión	4	12	16	76	120	196	80	132	212
<b>Subtotal Otros términos</b>	<b>517</b>	<b>910</b>	<b>1.427</b>	<b>2.140</b>	<b>4.435</b>	<b>6.575</b>	<b>2.657</b>	<b>5.345</b>	<b>8.002</b>
<b>Total</b>	<b>16.889</b>	<b>28.084</b>	<b>44.973</b>	<b>57.952</b>	<b>132.774</b>	<b>190.726</b>	<b>74.841</b>	<b>160.858</b>	<b>235.699</b>

En primer lugar, se aprecia que la mayor cantidad de términos corresponden a términos judiciales, los que alcanzan un 59%, mientras que los términos no judiciales constituyen un 38% del total de términos, y otros tipos de término un 3%.

Dentro de los términos judiciales, el mayor porcentaje está constituido por las sentencias condenatorias, que representan un 47% del total de este tipo de salidas, concentrándose mayormente estos porcentajes en las regiones de Valparaíso, del Biobío, y Metropolitana, lo que se explica por alta cantidad de ingresos que registran dichas regiones.

Este tipo de término es seguido por las salidas alternativas, las que suman un 39%, y entre las cuales la más aplicada es la suspensión condicional del procedimiento con un 89%, dejando sólo con un 11% a los acuerdos reparatorios.

Las sentencias absolutorias equivalen a un 1,4% del total de las salidas judiciales, representando un 0,8% del total de términos, mientras que los sobreseimientos temporales y definitivos suman un 5%, alcanzando en conjunto un 6,4% del total de los términos judiciales, En este punto, cabe señalar que el sobreseimiento definitivo recibe un 90% de aplicación, dejando en el 10% restante al sobreseimiento temporal.

Luego, la facultad para no iniciar investigación representa un 7% del total de los términos judiciales, teniendo más aplicación esta facultad que el sobreseimiento definitivo, que el sobreseimiento temporal, y que los acuerdos reparatorios.

Por su parte, dentro de los términos no judiciales, es el principio de oportunidad el que se erige como la forma de término más utilizada con un 42%, seguido por el archivo provisional con un 38%, verificándose que se trata de porcentajes bastantes similares, alejándose por el contrario, la decisión de no perseverar, que sólo tiene un 10%.

En cuanto al tramo etario, puede observarse que la mayor cantidad de tipos de términos, ya sea judiciales, como no judiciales, se produce en el rango 16 y 17 años, inclusive, en el caso de las sentencias definitivas condenatorias la cantidad en ese tramo parece cercana triplicarse con respecto a la cantidad que contempla el rango 14 y 15 años. Esta diversa proporción que se produce entre los 14 y 15 años, y los 16 y 17, es coincidente con lo que hemos evidenciado en torno a que la mayor cantidad de ingresos se produce justamente en ese tramo etario.

En relación al género, este ítem también se muestra coincidente con lo que hemos asentado en cuanto a la diferencia que se produce respecto al sexo, registrándose una distancia incluso de hasta cinco veces entre los términos judiciales aplicados a los hombres que a las mujeres, concentrando los primeros el 83% de los términos judiciales, mientras que las mujeres sólo el 17%. Esta diferencia se mantiene en cada uno de los tipos de términos, así, por ejemplo, en las sentencias condenatorias los hombres registran un 86% y las mujeres un 14%. Lo mismo se produce tratándose de los términos no judiciales, en que se triplica la aplicación de los mismos en los hombres versus las mujeres.

## X. Tipo de sentencia definitiva condenatoria por delito, edad, sexo y año

Respecto de la sentencia definitiva condenatoria, resulta interesante desglosar este tipo de término, con el objeto de intentar conocer la edad, el género y el tipo de delito que de forma predominante termina en esta salida.

Tipo de Sentencia Condenatoria Definitiva por delito, edad y sexo, 2012.					
	Sentencia definitiva condenatoria				Total
	Mujer		Hombre		
	14 - 15	16 - 17	14 - 15	16 - 17	
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE MEDIA A 4 UTM	306	618	499	1.252	2.675
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC 1° 438.	58	54	732	1.299	2.143
RECEPTACIÓN. ART. 456 BIS A	30	49	433	1.052	1.564
HURTO FALTA 494 BIS CÓDIGO PENAL	63	396	81	900	1.440
ROBO CON VIOLENCIA	66	62	411	855	1.394
CONSUMO/PORTE EN LUGARES PÚB. O PRIV. CON PREVIO CONCIERTO.	6	87	38	1.062	1.193
LESIONES LEVES	32	290	54	814	1.190
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440	21	40	409	716	1.186
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	11	34	362	729	1.136
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚB. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB	4	9	290	640	943
HURTO SIMPLE POR UN VALOR DE 4 A 40 UTM	108	201	186	389	884
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2°	19	30	246	529	824
PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE (288 bis)	1	12	117	402	532
DAÑOS SIMPLES. ART. 487.	11	34	116	283	444
AMENAZAS SIMPLES CONTRA PERSONAS Y PROPIEDADES ART. 296 N°3.	20	23	82	249	374
CONSUMO/PORTE DE DROGAS EN LUGARES CALIFICADOS (ART.51)	1	27	12	312	352
LESIONES MENOS GRAVES	6	25	54	220	305
MICROTRÁFICO (TRÁFICO DE PEQUEÑAS CANTID. ART. 4 LEY 20000)	7	56	49	192	304
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC.Y OTR.SUJETAS A CONTROL	0	4	60	207	271
PORTAR ELEMENTOS CONOCIDAMENTE DESTINADOS A COMETER DELITO D	2	2	52	181	237
ROBO DE VEHICULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	0	1	66	150	217
LESIONES GRAVES	1	8	36	128	173
HOMICIDIO	1	4	30	128	163
OTROS DELITOS DE LA LEY 20.000	1	12	6	116	135
DAÑO FALTA (495 N°21 Código Penal)	6	11	12	103	132
VIOLACIÓN DE MORADA. ART. 144	1	3	32	94	130
RIÑA PÚBLICA 496 N°10 CÓDIGO PENAL	4	26	11	68	109
DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS ART. 269 (NO FALTA DEL CÓD 13035)	1	13	11	75	100
OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	1	8	27	64	100
VIOLACIÓN DE MENOR DE 14 AÑOS. ART. 362.	0	0	29	40	69
ABUSO SEXUAL IMPROPIO DE MENOR DE 14 AÑOS. ART. 366 QUATER	6	0	21	20	47
ABUSO SEXUAL MENOR DE 14 AÑOS (CON CONTACTO)ART 366 BIS	0	0	21	16	37
HOMICIDIO CALIFICADO	0	6	9	5	20
ROBO CON HOMICIDIO	0	1	6	8	15
ROBO CON RETENCIÓN DE VÍCTIMAS O CON LESIONES GRAVES	0	0	3	10	13
VIOLACIÓN DE MAYOR DE 14 AÑOS. ART. 361.	0	0	2	8	10
ABUSO SEX MAYOR 14/MENOR 18 CON CIRCUNS ESTUPRO ART 366 INC2	0	0	5	2	7
HOMICIDIO EN RIÑA O PELEA	0	0	1	6	7
CONSUMO DE DROGAS (ART. 41)	0	1	0	6	7
ABUSO SEXUAL DE MAYOR DE 14 (CON CIRC. DE VIOLACIÓN) ART 366	0	0	0	6	6
ABUSO SEX IMPPIO MAYOR 14/MENOR 18 (S/CONTAC CORP)ART366 INC4	0	0	4	1	5
LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS. ART. 397 N°1	0	0	3	2	5
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	0	0	2	3	5
SECUESTRO. ART. 141	0	0	0	4	4
INFANTICIDIO	2	1	0	1	4
ABORTO CONSENTIDO	1	2	0	0	3
HURTO SIMPLE	0	0	0	2	2
ABUSO SEXUAL CALIFICADO (CON OBJETOS O ANIMALES)ART.365 BIS	0	0	0	1	1
HURTO AGRAVADO (ART. 447 CÓDIGO PENAL)	0	0	0	1	1
SECUESTRO CON HOMICIDIO, VIOLACIÓN O LES. ART.141 INC. FINAL	0	0	0	1	1
Otros delitos varios	45	80	177	773	1.075
<b>Total</b>	<b>842</b>	<b>2.230</b>	<b>4.797</b>	<b>14.125</b>	<b>21.994</b>

De las 21.994 sentencias definitivas condenatorias del año 2012, doce delitos representan el 75% de los casos con este tipo de término, concentrándose mayoritariamente en los delitos de hurto simple por un valor de media a 4 UTM; robo con intimidación; receptación; robo con violencia; hurto falta; robo en lugar habitado o destinado a la habitación; lesiones leves; consumo o porte en lugares públicos o privados con previo concierto; robo en lugar no habitado; robo en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación; hurto simple por un valor de 4 a 40 UTM; y robo por sorpresa.

## Conclusiones

El presente estudio fue elaborado con la finalidad de obtener una panorámica global respecto a la responsabilidad penal adolescente, que nos permitiera comprender el fenómeno y sus alcances, y a partir de allí elaborar, perfeccionar y desarrollar mecanismos de persecución penal adecuados a nuestra realidad.

En este sentido, y a partir del análisis de la información obtenida, fue posible determinar que la tasa anual de ingreso en materia RPA en promedio supera, de forma estable en los últimos tres años, los 65.000 adolescentes, representando estos aproximadamente un 4,6% del total anual de ingresos del sistema. Asimismo, verificamos que los principales delitos que cometen estos infractores son las faltas, seguidas por las lesiones, y luego por los hurtos; todo lo cual constituye aproximadamente un 50% del total de ingresos RPA.

Por otro lado, en relación al género de quienes cometen estos delitos, logramos corroborar que son los hombres quienes cometen el 80% de los delitos.

En lo relativo al tramo etario, se puede señalar que el 70% de los delitos son cometidos por adolescentes entre los 16 y 17 años, lo cual viene a contradecir la interpretación evolutiva en cuanto a que son los adolescentes de menor edad los más proclives a cometer delito, dado el inicio de los diversos procesos por los cuales atraviesa el adolescente (necesidad de identificación con el grupo de pares, rebeldía social, búsqueda de la identidad, búsqueda de sensaciones, etc.). Adicionalmente, dicho argumento se ve fuertemente cuestionado por el hecho de que los adolescentes que efectivamente cometen delito no sobrepasarían el 5% del total de adolescentes, todos los cuales atraviesan por los mismos procesos.

Igualmente, resultó trascendental comprobar la aplicación real de la medida cautelar de la internación provisoria, materia debatida y cuestionada en algunos foros sin base en la evidencia, constatándose que al contrario de lo que usualmente se sostiene, esta medida es aplicada de manera excepcional, en un bajo porcentaje de los casos, e incluso llama la atención que no se aplique en delitos que, por su gravedad, lesividad y pena asociada, la harían procedente.



Por otro lado, respecto a las instituciones derivadoras de adolescentes, se cumple con el mismo patrón que en el caso general de los adultos, siendo Carabineros de Chile la principal institución, con aproximadamente el 85% de los casos. Este dato resulta relevante, toda vez que destacamos como uno de los principales objetivos del sistema de justicia juvenil el fortalecer la especialización de los diversos actores que intervienen en las causas RPA, procurando con ello que la policía asuma procedimientos de acuerdo a este especial sistema de establecimiento de responsabilidades respecto de los hechos delictuales cometidos por adolescentes, proporcionándoles un trato adecuado y realizando las diversas actuaciones conforme a la Ley N°20.084.

En cuanto a los diferentes tipos de término que se le puede dar a una causa RPA, cabe relevar que en un 59% de los casos se trata de términos judiciales, lo que representa un buen número de respuestas de calidad por parte del sistema ante este tipo de delitos. En este grupo destacan con una alta proporción las sentencias definitivas condenatorias y las suspensiones condicionales del procedimiento, que sumadas representan un 82% de este tipo de términos. En relación a los términos no judiciales, el 81% de estos obedecen a archivo provisional y principio de oportunidad.

Asimismo, fue factible establecer, a partir de las 21.994 sentencias definitivas condenatorias del año 2012, que sólo doce delitos representan el 75% de los casos con este tipo de término, concentrándose éstos en los robos, hurtos, lesiones y consumo o porte de droga.

La información aportada por este estudio que comprende diversos ámbitos de la delincuencia juvenil, proporciona un panorama global de lo que realmente ocurre en la materia, resultando relevante insistir, en atención a que existe una multiplicidad de visiones y opiniones respecto a la infracción penal adolescente, las cuales pueden responder a una visión teórico-política de esta realidad o derivar de concepciones personales basadas en contenidos ideológicos u otros motivos, en la idea de que sólo conociendo, entendiendo y pretendiendo explicar este fenómeno basados en las cifras y en la evidencia, podremos tener una visión más acorde con la realidad que nos permita mejorar continuamente y responder a los desafíos que se plantean en esta materia.

Finalmente, y desde la óptica de la Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, no podemos dejar de señalar en este punto, que con la entrega de estos resultados se contribuirá además, en la discusión que se está dando en la actualidad en cuanto a la implementación de esta normativa –relativa principalmente a la idoneidad de la sanción, la necesidad de especialización de todos los actores del sistema penal juvenil, la reincidencia en este grupo de jóvenes, el consumo de drogas y/o alcohol y su relación con el delito, la necesidad de visualización de la víctima del delito como la responsabilización y plena integración social del joven infractor, entre otros–, al permitir establecer la realidad actual de la

delincuencia juvenil en determinadas materias, y por tanto, dimensionar algunos ajustes que parezcan relevantes en esta temática tan compleja y sensible para la sociedad y para el futuro de nuestra nación.

### Referencias bibliográficas

- Couso, J. y Duce, M. (2013). Juzgamiento penal de adolescentes. Lom Ediciones: Santiago de Chile.
- Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Compendio Estadístico 2013. [www.ine.cl](http://www.ine.cl)
- Ley N°20.084. Edición de la Biblioteca del Congreso Nacional.
- Ministerio Público. Boletines Estadísticos Anuales, 2010, 2011, 2012.
- Oficio FN N°483/2009, de fecha 18 de agosto de 2009, Instrucción General que imparte criterios de actuación en materia de Responsabilidad Penal Adolescente, Ley N°20.084 [www.fiscaliadechile.cl](http://www.fiscaliadechile.cl)
- Onetto, I. y Araya, P. (2007). Agresoras Sexuales Femeninas: evaluación retrospectiva de 58 mujeres imputadas por delitos sexuales contra menores en el Servicio Médico Legal entre los años 2000 a 2006.
- Pérez-Luco, R., Lagos, L. y Báez, C. Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional. *Universitas Psychologica*, 2012. 11(4), 1209-1225.
- Redondo, S. y Andrés Pueyo, A. (2009). La Psicología de la Delincuencia. En *Revista El Observador*, N°4, SENAME.
- Revista 93 (diciembre de 2013), publicación de la Defensoría Penal Pública.
- Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA). Programa de Evaluación Clínica Diagnóstica (ECD). [www.senda.gob.cl](http://www.senda.gob.cl)
- Vera, A. y Maffioletti, F. (2013). La Infracción Penal Adolescente desde un Análisis Histórico y Jurídico. *Revista Jurídica del Ministerio Público de Chile*, N°55, Junio de 2013.







**FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE**

**SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO**

**EN RELACIÓN CON**

**EL ARTÍCULO 97 N° 4 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO**

---

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA: VIVIAN BULLEMORE GALLARDO

AUTOR : MAXI SALAZAR GONZALEZ

**NOVIEMBRE de 2007**

## INDICE

INDICE.....	2
INTRODUCCION.....	8

### **CAPITULO I**

1.-Aspectos Generales del Delito Tributario.....	11
1.1.- Localización del delito fiscal en el Derecho Penal Tributario.....	11
1.2.-La accesoriadad del Derecho Penal Tributario.....	12
1.3.- El bien jurídico protegido en los delitos tributarios.....	16

### **CAPÍTULO II**

2.- El Delito Tributario .....	23
2.1 .- Potestad Tributaria y Potestad punitiva.....	23
2.2.- El principio de legalidad y el delito tributario.....	23
2.3.-Las infracciones y los Delitos Tributarios en el Código Tributario.....	33
2.4.- Clasificación de las Contravenciones Tributarias y Delitos Tributarios.....	35
2.5.- Otras figuras tributarias .....	36
2.6. .- El Sujeto activo en los Delitos Tributarios.....	38
2.7.- Estado actual de la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica del delito tributario.....	41

2.8.- El contribuyente y el obligado tributario.....	43
--	----

### **CAPITULO III**

3.- El ilícito tributario y la teoría del delito.....	47
---	----

3.1.- Concepto contemporáneo de la Teoría del Delito.....	47
---	----

3.2.- El ilícito tributario.....	47
----------------------------------	----

3.2.1. El tipo penal del delito tributario.....	47
---	----

3.2.1.1.- El tipo objetivo .....	47
----------------------------------	----

3.2.1.2.- El Tipo subjetivo.....	54
----------------------------------	----

3.3.- La teoría del error en el delito tributario.....	56
--	----

3.3.1.- Cuestiones preliminares.....	56
--------------------------------------	----

3.3.1.1.- Clases de error de prohibición.....	57
---	----

3.3.1.2.- Efectos del error de prohibición.....	57
---	----

3.3.1.4.- El error en el delito tributario.....	60
---	----

3.3.1.5.- El tratamiento del error en el Código Tributario.....	65
---	----

3.4.- La antijuridicidad en el delito tributario.....	68
---	----

3.5.- La culpabilidad en el delito tributario.....	69
--	----

### **CAPÍTULO IV**

4.- Adecuación Típica de los delitos tributarios.....	72
---	----

4.1.- Cuestiones generales sobre la adecuación típica.....	72
--	----

4.2- Adecuación Típica de los Delitos contenidos en el artículo 97 del Código Tributario.....	76
4.2.1.-Primer Delito contenido en el Inciso 1° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario.....	76
4.2.2.- Segundo Delito contenido en el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario .....	78
4.2.3.- Tercer Delito contenido en el inciso 1° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario.....	79
4.2.4.- Cuarto delito contenido en el inciso 1° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario.....	80
4.2.5.- Quinto delito contenido en el inciso 1° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario .....	81
4.2.6.- Delito contemplado en el inciso 2° del N°4 del artículo97 del Código Tributario.....	86
4.2.7.- Delito contemplado en el inciso 3° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario.....	89
4.2.8.- Delito contemplado en el inciso final del artículo 97 N° 4 .....	95
a).-Tipo objetivo del delito del inciso final del artículo 97 N° 4.....	97
b).-Tipo subjetivo del delito del inciso final del artículo 97 N°4 .....	98
c).-La punibilidad en los delitos del artículo 97 N° 4 del Código Tributario vulnera el Principio de la Proporcionalidad.....	98
4.3 .- Otros Tipos Penales.....	100
4.3.1- Otras figuras calificadas como delitos tributarios en el artículo 97 del Código Tributario.....	100



4.3.1.1.- Delito contemplado en el N°5 del artículo 97 del Código Tributario.....	100
4.3.1.2.- Delito contemplado en el N° 8 del artículo 97 del Código Tributario.....	104
4.3.1.3.- Delito contemplado en el N° 9 del artículo 97 del Código Tributario.....	105
4.3.1.4.- Delito contemplado en el inciso 3° del N° 10 del artículo 97 del Código Tributario.....	107
4.3.1.5.- Delito contemplado en el N° 12 del artículo 97 .....	108
4.3.1.6.- Delito del N° 13 del artículo 97 del Código Tributario.....	109
4.3.1.7. - Delitos previstos en el N° 14 del artículo 97 .....	110
4.3.1.8.- Delito contemplado en el N° 18 del artículo 97.....	111
4.3.1.9.- Delito del N° 22 del Artículo 97 del Código Tributario.....	112
4.3.1.10.- Delito del N° 23 del artículo 97 del Código Tributario .....	112
4.3.1.11.- Delitos del N° 24 del artículo 97 del Código Tributario.....	113
4.3.1.12.- Delitos del N° 25 del artículo 97 del Código Tributario.....	117
4.3.1.13.- Delito del N° 26 del artículo 97 del Código Tributario .....	120
4.3.3.-Otros delitos del Código Tributario.....	120
4.3.2.1.- Delito establecido en el artículo 100 del Código Tributario.....	120
4.3.3.- Infracciones o Contravenciones tributarias establecidas en el artículo 97 del Código Tributario .....	121
4.3.3.1.- Infracciones previstas en el N° 1 del artículo 97 del Código Tributario.....	121

4.3.3.2.- Infracciones previstas en el N° 2 del artículo 97 del Código Tributario.....	122
4.3.3.3.- Infracciones previstas en el N° 3 del artículo 97 del Código Tributario.....	123
4.3.3.4.- Infracciones del N° 6 del artículo 97 del Código Tributario.....	123
4.3.3.5.- Infracciones previstas en el N° 7 del artículo 97 del Código Tributario.....	124
4.3.3.6.- Infracciones previstas en el N° 10 del artículo 97 del Código Tributario .....	124
4.3.3.7.- Infracciones previstas en el N° 11 del artículo 97 del Código Tributario.....	126
4.3.3.8.- Infracción del N° 15 del artículo 97 del Código Tributario.....	126
4.3.3.9.- Infracciones del N° 16 del artículo 97 del Código Tributario.....	127
4.3.3.10.- Infracciones del N° 17 del artículo 97 del Código Tributario.....	128
4.3.3.11.- Infracciones del N° 19 del artículo 97.....	128
4.3.3.12.- Infracciones del N° 20 del artículo 97.....	128
4.3.3.13.- Infracción del N° 21 del artículo 97 del Código Tributario.....	129

## **CAPÍTULO V.-**

5.- La participación en los delitos tributarios.....	130
5.1.- La participación criminal en los delitos especiales propios.....	130

5.2.- Los Delitos Especiales y la Participación Criminal en los Delitos Tributarios.....	131
5.3.- Dependencia de la cuestión del bien jurídico.....	134
5.4.- Delito Tributario, delito de infracción de deber o delito de posición.....	135
5.5.- Formas de participación sancionadas expresamente en el Código Tributario.....	139
5.6.- <i>Iter criminis</i> en los delitos tributarios.....	140

## **CAPÍTULO VI**

6.- El concurso de delitos tributarios.....	144
6.1.- El concurso material o real de delitos tributarios.....	144
6.2.- Concurso ideal de delitos.....	147
6.3.- La comunicabilidad .....	151
6.3.1. La comunicabilidad en materia de delitos tributarios ... ..	157

## **CAPÍTULO VII**

Conclusiones.....	161
-------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	168
---------------------------	-----

## INTRODUCCION

El objetivo de este trabajo es analizar, en general, los principios del Derecho Penal, los tipos penales del Código Tributario, y con detalle, la relación de aquellos, con los delitos del artículo 97 N° 4 del Código Tributario. Entre los primeros destacan los principios limitadores del *ius puniendi* que han sido elaborados por la dogmática, en la búsqueda de un Estado de Derecho que procure, asegure y garantice la aplicación, a todos y cada uno de los habitantes del estado, del debido proceso con todas sus aristas y su expresión en la moderna teoría del delito como sistema de resolución de conflictos.

En primer lugar la presente exposición trata los aspectos generales del delito tributario; relativos, a la localización del delito fiscal dentro del derecho tributario, ya que el encuadre de esta materia presenta una importante dificultad por el carácter multidisciplinario de la misma, la accesoriedad del Derecho Penal Tributario en cuanto describe infracciones de deberes cuyo contenido y alcance precisos emanan de la legislación tributaria sustantiva procesal y, el bien jurídico protegido por el derecho punitivo fiscal, toda vez que la doctrina nacional y comparada es contradictoria y variada en este tema fundamental, para poder analizar con objetividad la prescripción del delito fiscal, ya que previamente es importante especificar lo que dicho delito intenta proteger en nuestro Ordenamiento jurídico. En lo pertinente, se pasa revista a las bases de la teoría del delito y los elementos sistemáticos del Derecho Penal en relación al derecho tributario, ya que el fundamento funcional de éste en relación con aquél, reside en la necesidad de protección de la sociedad por medio de penas o medidas de seguridad. Por ende, el primer límite del *IUS PUNIENDI* y, a su vez, del derecho penal tributario habrá de encontrarse en esa misma necesidad: más allá, el ejercicio del poder carece de fundamento. A este respecto, es aconsejable hacer mención de dos principios firmemente asentados en la ciencia penal actual, ligados firmemente al principio de legalidad y que sirven a una mejor concreción del postulado genérico de la necesidad como límite del *ius puniendi* y de la *potestad tributaria*. El primero de ellos consiste en que el derecho penal ha de ser la *última ratio legis* en el conjunto del orden jurídico (es decir, se proclama el carácter subsidiario o secundario del derecho penal). El segundo suele denominarse “**carácter fragmentario**” del Derecho Penal <sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> Bullemore, Vivian y Mackinnon, John, “Curso de Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Editorial Lexis Nexis. Santiago. 2005, página 21; cfr. Muñoz Conde, Francisco, “Introducción al estudio de la Criminología y el Derecho Penal. Ed. Tirant Lo Blanch, 1989”, 1996 y Claus, Roxin, “Tratado de Derecho Penal”, 1996.

a).-**Principio de la última ratio legis:** El Derecho Penal es la última valla del ordenamiento jurídico ante la comisión de ilícitos de diversa naturaleza. Los intereses sociales que se desea proteger, pueden recibir una diferente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los del Derecho Penal, menos lesivos y con frecuencia, mucho más efectivos para la protección de la sociedad, como el ordenamiento administrativo y el ordenamiento privado (V. Gr. indemnización de perjuicios, multas, suspensiones, nulidad, etc.). Por ello deberá preferirse, ante todo, los medios desprovistos del carácter de sanción. Sólo en último lugar (“última ratio”, última razón), cuando ninguno de los medios anteriores es suficiente, estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad.

Por lo tanto, en aquellos casos que el bien jurídico no se encuentre necesitado de protección penal, V. Gr., el patrimonio fiscal, deberán preferirse aquellos medios del ordenamiento jurídico que sean suficientes para restablecer el orden quebrantado sin necesidad del recurso a la justicia penal.

b).-**El Carácter Fragmentario:** Ha sido tratado por el jurista español Francisco Muñoz Conde, bajo el nombre de “Los Principios Limitadores del *Ius Puniendi*” o de “...la facultad del Estado de actuar de conformidad con las normas de derecho ( Derecho Penal en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su fin punitivo y la pretensión de que otros (reos), actúen de acuerdo con lo que la misma norma los obliga por fuerza”<sup>2</sup>. Es la facultad de castigar que corresponde al estado. Se distingue entre:

1.-Límites cuantitativos: en cuanto se refiere tanto a la forma de aplicar las penas como el número de tipos penales que debe crear el legislador, ergo; están referidos; a la severidad de la pena aplicable en los casos concretos, optándose por las penas menos gravosas, que sean suficientes para restablecer el ordenamiento jurídico transgredido e implicando el menor grado posible de pérdida o disminución de los derechos subjetivos del trasgresor; a la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena que se impone, la que se determina atendido tanto el injusto cometido como el grado de reprochabilidad jurídico penal que pueda formularse respecto del sujeto; a la duración de la pena que debe estar fijada dentro de ciertos límites, en forma previa por la ley; y en definitiva , el número de tipos penales que el legislador puede crear, puede sólo limitarse a determinadas conductas que atentan contra valores fundamentales, en la medida que sean reconocidos y protegidos por el derecho

---

<sup>2</sup> Bacigalupo, Enrique, “ Manual de Derecho Penal”, Parte General, Reimpresión, Editorial Temis, Colombia. 1989, página 23.

en su manifestación concreta, a los que se les denomina “bienes jurídicos penalmente protegidos”.

Ahora bien la forma de proteger aquellos bienes jurídicos no es otra que la tipificación de aquellas conductas que los lesionan o ponen en peligro. Estos bienes jurídicos, a su vez; deben estar revestidos de ciertas calidades; a saber: Calidad de merecedor de protección jurídico penal (ser fundamental para la convivencia social); Calidad de necesitado de protección jurídico penal (que no haya sido posible protegerlo por las otras ramas del ordenamiento jurídico), y; calidad de idoneidad o capacidad para recibir protección jurídica, o se proteger bienes jurídicos susceptibles de una protección real y eficaz.

2.-Límites cualitativos; los que se refieren a dos aspectos fundamentales en el Derecho Penal moderno: La intervención legalizada y la intervención mínima. El primer aspecto, en ocasiones denominado principio de la legalidad y que más adelante trataremos en específico; y el segundo aspecto, llamado principio de la intervención mínima, el cual consiste en breves palabras a que el Estado sólo debe intervenir imponiendo penas en caso de perturbaciones graves al ordenamiento jurídico. Asimismo, el derecho penal sólo interviene legítimamente allí donde el resto de las ramas del ordenamiento jurídico se han mostrado ineficaces o insuficientes para proteger adecuadamente el bien jurídico de que se trate.

Siguiendo con la exposición, hago un examen detallado de los elementos del delito; acción, tipo penal, antijuridicidad y culpabilidad en relación con la sistemática de la teoría del delito, de forma tal, que a continuación, para los efectos del presente estudio sobre el delito tributario, nos sea posible también, hacer una concordancia en mayor detalle con directa relación al derecho tributario.

En efecto, la teoría del delito como instrumento conceptual para subsumir un hecho en una conducta descrita por el legislador, permite, como espero haber logrado con este trabajo, un primer análisis y posterior desarrollo de la relación de aquella, tanto en lo general, con el delito tributario, como en lo específico, con cada una de las figuras penales del Código Tributario, en especial la del artículo 97 N° 4 del mismo cuerpo legal y su adecuación típica, asimismo, se analizan las cuestiones relativas a la participación, la autoría, el iter criminis y los concursos de los delitos fiscales, de manera que sea posible una amplia pero, a la vez pormenorizada visión de la normativa y dogmática relacionada con este intrincado, pero por ello no menos apasionante tema, que desde ya les invito a explorar<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. Bullemore, Vivian y Mackinnon, John, ob.cit., páginas 22, 23, 24 y 25.

# Capítulo I

## 1.- Aspectos generales del Delito Tributario

### 1.1.- . Localización del Delito Fiscal en el Derecho Penal Tributario

Consideramos imprescindible comenzar localizando el Delito Tributario dentro de las distintas ramas en que se articula nuestro Ordenamiento jurídico. El encuadre de esta materia presenta una importante dificultad por el carácter multidisciplinaria de la misma, puesto que las conductas de los administrados por la que se lesionan los derechos de la Hacienda Pública reciben el tratamiento propio de los ilícitos criminales.

En el Derecho Tributario, al igual que en cualquier otra rama jurídica, se deben contemplar las posibles infracciones de sus preceptos. Sin embargo, el ilícito tributario en su conjunto no tendría, en principio, un lugar adecuado ni dentro del Derecho Penal común ni dentro del Derecho Tributario, sino que dentro del Derecho Penal Tributario.

El problema se plantea dentro del ámbito del Derecho Penal Tributario, en el cual se considera la existencia de ilícitos retribuidos con sanciones de naturaleza penal. Creemos importante deslindar estos ilícitos penales tributarios, retribuidos con una sanción de naturaleza penal declarada judicialmente (delitos tributarios, infracciones tributarias).

Desde este punto de vista, calificando las conductas ilícitas en consideración a su correspondiente sanción (sanciones penales y sanciones civiles o administrativas), plantean el problema Pérez de Ayala y Eusebio González<sup>4</sup>.

La posición que ha prosperado y que sigue la mayoría de la doctrina española (Rodríguez Mourullo, Sainz Cantero, Cobo y Vives) establece la distinción en base a la naturaleza de la sanción que se impone en uno u otro orden sancionador. La sanción propia del Derecho penal es la pena, que sólo es imponible por un Juez y a través de un proceso con todas las garantías jurisdiccionales. El Derecho sancionador administrativo no puede imponer

---

<sup>4</sup> Clasificando los ilícitos tributarios tipificados según estén retribuidos con sanciones penales o sanciones civiles o administrativas, en delitos o faltas tributarias e infracciones tributarias, respectivamente. Por otro lado, los ilícitos tributarios no tipificados los conceptúan como una infracción encubierta de normas, fraude de ley tributaria. Pérez De Ayala, J.L. y Eusebio González, "Derecho Tributario I", Plaza Universitaria, Ediciones Salamanca, 1998, página. 292.

penas, sino sanciones de carácter administrativo.

Siguiendo una tradición muy arraigada en el derecho español, estos delitos contra la Hacienda Pública se regulan en el Código Penal, y no en leyes especiales, como suele ocurrir en otros ordenamientos como el chileno, en el que los ilícitos fiscales se encuentran regulados en el Código Tributario, en especial en el artículo 97 . Así, en España la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal, incluye en el Libro II, un Título XIV, en el que bajo la rúbrica “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, incluye seis preceptos (arts. 305-310), en los que se tipifican determinadas conductas constitutivas de ilícitos criminales<sup>5</sup>.

### 1.2.- Accesoriedad del Derecho Penal Tributario

Las normas penales tributarias, y en particular los tipos penales contenidos en el Código Tributario, describen infracciones de deberes cuyo contenido y alcance precisos emanan de la legislación tributaria sustantiva procesal. Ello para el autor chileno Van Weezel no implica que el artículo 97 del Código Tributario y las demás normas penales tributarias contengan leyes penales en blanco<sup>6</sup>. Para el autor citado los tipos penales del Código Tributario no contienen descripciones menos completas que las del hurto (p.ej., respecto de la amenidad de la cosa) o la propiedad indebida (p. ej., respecto de los títulos fiduciarios que producen la obligación de entregar o devolver la cosa<sup>7</sup>. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina española, la ilicitud del delito fiscal está constituida por la infracción de un deber de acción determinado por la legislación tributaria. La conducta típica de infracción del deber presupone la existencia de un *obligado tributario al pago de un tributo*. Ambas cuestiones, la relativa al sujeto activo y la referente al objeto material del delito, no se encuentran expresadas, como se dijo, en la Ley penal. Para poder subsumir un hecho bajo el artículo 97 N° 4 del Código Tributario en relación con el artículo 1° del Código Penal hay que remitirse a la ley tributaria que define tanto el hecho imponible como la obligación tributaria que de él se deriva<sup>8</sup>. Se trata, por tanto, de un tipo penal de características especiales, es decir, de una *ley*

---

<sup>5</sup> La tesis de la unidad de todo el Derecho sancionador es defendida por Jiménez De Asúa, siguiendo a Mezger. Opinión también mantenida por Stampa, Puig , Peña y Del Rosal.

<sup>6</sup> Van Weezel, Alex; “Delitos Tributarios”, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago .2007, pagina 19.

<sup>7</sup> Fundamental sobre esta problemática Tiedemann, Tatbestandfunktionen, páginas 183 y ss.

<sup>8</sup> Bacigalupo Zapater, Enrique., “ Curso de Derecho penal económico”, página. 216.



*penal en blanco*<sup>9</sup> .

La doctrina utiliza el concepto de ley penal en blanco entendiendo por tal los casos en los que la prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la que contiene la amenaza penal<sup>10</sup> . En el mismo sentido, se expresa

también la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmando que “son leyes penales en blanco, aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima”<sup>11</sup> . Asimismo el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las leyes penales señalando que es compatible con la Constitución “la utilización y aplicación judicial de las leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

En este sentido, se puede afirmar que la introducción de leyes penales en blanco, como sostiene Rodríguez Mourullo, puede estar aconsejada cuando la materia de prohibición es objeto de una regulación -fácilmente variable- por parte de las autoridades de categoría inferior al Poder Legislativo, por ejemplo, ejecutivo-administrativo<sup>12</sup> .

Ello significa que para poder aplicar el delito tributario y afirmar la infracción de la norma es necesario remitirse a la Ley tributaria en la que se especifica el

---

<sup>9</sup> Bacigalupo Zapater, Enrique., “Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco”, págs. 449 s.; el mismo, en Curso de Derecho penal económico, página. 216. Silva Sánchez/Molins/Melero, “El delito fiscal ante el “Estatuto del Contribuyente””, Revista Técnica Tributaria 44/99, páginas. 81s.

<sup>10</sup> Extensamente, Rodríguez Mourullo, Derecho Penal. Parte General, página. 88; Bacigalupo Zapater, Enrique., “Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco”, AP 1994-1, páginas. 449 ss. Huerta Tocildo, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en El principio de legalidad, Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Cuadernos y Debates nº 103, Madrid, 2000, pág. 22, nota a pie 19, matiza , sin embargo, que: “No existe acuerdo doctrinal sobre el propio concepto de “norma penal en blanco”, pues mientras algunos autores dan esta denominación a todo supuesto de norma penal que remita a otra norma penal o extra penal (concepción amplia), otros la limitan al caso en que la norma penal remita a una norma extra- penal de carácter reglamentario (concepción restringida) y unos terceros sostienen que merecen tal calificación aquellas normas penales que remitan a una norma extrapenal, tenga ésta última el rango formal que sea (concepción intermedia). A mi modo de ver, (...) esta nomenclatura debe reservarse para aquellas normas penales que remiten a otra norma de naturaleza extrapenal (concepción intermedia)”. En la doctrina alemana, Jeschek/Weingend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, § 12/III. Roxin, Strafrecht – Allgemeiner Teil, § 5/40.

<sup>11</sup> Sentencia Tribunal Supremo español 20 de septiembre 1990. En el mismo sentido, el Tribunal Federal Supremo alemán, BGH 6, 30; 20/177

<sup>12</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo “Derecho Penal” - Parte General, Madrid. 1978 . página. 89.

tributo en concreto (y su hecho imponible) y los obligados tributarios respecto del mismo. En este sentido, cabe observar que no se produce ningún conflicto con el principio de legalidad, toda vez que la norma extrapenal a la que se remite tiene rango de ley y, por tanto, no surge ningún conflicto con dicho principio<sup>13</sup>. Cuestión distinta se plantearía cuando la norma de remisión extrapenal auxiliar tiene naturaleza reglamentaria, en cuyo caso sólo será aceptable cuando se refiera a la determinación de elementos no esenciales o accidentales de tipo penal<sup>14</sup>.

La posibilidad de gravar hechos constitutivos de delito, en particular, a efectos del Impuesto sobre la Renta o del Impuesto sobre el Valor Agregado o del Impuesto sobre el Patrimonio y de su tipicidad en relación con los delitos Tributarios del artículo 97 N°4 del Código Tributario presupone establecer si las ganancias ilícitamente obtenidas pueden ser consideradas como *renta o incrementos de patrimonio, consumo o patrimonio* con la finalidad de determinar el hecho imponible de los mencionados impuestos.

Para Van Weezel, en nuestro sistema legal, si se tiene en cuenta que la mayor parte de los delitos tributarios son de mera actividad, en los que para conocer los contornos de la norma de comportamiento (algo diverso rige para la determinación de la pena) no es necesario establecer la evasión de un impuesto y su monto. No obstante, se trata de tipos en los que para determinar la infracción de la norma se requiere habitualmente la resolución de cuestiones de cierta complejidad<sup>15</sup>.

Por el contrario, para gran parte de la doctrina española, la consideración del perjuicio fiscal como elemento del tipo parte de la consideración del delito tributario como un delito de resultado. Se considera que el perjuicio patrimonial o cuota defraudada constituye el resultado dañoso y, en consecuencia, constituye un elemento del tipo al ser una característica del resultado necesario para la subsistencia del tipo objetivo.

El magistrado Barbero Santos en su voto particular<sup>16</sup> a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 diciembre de 1991 (RJ 1991, 5209) señalaba el hecho de que el ilícito no es sólo un delito de resultado sino que es también un delito

---

<sup>13</sup> Huerta Tocildo, Susana "Principio de legalidad y normas sancionadoras", página. 23

<sup>14</sup> cfr. García Arán, Mercedes "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", Estudios Penales Criminológicos, t. XIV, Santiago de Compostela, 1993, páginas 63 ss. Huerta Tocildo, Susana "Principio de legalidad y normas sancionadoras", página 23

<sup>15</sup> Van Weezel, Alex; ob.cit. página 19.

<sup>16</sup> "No sólo son delitos de resultado, son delitos determinados por el resultado, es decir, que la pena privativa de libertad (en el delito fiscal) sea más grave y,...la multa más elevada cuantificación en múltiplos- según la cuantía de la "suma" o "cuota" defraudadas".

determinado por el resultado, en el que la pena de multa es proporcional a la cantidad objeto de fraude.

El Tribunal Supremo, a pesar de que esta discrepancia ha trascendido al plano jurisprudencial, sostiene que, en cualquier caso, estamos ante un elemento inexcusable del delito. Así, lo afirma en la Sentencia de 9 marzo 1993 (RJ 1993, 2547) :

Se cuestiona si esta suma constituye un elemento de tipo penal o es una condición objetiva de punibilidad, con mejor acomodo, en el primer caso, al principio de culpabilidad, y sin necesidad de ser abarcada por el dolo en el segundo, discrepancia que ha trascendido al plano jurisprudencial y que se analizará más adelante.

Aparicio Pérez señala que “En la jurisprudencia es casi unánime y en la doctrina científica mayoritaria, la tesis de que se trata de un elemento del tipo objetivo del que depende no la procedencia de la pena sino la propia existencia del delito.”<sup>17</sup>

La consideración del perjuicio y su cuantía como elemento del tipo es defendida por la mayoría de la doctrina<sup>18</sup>. Ayala Gómez la defiende en los siguientes términos:

“Desligar la conducta del agente de la causación del resultado lesivo, negando que esa cuantía sea precisamente eso, resultado del tipo objetivo, desdibuja la referencia de la conducta a prohibición establecida por la norma penal: la de realizar conductas defraudatorias que importen una lesión por dicha cantidad. Afirmando su carácter de condición objetiva de punibilidad se niega la pertenencia al tipo del injusto y de la culpabilidad, con lo que se produce la incongruencia de establecer que una defraudación por debajo de dicho importe es típica y antijurídica (tipo de injusto), culpable, pero no punible.”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Aparicio Pérez, J.; “El delito fiscal a través de la jurisprudencia”, Aranzadi editorial, 1997, página. 204.

<sup>18</sup> Simón Acosta, Eugenio. “Delitos contra la Hacienda Pública”, página. 732.; Rodríguez Mourullo, Gonzalo. “El nuevo delito fiscal, Civitas, REDF, núms. 15 y 16, 1977, página. 272; Banacloche Pérez-Roldán , Julio. “Dolo o cuantía como requisitos en la calificación del delito fiscal”, Crónica Tributaria, núm. 42, página. 330.

<sup>19</sup> Ayala Gómez, I., “El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal”, Civitas, 1998, página. 273.

### 1.3.- El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

De que el legislador configure con claridad y precisión los tipos legales va a depender la aplicación o inaplicación de los mismos<sup>20</sup>. En concreto, para poder analizar con objetividad la prescripción del delito fiscal, previamente es importante especificar el bien jurídico que dicho delito intenta proteger en nuestro Ordenamiento jurídico.

Cierta parte de la doctrina; de acuerdo a un denominado, **Modelo Patrimonialista**, estima, que el bien jurídico protegido por la acción penal tributaria es **la integridad del patrimonio fiscal** y, por lo tanto, clasifican a los delitos tributarios dentro del grupo de los delitos económicos fiscales.

Estos autores ponen énfasis en el aspecto patrimonial del deber infringido: La evasión tributaria en cuanto incumplimiento de una obligación patrimonial legalmente establecida inflige un daño económico al acreedor tributario, al Fisco. Opinan que, “con estos ilícitos el legislador intenta vía penal, “reparar el daño” que el agente ha provocado en el patrimonio fiscal, lo que su juicio confirmaría que ese es precisamente el bien jurídico protegido”<sup>21</sup>. La lógica del incumplimiento de la obligación patrimonial legal presenta, sin embargo una serie de inconvenientes cuando se trata de explicar la sanción penal de los deudores que no cumplen: Por qué el Fisco acreedor cuenta con el instrumento penal, del que los demás acreedores por regla general no disponen; por qué ha de hacerse una distinción entre diversas fuentes de las obligaciones, entre una obligación directamente de la ley y otra que surge del acuerdo de voluntades o, incluso, entre obligaciones legales aseguradas o no penalmente. Sobre todo, se plantea la pregunta acerca de por qué la gran mayoría de los tipos penales tributarios no exigen la efectiva causación de un perjuicio patrimonial al Fisco.

---

<sup>20</sup> En este sentido Bustos Ramírez señala: “La eficacia práctica de un tipo legal depende de la claridad con que está determinado el injusto, y ello sólo puede surgir sobre la base de una determinación precisa del bien jurídico, esto es, de lo que se está protegiendo. Si el legislador no lo sabe o lo tiene confuso, con mayor razón, el Juez y el intérprete en general. Más aún, respecto del ciudadano, tales tipos carecerán del principio elemental de garantía, que es el de la claridad y precisión de sus elementos, con lo cual puede haber la tendencia a aplicarlos discriminada o indiscriminadamente, o bien, por ello mismo, no aplicarlos.” Bustos Ramírez, J.; Boix Reig, J; “Los delitos contra la Hacienda pública”, bien jurídico y tipos legales, tecnos, Madrid, 1987, páginas. 14 y15.

<sup>21</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo; García Escobar, Jaime, “Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, página 2.

Por otra parte, éste modelo patrimonialista, tampoco está exento de ventajas. Por una parte, da pie como ningún otro al rechazo de los delitos tributarios de bagatela y de mera actividad. Una solución como la española ( artículos 305 y siguientes Código Penal Español ), en el sentido de exigir una evasión de cierto monto para otorgar al hecho relevancia penal, sólo es posible sin inconvenientes teóricos en el marco esta concepción<sup>22</sup>. En la nueva redacción del artículo 349 del Código Penal Español [http://www.boe.es/boe/1985/04/29/p1\\_126987-3.htm](http://www.boe.es/boe/1985/04/29/p1_126987-3.htm), introducida por la reforma de LO 2/1985 de 29 de abril, se acentuó la naturaleza del Delito Fiscal como un delito contra el Erario Público, es decir, un delito contra el patrimonio de titularidad estatal, autonómica o de las corporaciones locales. En consecuencia, se identifica Erario Público con Hacienda Pública<sup>23</sup>.

Por otra parte, la tesis patrimonialista no enfrenta mayores problemas en lo que respecta a la determinación de los sujetos activos del delito. Si lo sancionable es principalmente el perjuicio fiscal, entonces pueden ser autores del hecho todos los que han intervenido en él con cierta intensidad, dominándolo o según exijan en cada las doctrinas sobre la autoría. En cualquier caso, la dependencia de la existencia de un sujeto cualificado como punto de referencia de la accesoriedad pasa a no tener importancia. Por último, el modelo en comento, permite sostener, sin mayores problemas dogmáticos instituciones como la autodenuncia con efecto liberador de pena. Nuestro sistema tributario penal contempla una institución semejante, pero sólo respecto de las sanciones administrativas pecuniarias y sujeta a la discrecionalidad del Director Regional (artículo 106 del Código Tributario). Nuestro legislador resalta que , el carácter fraudulento o malicioso o doloso de ciertas conductas debe estar dirigido a ocasionar un perjuicio patrimonial al Fisco, por medio de la evasión de tributos. La razón parece evidente, pues intenta ofrecer un fundamento plausible para la criminalización de conductas, que consideradas en sí mismas, bien podrían estimarse simples contravenciones.

Ejemplo de esta característica radical, en nuestro concepto, es la distinción entre el delito contemplado en el artículo 97 N° 5 del Código Tributario y la contravención contenida en el N° 2 inciso 1° del mismo artículo. Las descripciones típicas serían idénticas, si la figura delictiva no estuviera

---

<sup>22</sup> Van Weezel, Alex, Delitos Tributarios. página 15.

<sup>23</sup> Esta identificación implica una concepción estática de la Hacienda Pública, que encuentra su apoyo en la **Ley General Presupuestaria, artículo 2** : “Hacienda Pública está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado y sus organismos autónomos”.

enriquecida con la expresión “maliciosa” y con una alusión marginal al “**impuesto que se trata de eludir**”

Una segunda posición es la del **modelo institucionalista**, que enfatiza el aspecto ciudadano-institucional de la obligación tributaria y atiende por lo tanto al deber de colaborar en la mantención y funcionamiento del aparato estatal. En definitiva se trata; para el estado impositivo, del deber ciudadano de contribuir mediante pagos en dinero a la mantención del modelo de aquél, como garantía de la simbiosis entre Estado social y Estado de derecho. “La obligación tributaria adquiere un carácter institucional, que se expresa en el deber positivo de contribuir al mantenimiento del orden económico- estatal concretado en el Estado impositivo”<sup>24</sup>. Esta postura supone reducir el Delito Fiscal a un mero instrumento de política financiera<sup>25</sup>. Esta tesis, tiene el grave inconveniente de que conduce a la legitimación de los delitos tributarios de mera actividad y facilita el deslizamiento de figuras de peligro abstracto que, en último término, pueden conducir a la sanción penal de la mera desobediencia. Asimismo, dificulta teóricamente la vigencia de instituciones como la autodenuncia con efecto liberador de pena y entra en contradicción con la exigencia típica de un perjuicio patrimonial y de montos de defraudación mínimos. Por último, no son menos graves los efectos que produce respecto de la teoría de la participación criminal, pues para este modelo el delito tributario constituye un delito especial en sentido estricto, de manera que quien no sea contribuyente, es decir el sujeto respecto de quien recae la obligación pertinente, no puede ser tratado como interviniente del delito, mientras que todo contribuyente que participa en el delito sería autor del mismo. Una relación de coautoría entre contribuyentes y no contribuyentes queda, por la misma razón excluida de plano.

Otra parte de la doctrina sostiene que un elemento básico dentro de un sistema económico de mercado es el “sistema de ingresos y egresos del Estado”, por lo que se trata, de un bien jurídico referido al correcto funcionamiento del sistema. Las funciones del sector público son esenciales para el funcionamiento del sistema. Dentro de éstas la función tributaria sería un bien jurídico merecedor de la protección penal y de ahí la existencia de los

---

<sup>24</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit., página 16

<sup>25</sup> Ruiz Rescalvo, María del Pilar; “Los elementos esenciales del delito fiscal y su transcendencia respecto a la prescripción de la obligación tributaria” Profesora titular de Derecho Tributario y Financiero. Universidad Rey Juan Carlos cfr. El artículo 4 de la LGT, señala la función del tributo como instrumento de política económica, que excede de su finalidad recaudatoria: “Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso social y procurar una mejor distribución de la renta nacional”.

delitos tributarios.

Sin que se oponga a las postulaciones precedentes, otros estiman que el bien jurídico protegido por el delito tributario es el ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO. En efecto, el profesor José Luis Cea conceptualizó a éste como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la constitución”

En España, por tratarse de un delito que forma parte del Derecho penal económico, un sector de la doctrina penalista<sup>26</sup> mantenía que el bien jurídico protegido era la economía nacional o incluso la Administración del Estado, es decir, entendían que el ataque se lleva a cabo contra el orden económico de un Estado de Derecho.

Esta postura supone reducir el Delito Fiscal a un mero instrumento de política financiera<sup>27</sup>, que por supuesto no es su razón de ser. Pues aunque la tipificación de dicho delito siempre tenga una cierta repercusión en el orden económico, sin embargo, tiene una dimensión más amplia que va más allá de considerar que el bien jurídico protegido es simplemente el orden económico.

En Chile, según el autor Rodrigo Ugalde Prieto, la Carta Magna no es neutra en esta materia, toda vez que a la luz de sus principios y normas, se puede llegar a la conclusión de que establece un orden público económico cuyo principal asignador de recursos es el mercado<sup>28</sup>, y para que éste último funcione lo más correctamente posible es menester asegurar la libre competencia entre los agentes del mercado, misma que podría verse afectada con la comisión de delitos tributarios.

Por otro lado, el profesor Alex Van Weezel, opina que nuestro sistema tributario parece combinar los dos primeros modelos citados<sup>29</sup>, es decir el patrimonialista y el institucionalista, incluyendo sus desventajas. La mayor parte de las figuras no exige la producción de un resultado típico en la forma de un perjuicio patrimonial, ya que la ausencia de esta redundaría sólo en una atenuación de la pena (artículo 111 del Código Tributario), lo que daría cuenta del carácter institucional del deber, cuestiones que también serán analizadas más adelante al tratar del sujeto activo en el delito tributario.

---

<sup>26</sup> Muñoz Conde, Francisco.; “Derecho penal”, Parte Especial, Valencia, página. 514.

<sup>27</sup> El **artículo 4 de la LGT**, señala la función del tributo como instrumento de política económica, que excede de su finalidad recaudatoria: “Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso social y procurar una mejor distribución de la renta nacional”.

<sup>28</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime. Ob.cit. página 3.

<sup>29</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. página 17.

El rechazo de estas posiciones lleva a la mayoría de la doctrina Española a considerarlo un delito pluriofensivo, que armoniza las diferentes posturas doctrinales que han sido expuestas, considerando que lesiona a la vez el patrimonio del Estado y los intereses de la Economía Nacional, es decir, la política económica del Estado y el reparto equitativo de las cargas sobre los ciudadanos. Se denomina delito pluriofensivo o complejo<sup>30</sup> porque se trata de un delito único en el que resultan ofendidos varios bienes jurídicos al mismo tiempo.

Martínez Pérez entiende que nos encontramos ante un delito pluriofensivo puesto que por medio de él se trata de proteger el patrimonio del Erario público y el orden económico para que el Estado logre sus finalidades de política económica y social.<sup>31</sup>

Bustos<sup>32</sup> considera simplemente mixto este planteamiento de delito pluriofensivo y, critica que deja sin concretar lo que sea el pretendido bien jurídico de la política económica del Estado. Estima preciso buscar el bien jurídico en aquel aspecto del funcionamiento del sistema que aparezca como esencial para la satisfacción de todos sus miembros, es decir, se trata más que de la política económica, de la política financiera del Estado. El bien jurídico protegido sería el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los egresos o cargos del Estado, sin el cual no podrían llevarse a cabo las tareas indispensables que se le exigen: salud pública, educación, obras públicas, entre otras.

Una parte de la doctrina española considera actualmente que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la **Hacienda Pública en sentido dinámico**, en ésta consideración de la Hacienda funcional como bien jurídico protegido, destaca la función de redistribución de la riqueza que el Estado realiza cuando lleva a cabo la actividad financiera, que está en conexión con el perjuicio sufrido por el Erario Público cuando se produce una defraudación

---

<sup>30</sup> Cfr. Cobo Del Rosal Y Vives, Antón, clasifican como modalidad de los pluriofensivos a los denominados delitos complejos, que se hallan unidos por la fusión de dos o más figuras delictivas, "Derecho Penal", Parte General, obra citada, página. 299. Otros autores niegan que en los delitos contra la Hacienda Pública se lesionen varios bienes jurídicos, señalando que lo que subyace tras esas posiciones es una "insuficiencia en el contenido dado al bien jurídico que, en este caso, actúa como principal, la Hacienda Pública". (Berdugo Gómez De La Torre, I. Y Ferré Olivé, J. C., "Todo sobre el fraude tributario", Praxis, 1994, página. 21).

<sup>31</sup> En primera línea el patrimonio del Erario público; y, además, tutela de forma indirecta la integridad del orden económico en sentido estricto, ... para obtener las finalidades de política económica y social que un Estado social y democrático de Derecho está obligado a cumplir." Martínez Pérez, C., "El Delito fiscal", Montecorvo, 1982, página. 11.

<sup>32</sup> Bustos Ramírez, Juan.; obra citada, página. 25.



tributaria. En consecuencia, según esta postura lo que merece una protección es la “función” de la Hacienda Pública, en cuanto que representa un interés que va a afectar a toda la sociedad.

Pérez Royo<sup>33</sup>, mantiene la tesis de que el bien jurídico protegido es la función recaudatoria del Estado en vistas a la suficiencia de medios para la realización de los fines que constitucionalmente tiene encomendados. Esta posición es compatible con la configuración del Delito Fiscal como delito de resultado, pues el resultado exige un perjuicio para la función recaudatoria, elemento esencial en la Hacienda dinámica.

Simón Acosta<sup>34</sup>, va más allá considerando que la función en sí misma tiene un carácter instrumental y, por tanto, no constituye el bien jurídico protegido, sino que hay que buscar cuál es la finalidad perseguida por la propia función.

A nuestro juicio, es importante relacionar el perjuicio económico sufrido por la Hacienda pública y su función de redistribución de la riqueza, siempre buscando la finalidad que persigue dentro de los límites que suponen los principios constitucionales como inspiradores de nuestro ordenamiento tributario<sup>35</sup>.

Aparicio Pérez<sup>36</sup> apoya “una interpretación teleológica que nos lleve a la finalidad racional que la norma persigue y que conecta con los principios consagrados por la Constitución como inspiradores del funcionamiento de nuestro sistema tributario”.

En consecuencia, el delito de defraudación tributaria se configura como un

---

<sup>33</sup> Configura el artículo 305 como un delito de resultado que exige el perjuicio de la recaudación tributaria, de tal forma que “el interés patrimonial que se protege es el de la recaudación, cuyo importe resulta disminuido respecto del que se hubiera producido si no hubiera tenido lugar la conducta defraudatoria”. Según este autor el bien jurídico protegido en los Delitos contra la Hacienda Pública encuentran su base en los artículos 31.1º y 2º de la Constitución, tanto desde el punto de los ingresos públicos (el interés de que el reparto de la carga tributaria se realice de acuerdo con los modos y formas fijados por la Ley, conforme al principio de capacidad económica contenido en el artículo 31.1º de la CE); como desde el punto de vista del gasto público (la asignación equitativa de los recursos públicos y su programación conforme a los criterios de eficiencia y economía, artículo 31.2º). Pérez Royo, Fernando. “Los delitos y las infracciones en materia tributaria”, IEF, Madrid, 1986, páginas. 76,77 y 78.

<sup>34</sup> “no es en sí misma un bien jurídico protegido sino uno de los instrumentos para hacer efectivo el principio de solidaridad social que se plasma en la contribución al sostenimiento de las cargas públicas”. SIMÓN ACOSTA, E.; “Delitos contra la Hacienda Pública” en CUESTIONES TRIBUTARIAS PRÁCTICAS, obra colectiva de CASADO OLLERO, G., FALCÓN Y TELLA, R., LOZANO SERRANO, C. Y SIMÓN ACOSTA, E, La Ley, Madrid, 2ª edición, 1990, página. 567.

<sup>35</sup> En este sentido, Aparicio Pérez apoya “una interpretación teleológica que nos lleve a la finalidad racional que la norma persigue y que conecta con los principios consagrados por la Constitución como inspiradores del funcionamiento de nuestro sistema tributario.” Aparicio Pérez, J.; obra citada, páginas 53 y 54

<sup>36</sup> Aparicio Pérez, J.; “El delito fiscal a través de la jurisprudencia”, editorial Aranzadi, 1997, págs. 53 y 54

delito de resultado que exige el perjuicio de la recaudación tributaria, lo que está en relación con la tesis que considera que lo que constituye el bien jurídico protegido es la “función” tributaria de la Hacienda Pública dinámica

En definitiva, nosotros opinamos que el bien jurídico protegido por los delitos e infracciones tributarias no es otro que el patrimonio fiscal pero en sentido dinámico (La Hacienda Pública como ente en funcionamiento), pues con la comisión de un ilícito tributario lo que se afecta y perjudica directamente es el ingreso del Estado y su patrimonio en relación con su función de redistribución de la riqueza; estimando que cualquier otra opinión es rebuscada y simplemente artificial para intentar justificar la amplitud, extensión y arbitrariedad con la que el Fisco interpreta La Ley tributaria, siendo que el derecho penal es *Lex Stricta*.

## Capítulo II

### 2.- El Delito Tributario

#### 2.1.- Potestad tributaria y potestad punitiva

Entre el orden jurídico tributario y el orden jurídico penal existen importantes paralelismos. El ejercicio de la potestad punitiva constituye un eficiente instrumento de estabilización social, cuya eficacia está indisolublemente ligada a su autorestricción mediante reglas de prudencia. La formulación abstracta de dichas reglas da origen a los llamados principios político-criminales (proporcionalidad, lesividad, etc.). Algo similar ocurre con la potestad tributaria, cuyo ejercicio hace posible el funcionamiento del aparato estatal sólo en la medida en que los contribuyentes no sean sometidos a una carga excesiva que ahogue su potencial de rendimiento ( principio de la conservación de las fuentes) y que se garantice el principio de igualdad ante la ley<sup>37</sup>. En el plano normativo rigen en los dos ámbitos el principio de legalidad materializado en otros de mucha importancia que revisaremos en el párrafo siguiente. Sin embargo, El punto de confluencia más importante se refiere a las exigencias de fundamentación que impone la superposición de ambas potestades; pues , si ya la potestad estatal para imponer obligaciones tributarias parece exigir un esfuerzo significativo de fundamentación, puede decirse, sin temor a equivocarse, que para imponer sanciones penales por el incumplimiento de tales obligaciones requiere de un doble esfuerzo..

#### 2.2 .- El principio de legalidad en los delitos tributarios

Este trabajo, trata de poner en relación uno de los temas capitales del derecho penal, como lo es **el principio de legalidad** , y sus consiguientes secuelas como ser la *Ultima Ratio Legis*<sup>38</sup> en la aplicación del ordenamiento jurídico; con el propósito de incriminar como delito conductas tributarias ilícitas.

---

<sup>37</sup> Cfr. Van Weezel, Alex , “Delitos Tributarios”, Ed. Jurídica de Chile, 1ª edic. Santiago, 2007 , página 11 y, Sobre el Problema de la “congruencia” de las leyes tributarias con el ordenamiento jurídico en su conjunto y, como consecuencia, del carácter jurídico de las normas sobre tributos, véase Flume, Festschrift für Smend, páginas 59 y ss.

<sup>38</sup> Bullemore y Mackinnon, ob.cit., página 26.

Al efecto, resulta prácticamente imposible referirse al principio de legalidad sin evocar también la vida y la obra científica de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. La perennidad de su pensamiento y la actualidad y permanencia de su obra científica se vincula a la universal vigencia del principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Fue Feuerbach quien primero formuló en términos jurídicos el principio de la legalidad, lo introdujo en el Código Penal de Bavaria y quien, de tal modo, logró el reconocimiento legislativo del mismo como límite del poder de los jueces bávaros. Este principio desde entonces constituyó, por así decirlo, la columna vertebral del derecho penal de la modernidad. Feuerbach<sup>39</sup> fue el encargado de preparar un Código Penal para el reino, el famoso *Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, basado, principalmente, en la coerción psicológica o prevención general, cuya vigencia data de 1813. Este Código, junto con el *Code Pénal* francés de 1808, se constituyeron en modelos alternativos de la legislación penal continental durante el siglo XIX e indirectamente determinaron la tesitura de los Códigos de la América hispana independiente.

Según explica Feuerbach, a los fundamentos de los que depende, en general, la posibilidad jurídica de aplicación de una ley penal y, por ende, la imposición de una pena, se llaman fundamentos de la punibilidad absoluta, que son en parte objetivos y, en parte, subjetivos. “El fundamento objetivo de toda punibilidad -dice- es la existencia de una realidad fáctica que sea comprendida bajo la conminación de una ley penal. Una acción que no caiga bajo ninguna ley penal no es punible ante el tribunal de derecho externo. Una acción cae bajo una ley penal únicamente cuando presenta las características que están contenidas en el concepto de la acción a la que la ley asocia la pena como consecuencia jurídica”<sup>40</sup>. También dijo Feuerbach que el conjunto de las características de una acción o realidad fáctica especiales, que estén contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas, se llama el tipo de crimen, *Tatbestand*, (*corpus delicti*). La punibilidad objetiva depende de la existencia del tipo de un crimen en general; la aplicación de una ley penal dada, de un determinado caso del respectivo tipo, que presupone la ley aplicable como condición de su consecuencia jurídica.

Sin embargo, el fundamento de la punibilidad absoluta se basa, a su vez, en los que él denomina “principios primeros del derecho punitivo”, y que son, **el que toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión**

---

<sup>39</sup> Bullemore y Mackinnon, ob.cit., página 27.

<sup>40</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique, ob.cit. página 29.

**jurídica y, también, de una ley que conmine un mal sensible, de donde surgen los siguientes principios derivados:**

I. Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena.

II. La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho como presupuesto jurídicamente necesario.

III. El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.

El pensamiento jurídico de Feuerbach <sup>41</sup>es genuina expresión de la crisis del derecho común y, en particular, la “*crisi di certezza*” o la exigencia de certeza del Derecho. Ante esa crisis resultaba indispensable encontrar nuevos fundamentos filosóficos y jurídicos que serían proporcionados por el racionalismo ilustrado del cual la obra Beccaria es acabada expresión y síntesis magistral.

Antes que Feuerbach , en una obra política que estaba llamada a un destino singular , la obra casi única y en todo caso principalísima de Cesare Beccaria: “**De los delitos y las penas**”<sup>42</sup>, siendo aquél un lego sin formación jurídica seria, dio inicio a una nueva etapa en el desarrollo de la ciencia penal y del derecho penal positivo..

En tiempos de Beccaria los delitos no estaban, como lo exige hoy el principio de la legalidad, tipificados en definiciones legales precisas. Por el contrario, era admitida la interpretación extensiva y la analogía. Las leyes penales eran principalmente enumerativas de casos incluidos en cada género de delitos, de modo que los jueces podían interpretar extensivamente cualquiera de los casos legalmente establecidos y, por vía de analogía, crear supuestos de punibilidad no previstos en la ley. **Por otra parte, la idea de delito era muy próxima a la idea de pecado, por lo que la pena tenía el carácter, principalmente, de un castigo merecido o “justa venganza”, de donde proviene -por cierto- la idea de la “vindicta pública”. Se creía**

---

<sup>41</sup> Cury Urzúa, Enrique, ob.cit. Tomo I, página 31

<sup>42</sup>Beccaria Cesare ; Tratado de los delitos y de las penas Editado por Centro de publicaciones Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.

entonces, como también creen algunos ingenuamente ahora -más de doscientos años después-, que cuanto más temor produjera la pena era más ejemplar y más eficaz. La Ilustración pondrá en claro que el fin de la pena no es afligir al delincuente sino “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”.

Contra ese estado de la conciencia reacciona el pensamiento Ilustrado. En 1748 se había publicado “*L’Esprit del lois*”. En 1751 se publica así mismo el primer tomo de la “*Enciclopedia*”, cuya edición concluirá en 1765. En 1761 se publicará el “*Emile*” de Rousseau y éste culminará su “*Contrat Social*”. En 1762 se desencadena el *Affaire Calas* que inspira a Voltaire su “*Traité de la tolérance*”, editado en 1763 y, específicamente, se publica la obra de Beccaria. En su obra propondrá, como correctivo principal para el estado de postración de la justicia penal, justamente, el principio de la legalidad. La atribución del *ius puniendi* al legislador, la necesaria precedencia de la ley penal respecto del hecho a ella sometido y la exigencia de certidumbre (*lex certa*) en el contenido de las leyes penales, la secularización o socialización del daño como criterio para ponderar la gravedad del delito y como referente para asignarle una pena proporcionada, serán -como ha señalado Tomás y Valiente- las principales garantías formales del derecho penal postbeccariano<sup>43</sup>.

Asimismo, Beccaria aborda el tema del origen de las penas. Las leyes -dice- son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella, para gozar de la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno -dice-, forma la soberanía de la Nación, y es el soberano su administrador y legítimo depositario. **Por tal razón, toda pena que no deriva de la absoluta necesidad, es tiránica y, en términos más generales, todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico. Sólo el agregado de todas las pequeñas porciones de libertad posibles cedidas, forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia:** es hecho y no derecho. Más adelante, Beccaria se refiere a las consecuencias de estos principios, la primera de las cuales es que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos ; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede con

---

<sup>43</sup> Cfr. Cury Urzúa, Enrique, ob.cit. Tomo I. página 34

justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes, contiene en sí la pena justa, y otra más en el extensión; se sigue, que ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.

Otra consecuencia que Beccaria expresa en su obra, es el postulado positivista de que tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley”. Un código fijo de leyes que se debe observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos, si son o no conformes a la ley escrita. Pero si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidente la oscuridad, que arrastra consigo necesariamente a la interpretación.

El aporte más señalado de la Ilustración jurídica fue sin duda la obra de Beccaria. Su obra planteó sobre nuevas bases el debate teórico sobre la titularidad y los límites del derecho a castigar, la función de la pena y la definición de la culpa. Basados en ella, los pensadores Ilustrados, partiendo de supuestos utilitaristas y humanitarios, lograron elaborar una nueva concepción de la pena que no sólo rechazaba la crueldad sino que imponía la certeza y la justa proporción de la pena como medios idóneos al fin de apartar al delincuente del delito, procurar la enmienda del culpable y expiar su error. El aporte de la Ilustración, y en particular de la obra de Beccaria<sup>44</sup>, al pensamiento penal debe considerarse un legado permanente de innegable vigencia, como lo demuestra la actualidad de la obra.

El legado de la Ilustración jurídica ha sido recogido por el garantismo penal. Luigi Ferrajoli,<sup>45</sup> epígono de este movimiento, cuando estudia los modelos del derecho penal, elabora una tabla analítica y sistemática de todos los principios que componen el modelo garantista del derecho penal, con el propósito de individualizar los distintos modelos de ordenamiento penal de una u otra forma autoritarios que resulten de la falta o de la lesión de uno o varios de aquellos principios. Según Ferrajoli, todos estos principios son formulables en forma de proposiciones de implicación o condicionales y es posible formalizarlos y ordenarlos dentro de sistemas o modelos axiomatizados más o menos complejos y exigentes según sean incluidos o

---

<sup>44</sup> Beccaria, Cesare, ob.cit. páginas 50 y ss.

<sup>45</sup> Ferrajoli, Luigi; “Teoría y Razón .Teoría del Garantismo Penal.” Edición Española. Trotta. 1995.,Parte II y III.

excluidos por cada uno de ellos, agrega lo mismo respecto de las instituciones del derecho penal como los plazos y la de privación de libertad.<sup>46</sup>

Se trata de implicaciones deónticas, normativas o de deber ser, cuya conjunción en los distintos sistemas da vida a modelos, a su vez, deónticos, normativos y axiológicos. La adopción de estos modelos, comenzando por el garantista en máximo grado, supone, pues, una opción ético-política a favor de los valores normativamente tutelados por ellos, lo cual no impide apreciar el carácter descriptivo no normativo de su análisis teórico, y, sobre todo, de su uso para interpretar y explicar los principios de justificación política y convalidación jurídica de los distintos sistemas penales.

Cada una de las implicaciones deónticas o principios de que se compone todo modelo de derecho penal enuncia, por tanto, una condición *sine qua non*, es decir, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena. La función específica de las garantías en el derecho penal -dice Ferrajoli- en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.

Entre los diez axiomas que enumera Ferrajoli, todos ellos elaborados por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, los tres primeros se refieren al principio de la legalidad: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Al primero de ellos le llama el principio de la retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; al segundo, el principio de la legalidad en sentido lato o en sentido estricto y; al tercero, principio de la necesidad o de la economía del derecho penal.

Todos estos principios han sido incorporados a las constituciones y ordenamientos contemporáneos convirtiéndose en principios jurídicos del moderno estado de derecho. De entre ellos el que caracteriza específicamente el sistema garantista es el principio de estricta legalidad enunciado por el axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que se distingue del principio de mera o lata legalidad que se expresa en el axioma *nullum crimen sine lege*, por su distinta forma lógica. Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniura, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la

---

<sup>46</sup> Ferrajoli, Luigi; ob.cit. pagina 771



ley es condicionante, gracias al segundo, es condicionada. Mientras el principio de la mera legalidad es una norma dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley, el principio cognoscitivista de estricta legalidad es una norma metalegal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los supuestos de la pena, la decidibilidad de la verdad de su enunciación. Se trata de la tipicidad o determinación empírica del supuesto típico y de su campo de denotación o de aplicación.

Así pues, según enseña Ferrajoli<sup>47</sup>, en el primer sentido (lato) el principio de la legalidad se identifica con la reserva legal, entendiendo “ley” en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes, cualquiera que sea la formulación de su contenido en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo<sup>48</sup>; y prescribe que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de calificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas, de donde resulta garantizada la sujeción del juez solamente a la ley, ya que sólo en la medida en que se satisfaga este segundo principio la motivación jurídica de una sentencia puede tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o como falsa<sup>49</sup>.

El principio de la legalidad del sentido lato se satisface aún por figuras de delito formadas por conceptos jurídicos indeterminados, por elementos valorativos o de otra índole, cuya válida aplicación no permita verificaciones o refutaciones sino sólo valoraciones que en cuanto a tales no son verdaderas ni falsas. En cambio, el principio de la legalidad en sentido estricto no queda satisfecho más que cuando la proposición normativa sea formulada en términos tales que permita la formulación de un juicio empírico, no valorativo, sino de verdad o falsedad.

Son estas las exigencias del principio de la legalidad en su doble vertiente

---

<sup>47</sup> Ferrajoli vincula este tema con la democracia, señalando que los derechos fundamentales operan como vínculos sustanciales (positivos o negativos) impuestos a la mayoría.

<sup>48</sup> Al respecto, Ferrajoli afirma al constitucionalismo como el nuevo paradigma del derecho, que impone el principio de estricta legalidad o legalidad "sustancial", redescubriendo el significado de *la Constitución* como límite y vínculo a los poderes públicos

<sup>49</sup> Ferrajoli ,señala que tomarse los derechos en serio significa tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como "pertenencia" y de su carácter estatal. Reconocerles, en definitiva, un carácter supraestatal.

del principio de la legalidad en el sentido de mera o lata legalidad, que se expresa en el axioma *nullum crimen sine lege*, y el principio de estricta legalidad enunciado por el axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

La ley Tributaria define el “hecho gravado” que es, como explicó Dino Jarach<sup>50</sup> el centro de la teoría jurídica del tributo, del mismo modo que el estudio del delito lo es en el derecho penal, toda vez que sobre el mismo se construye la dogmática del derecho tributario<sup>51</sup>. Dice la dogmática tributaria que “el hecho imponible es el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación”. Hay un singular paralelismo entre la tipicidad penal y la “tipificación del tributo”, en el sentido de que el hecho imponible opera como presupuesto o hipótesis de la norma tributaria y consiste en la descripción hipotética, contenida en la ley, del hecho que sirve para describir o tipificar el tributo, que normalmente describe una situación que exterioriza la capacidad para tributar y cuya realización genera el nacimiento de la obligación tributaria.

Se ha precisado que la obligación tributaria en general, desde el punto de vista jurídico, es una relación jurídica *ex lege*, en virtud de la cual una persona (contribuyente o responsable) está obligada hacia el Estado u otra entidad pública, al pago de una suma de dinero, en cuanto se verifique el presupuesto de hecho determinado por la ley. La obligación del contribuyente y la pretensión correlativa del Fisco dependen, por mandato de la ley, del verificarse de un hecho jurídico, del presupuesto legal del tributo o hecho imponible.

Diversas posiciones doctrinarias han sido fijadas respecto de la relación que el hecho imponible guarda con las formas jurídicas de derecho privado, que resultan de la autonomía de la voluntad, en definitiva de las relaciones del derecho tributario con el derecho civil. Algunos como Jarach<sup>52</sup> sustentan la tesis de que la relación jurídica impositiva nunca tiene como presupuesto el

---

<sup>50</sup> Jarach, Dino. “Curso superior de derecho tributario”, Buenos Aires . Ed. Liceo Profesional Cima, 1957 . V. I. y II.

<sup>51</sup> Con relación a los alcances del principio de legalidad en el derecho tributario, Dino Jarach expresa: “Decir que no debe existir tributo sin ley, significa que sólo la ley puede establecer la obligación tributaria y, por lo tanto, sólo la ley debe definir cuáles son los supuestos y los elementos de la relación tributaria. Y al decir elementos y supuestos, quiero significar que es la ley que debe definir los hechos imponibles en su acepción objetiva y también en la esfera subjetiva, o sea, cuáles son los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer. Debe ser la ley la que debe establecer el objeto y la cantidad de la prestación, es decir, el criterio con que debe valuarse la materia imponible para aplicar luego el impuesto en un monto determinado y es también la ley la que debe definir este monto”. Jarach, Dino; “Curso de derecho tributario” - 1980 - T. I - página. 83

<sup>52</sup> Jarach, Dino. *El Hecho Imponible. Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*. Editorial Abeledo-Perrot, 3º Edición reimpresión, Febrero de 1996

negocio jurídico, como el derecho privado sino una relación económica y que cuando la relación económica sea efecto de un negocio jurídico, habrá que indagar sobre la relación dogmática que disciplina el negocio y la relación jurídica que de él deriva, por una parte y, por otra, el derecho tributario, que disciplina los efectos impositivos de una determinada situación económica, cuya fuente puede ser un negocio jurídico. Es innegable la importancia del negocio jurídico para el nacimiento de la obligación impositiva pero del análisis de las relaciones entre derecho civil y derecho tributario, surge la distinción entre *intentio facti* e *intentio iuris*, esto es, entre la finalidad empírica, determinante para los efectos tributarios y la finalidad jurídica, que es relevante para el derecho tributario cuando signifique una voluntad de las partes idéntica a la voluntad de la ley.

El concepto mismo de evasión fiscal y sus consecuencias jurídicas dependerá de la actitud que se asuma ante la autonomía del derecho impositivo frente al derecho civil. Esta distinta posición da a lugar a la distinción entre elusión y evasión tributaria. La primera, significa esquivar la aplicación de la norma tributaria para obtener una ventaja patrimonial por parte del contribuyente, que no se realizaría si no se pusieran en práctica por su parte hechos y actos jurídicos o procedimientos contractuales con la finalidad de evitarla. El presupuesto de la elusión consiste en sustraer del tributo manifestaciones de capacidad económica recogidas en la ley, de otro modo sujetas a él, mediante la gestión lícita de medios negociables, aunque no congruentes con la *voluntas legis*. Los particulares pueden configurar el negocio jurídico en forma lícita, a través de configuraciones de derecho civil, de modo que no integren el hecho imponible, impidiendo el nacimiento de los deberes tributarios, son formas legales de rodear o soslayar el cumplimiento de la leyes tributarias<sup>53</sup>.

En el caso de la elusión se trata de que los particulares han elegido tipos contractuales con el único fin de minimizar la carga tributaria, han optado por formas que no hubieran adoptado fuera del ambiente fiscal o en un ambiente fiscal diverso. Se trata de evitar por medio de instrumentos negociables, el nacimiento total o parcial del hecho imponible identificado por una norma tributaria, basado para ello en la licitud de los negocios jurídicos realizados conforme a derecho. Por consiguiente, como afirma Hensel -citado por Rosembuj- **“la elusión fiscal no es ilícita en el sentido que aquel que realiza los negocios elusivos choque con una prohibición legal”**. La creación de la

---

<sup>53</sup> Manonellas, Graciela, citando a Rosenbuj, Tulio. “La Hacienda Pública y la Seguridad Social” Monografía.

**ventaja fiscal patrimonial “se realiza sin que experimente violación de la ley de ningún tipo y la circunvención del hecho imponible previsto en la ley, aparece como una expresión de habilidad de las partes, de su malicia, si se quiere, pero siempre dentro de los límites de un juego legal”<sup>54</sup>.**

La elusión fiscal es diferente entonces de la evasión fiscal. En esta última hay un comportamiento ilegal del contribuyente dirigido a la no satisfacción del tributo ya debido, por haberse verificado el hecho gravado. Mientras que en el caso de la elusión se impide el nacimiento de la obligación tributaria esquivando el presupuesto de hecho previsto en la ley, la evasión exige un comportamiento fraudulento por parte del sujeto pasivo del tributo<sup>55</sup>.

La conducta evasiva tiende a la ocultación de rendimientos y otros derechos de contenido económico mediante la utilización de documentos falsos, a la realización de actos o negocios ajenos a la realidad jurídica efectiva o a la destrucción de evidencias que impiden la determinación de la deuda tributaria. Es el ámbito de la llamada evasión por simulación y de la evasión por abuso de formas.

Sin embargo, tal distinción entre elusión y evasión fiscal no es tan nítida como parece ya que la primera puede conllevar tanto al fraude a la ley como al abuso de las formas jurídicas. De elusión fiscal en sentido propio sólo corresponde hablar cuando los medios jurídicos utilizados resultan irreprochables bajo el perfil del derecho positivo estricto, de otra forma se pasa de la elusión a la evasión.

Cuando se resuelve el reforzamiento de la ley impositiva mediante la incriminación penal de conductas dirigidas a la represión de la evasión fiscal, como o exige el programa del poder constituyente, es preciso distinguir netamente los supuestos de la elusión y la evasión, para dar cumplimiento al axioma *nulla lex (poenali) sine necessitate* relativo al principio de la necesidad o de la economía del derecho penal. La tipificación de las conductas incriminadas como delictivas debe ser hecha en términos estrictamente descriptivos y no valorativos, de forma que quede garantizada la decidibilidad de la verdad de su enunciación. El principio de la legalidad en sentido lato

---

<sup>54</sup> Rosenbuj ,Tulio “*El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*”, Monografías Jurídicas, Edit. Marcial Pons, Madrid, Barcelona 1999

<sup>55</sup> En esta instancia surge la forma denominada “elusión fiscal”, en la cual, quien elude el tributo no ha llegado a ser sujeto pasivo, por lo cual el hecho imponible no se configuró. (Manonellas-Leonetti, Ob.: “*El abuso de las formas elusivas como especie de evasión fiscal*” Pág. 173, publicado en el VII Congreso Tributario, San Martín de los Andes, 4 al 8 de septiembre de 1999, Tomo I, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal).

proscribe las normas penales en blanco, esto es, aquéllas cuyos supuestos de hecho están constituidas por un *Tatbestand* descrito por normas reglamentarias o de otra índole que no son de rango legal. El principio de la estricta legalidad prescribe que el contenido de los supuestos típicos esté dotado de significado unívoco y preciso de modo que sea posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas. Para cumplir con las exigencias de este principio el legislador debe eludir la composición de figuras delictivas formadas por conceptos jurídicos indeterminados, por elementos valorativos o de otra naturaleza que no permitan verificaciones o refutaciones sino exclusivamente valoraciones que, en cuanto a tales, no sean verdaderas ni falsas.

En conclusión, cabe afirmar que las exigencias del principio de la legalidad con el alcance que ha sido precisado, operan en el derecho penal-tributario chileno de la misma forma que en otros ámbitos menos restringidos del derecho penal (derecho penal general), pero que la materia de la cual se trata es particularmente proclive para inducir al legislador al desconocimiento de las exigencias del principio de la legalidad expresado en los axiomas *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege y nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

Como tales exigencias del principio de la legalidad constituyen el contenido de principios y normas constitucionales, la sanción del Código Tributario en acatamiento al programa legislativo, pero desconociendo las exigencias del principio de la legalidad, esto es, la referida vinculación negativa del legislador a la Constitución, estaría viciada de inconstitucionalidad<sup>56</sup>.

### **2.3.- Las infracciones y los Delitos Tributarios del Código Tributario**

Para que haya infracción tributaria debe existir previamente una OBLIGACION TRIBUTARIA cuyo incumplimiento implique la aplicación de una sanción.

Dentro del concepto de OBLIGACIÓN TRIBUTARIA hemos incorporado también a los deberes tributarios que no tienen un contenido patrimonial y cuyo cumplimiento también genera la aplicación de sanciones como ocurre- por ejemplo- con la infracción prevista en el N° 1 del artículo 97 del Código Tributario.

---

<sup>56</sup> En este sentido opinan los autores Ugalde Prieto, Rodrigo y Rodríguez Oro, Sergio en relación con el artículo 161 N°10 del Código Tributario en su obra “Delito tributario y Reforma Procesal Penal, Editorial Lexis Nexis, 2ª Edición. 2004 ,Santiago, páginas 24 y ss.

El concepto de infracción supone una conducta contraria a una norma jurídica, por lo que la infracción o contravención tributaria es una conducta antijurídica en el ámbito tributario.

Cierta parte de la doctrina opina, que **INFRACCIONES TRIBUTARIAS**, son las acciones u omisiones de los sujetos pasivos del tributo (contribuyentes), que transgreden normas jurídicas que importan obligaciones sustantivas o deberes formales de colaboración con la administración tributaria<sup>57</sup>.

Efectivamente, en la relación jurídico tributaria podemos distinguir:

- Obligación principal: Pagar una suma de dinero al fisco. Se trata de una obligación de dar y, específicamente de dar una suma de dinero.
- Obligaciones accesorias o llamados **DEBERES TRIBUTARIOS** sin contenido patrimonial: Actos o abstenciones ordenadas por la ley, tendientes a asegurar y facilitar la determinación, fiscalización y recaudación de los tributos<sup>58</sup>.

Estas se diferencian de las primeras por carecer de contenido patrimonial.

Una parte de la doctrina opina que son obligaciones de hacer o de no hacer, mientras que otra opina que son **DEBERES** accesorios, ya que no tienen contenido patrimonial.

En el caso que la vulneración de una obligación tributaria traiga aparejada la aplicación de una sanción pecuniaria y no de una pena privativa de libertad, estamos ante infracciones tributarias.

La gran mayoría de las infracciones tributarias las encontramos en el artículo 97 del Código Tributario, aún cuando en el mismo código encontramos otras infracciones e incluso otros delitos. Por ejemplo entre otras infracciones, podemos señalar aquellas previstas en el artículo 101, 102, 103, 104, 109 del Código Tributario; y entre otros delitos podemos señalar el tipo penal establecido en el artículo 100 del mismo Código, esto es un delito especial que pueden cometer los contadores al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance o que, como encargado de la contabilidad de un contribuyente, incurriere en falsedad o en actos dolosos.

También es frecuente que cada Ley Tributaria especial contenga infracciones tributarias específicas, por ejemplo; el artículo 25 del D.L. N° 3475 de 1980, sobre Impuestos de Timbres y Estampillas, entre otros casos.

---

<sup>57</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar Jaime, Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias, Editorial Lexis Nexis, 1ª edición. Santiago. 2005, página 1.

<sup>58</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime. Ob.cit. página 1

En esta tesis se analizarán específicamente las infracciones tributarias del artículo 97 N°4 del Código Tributario, sin perjuicio de que también se desarrollarán otras infracciones tributarias especiales.

#### **2.4.- Clasificación de las Contravenciones Tributarias y Delitos Tributarios**

Las violaciones a la Ley tributaria pueden clasificarse en dos grupos: Contravenciones y Delitos Tributarios<sup>59</sup>.

En Chile, el Decreto Ley N° 830 de 1974, sobre Código Tributario, en su artículo 97, tipifica ambos ilícitos, esto es infracciones tributarias constitutivas de contravenciones, sancionadas con penas de multas, y también delitos tributarios, sancionados con multas y penas corporales, esto es privativas de libertad.

Atendiendo a la naturaleza de la sanción, las transgresiones contempladas en el artículo 97 pueden clasificarse en dos grupos:

a).- Infracciones que tienen sólo sanción pecuniaria: Son los N° 1,2,3,6,7,10,11,15,16,17,19,20,21, se destaca el N°10 pues puede llegar a ser un delito tributario y, además, registra la pena de clausura como otra sanción que el juez debe aplicar.

b).- Infracciones que tienen sanción mixta, pecuniaria y corporal: Son los N°4,5,8,9,12,13,14,18,22,23,24 y 25.

En opinión del profesor Ugalde, la diferencia entre las contravenciones administrativas y los delitos tributarios está determinada por *la sanción aplicable*<sup>60</sup>.

Estaremos ante una infracción tributaria administrativa cuando la conducta antijurídica sea castigada con una sanción pecuniaria. Si la sanción es privativa de libertad, se trata entonces de un delito tributario.

La principal importancia de hacer una distinción entre contravenciones y delitos tributarios, consiste en que las primeras las aplica directamente la administración tributaria, y las segundas son de competencia de la justicia ordinaria, a través de los distintos procedimientos establecido en los artículos 161 y 165 para las infracciones; y artículos 161 N°10, 162, 163 en el caso de delitos tributarios, todos del Código Tributario.

**De acuerdo al artículo 105 del Código tributario:**

**“Las sanciones pecuniarias serán aplicadas por el Servicio de**

---

<sup>59</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob.cit. , página 3.

<sup>60</sup> Ugalde Prieto ,Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob.cit. página 4.

**acuerdo con el procedimiento que corresponda del Libro Tercero, excepto en aquellos casos en que de conformidad al presente Código sean de la competencia de la justicia ordinaria civil”**

**“La aplicación de las sanciones pecuniarias por la justicia ordinaria se regulará en relación a los tributos cuya evasión resulte acreditada en el respectivo juicio.”**

**La norma agrega:**

**“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 162, si la infracción estuviere afecta a sanción corporal o a sanción pecuniaria y corporal, la aplicación de ellas corresponderá a los tribunales con competencia en lo penal”.**

**“El ejercicio de la acción penal es independiente de la acción de determinación de cobro de impuestos.**

De lo anterior podemos concluir que una contravención tributaria consiste en el incumplimiento, por parte de un contribuyente, de una obligación, de un deber o de una prohibición tributaria, sancionada generalmente con pena tributaria<sup>61</sup>.

En cuanto al concepto de Delito Tributario en términos simples podemos señalar que es “Toda violación dolosa de una obligación, de un deber o de una prohibición tributaria, sancionada por la ley con una pena corporal”<sup>62</sup>.

## **2.5.- Otras figuras tributarias**

Es importante no confundir el delito tributario con otras figuras tributarias que no son de naturaleza delictual.

Por ello es menester revisar los conceptos de Economía de Opción, Evasión y Elusión<sup>63</sup>.

La economía de opción: Según el autor Clemente Checa González, posibilita que un determinado contribuyente revista su actuación de la forma que le resulte menos gravosa, pero – y esta es la diferencia con el fraude a la ley- dicha forma no ha de resultar anómala en relación con el fin perseguido por las partes.

Aquella figura es, por lo tanto, diversa de La Evasión y Elusión.

En Chile, don Alejandro Dumay Peña señala: “Desde el punto de vista financiero se puede distinguir la evasión propiamente tal y la

---

<sup>61</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob.cit. página 4.

<sup>62</sup> Massone Parodi, Pedro, “Principios de Derecho Tributario”, Editorial Edeval, Valparaíso, año 1975, página 286.

<sup>63</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob.cit. página 6.



remoción: La primera es ilegal y puede revestir la forma de contrabando o fraude fiscal; la segunda, llamada por algunos autores “evasión legal” consiste en sustraerse al pago de los impuestos no realizando actividades gravadas, o prefiriendo los actos de gravamen inferior. Su licitud resulta como consecuencia de que no se viola ningún precepto legal, es decir, hay una actitud jurídicamente inobjetable”

“Enfocando el problema con criterio jurídico moral , se puede distinguir entre evasión lícita y la ilícita o ilegal”

“ En la evasión lícita, el contribuyente busca la realización de sus objetivos a través de actos jurídicos de gravamen inferior, es decir, opta por el camino legal menos gravoso, aprovechándose de los vacíos o defectos que presente la ley tributaria”.

“ La evasión ilícita , por el contrario, consiste en una burla maliciosa o intencionada de la ley, con el propósito de liberarse en todo o en parte de la carga tributaria a que legalmente está obligado”<sup>64</sup>.

En relación con lo mismo otros autores opinan que es un error semántico hablar de evasión lícita. En efecto la esencia de ésta es la ilicitud y por el sólo hecho de mencionarla se está haciendo mención a una conducta reprochable a los ojos de la ley, por ello es que parece más propio hablar de elusión (si se la estima como lícita) o de planificación tributaria.

La jurisprudencia sobre la materia ha declarado que la elusión es lícita. A este efecto es de gran utilidad transcribir lo que ha señalado un reciente fallo de la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema: **“Que así , el Servicio confunde, en este caso, dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria ilícita, con el de elusión, que consiste en el de evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega las herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó y no aquella que se liquida” . (Considerando 18° de la sentencia de 28 de Enero de 2003 pronunciada en autos Rol 4.038-2001. redacción del Ministro Sr. Ricardo Gálvez Blanco).**

De esta forma en la elusión no se realiza el hecho imponible; y en la evasión si se realiza el hecho imponible, y por lo tanto nace la obligación tributaria, pero dicha realización o su verdadera dimensión económica, se oculta a la administración.

Por otra parte, dentro de la evasión hay que distinguir entre :

---

<sup>64</sup> Dumay Peña, Alejandro , “El Delito Tributario” , Escuela Tipográfica Salesiana-Concepción, páginas 1 y 2

a).- Evasión involuntaria; que es aquella que ocurre sin la concurrencia de la voluntad del contribuyente. Razones:

1.- Desconocimiento de la normativa tributaria (artículo 110 del Código Tributario).

2.- Por errores aritméticos, contables o de otro tipo.

3.- Por errores de los Servicios Fiscalizadores. Así está reconocido por el propio artículo 56 del Código Tributario, cuyo inciso 3º señala: “ En los casos en que el Servicio incurriere en error al girar el impuesto, el Director Regional deberá condonar totalmente los intereses hasta el último día del mes en que se cursare el giro definitivo”.

b).- Evasión voluntaria; que es aquella en que se verifica por parte del sujeto activo el ánimo manifiesto de liberarse (en todo o en parte) de una carga tributaria a la que se encuentra legalmente obligado.

## 2.6 .- El Sujeto activo en los Delitos Tributarios

No existe consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia, a la hora de pronunciarse sobre la naturaleza del delito tributario, en consideración al autor de éstos. Mientras que nuestra escasa doctrina mayoritariamente , se inclina por la tesis que afirma que nos encontramos ante un delito común, la doctrina extranjera por el contrario, se pronuncia en sentido contrario, esto es que nos encontramos ante un delito especial propio. Asimismo, algunos autores, se han adherido a las nuevas corrientes dogmáticas impulsadas tanto por Roxin, como por Jakobs, quienes han creado una nueva clasificación de los delitos, llamándolos delitos de infracción de deber. La discusión no es un tema menor, dado los alcances de autoría y participación criminal, derivados de optar por una u otra postura, ello especialmente en legislaciones, como la nuestra , que no establecen normas especiales para la distribución de responsabilidades entre los diferentes participantes del delito.

En el derecho continental , se ha producido una larga discusión relativa a si los delitos tributarios corresponden a la categoría de delitos comunes o delitos especiales propios; apareciendo además nuevas voces que señalan que estos delitos corresponderían a la categoría de delitos de infracción de deber impulsada por Roxin.

1.- Delitos comunes, delitos especiales, delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

1.1 **Delitos comunes y delitos especiales.** Postura tradicional.

Los delitos comunes, corresponden a la mayoría de los tipos penales que acuña el Código Penal, siendo definidos como aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera. Alguna doctrina, además, señala que responden a la fórmula anónima “quien”, “el que” u otra semejante en el encabezamiento de la mayoría de las descripciones típicas, para caracterizar al sujeto activo<sup>65</sup>, afirmación que otra parte de la doctrina no comparte, ya que como advierte Gracia Martín, en los delitos especiales, la restricción a la autoría también podría articularse mediante la redacción de la conducta típica.

Los delitos especiales por el contrario, han sido entendidos tradicionalmente como aquellos en los cuales se presenta una restricción del círculo de posibles autores<sup>66</sup>. Dada una serie de elementos exigidos por el tipo. Los delitos especiales propios según la clásica definición de Quintero Olivares, serían aquellos en que la calidad del sujeto activo es determinante para la existencia del mismo, de tal forma que, faltando esta calidad, el hecho sería atípico; no existiendo pues, correspondencia alguna con el delito común, consistente en el mismo hecho pero cometido por una persona carente de la calidad exigida. Ejemplo clásico de dicha clasificación, es el delito de prevaricación, contemplado en el artículo 223 del Código Penal. En los delitos especiales impropios en cambio, existe un “residuo” o común denominador de ilicitud, un delito – tipo básico- con respecto al cual la calidad personal de autor representa una mera calificación del tipo; una particularidad extraña a éste, pero que lo califica otorgándole una categoría legal específica. Ejemplo de estos delitos, es el parricidio, en el que suprimida la calidad de pariente subsiste la incriminación a título de homicidio.

## 1.2 Delitos de infracción de deber.

La categoría de delitos de infracción de deber, como se sabe, es una formulación creada por Roxin, para buscar una solución a los problemas que se plantean desde el punto de la participación criminal en los delitos especiales propios e impropios. Mediante esta nueva clasificación, dicho autor expresa que en ciertos tipos penales no sería el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber especial

---

<sup>65</sup> Politoff Lifschitz, Sergio; Matus Acuña, Jean Pierre; Ramírez G.; María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 2ª Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 186.

<sup>66</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. *Los Delitos Especiales y La Teoría de la Participación en el Derecho Penal Español*. Barcelona: Editorial CYMYS, 1974, p. 15. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: Editorial Tea, 1989, p. 295.

extrapenal<sup>67</sup>. Autor en esta clase de delitos sólo sería quien infringe un determinado deber que le incumbe velar, independientemente de que el sujeto domine el hecho o no, de modo sobre quien no recae dicho deber aun cuando domine el curso del suceso, sólo responderá como partícipe.

Para explicar su tesis, Roxin señala mediante un ejemplo que el particular que en el delito de tortura en el ejercicio de un cargo apunta a la víctima con la pistola, sólo es cómplice, aunque sea co-sustentador del dominio del hecho, ello en razón a que sobre el particular *extraneus* no recaerían los especiales deberes que si recaerían sobre el funcionario.

Jakobs y sus discípulos, acogen esta teoría, pero la reformulan, ampliando su ámbito de aplicación más allá de la solución de ciertos problemas de autoría y participación en el contexto de la teoría del dominio del hecho, transformándola en uno de los pilares fundamentales de su sistema de imputación jurídico penal.

Jakobs efectúa una distinción entre delitos de dominio o de responsabilidad en virtud de organización, y delitos en virtud de infracción de deber o de responsabilidad en virtud de la competencia institucional. Los delitos de dominio atenderían a la lógica de la separación de esferas de organización entre los individuos, siendo esta propia organización el fundamento de la responsabilidad penal. Ello por cuanto, el individuo, por ser persona, estaría obligado a cumplir deberes generales que le incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general- y el primero que antecede a todos- el de no lesionar a los demás en sus bienes- *nemin laedere*- : no matar, no violar, etc. Se trataría del rol genérico de toda persona de reclamar derechos- libertad- y de reconocer los derechos de los demás<sup>68</sup>. De esta manera, en la medida que la persona cumpla con el deber general de no lesionar a los demás en sus bienes, le permitiría la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás una convivencia pacífica. Por consiguiente, sólo desde el momento que una persona defrauda las expectativas, rebasando el riesgo permitido mediante la arrogación de una organización ajena, podría fundamentarse responsabilidad por la comisión de un determinado delito de esta naturaleza.

Los delitos de infracción de deber, se caracterizarían, en cambio, porque el

---

<sup>67</sup> Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Traducido por Cuello Joaquín; Serrano, José Luis. 7ª Edición, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 385- 434, 498, 742 y ss.

<sup>68</sup> Jakobs, Günther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel, 2ª Edición, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1996, p. 26.

autor no determinaría mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino que estos le serían adjudicados como consecuencia del estatus que ostentaría dentro de la institución que se trate, existiría, pues una división entre los deberes que competen a todos y de manera indiferenciada en la relación negativa, -correspondientes al rol general de ciudadano-; y los deberes especiales en la relación positiva, - deberes de los titulares de un estatus fijado por un rol especial-. Los deberes contenidos en la relación positiva,- cuidado solidario del bien- tendrían como finalidad la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales.

En virtud de los deberes de cuidado y fomento que posee una persona que ostenta un determinado rol,-deber positivo-, sería en principio siempre autor, no cabiendo formas de participación: quien está obligado personalmente al cumplimiento de un deber, lo incumple siempre personalmente, esto es , como autor .Así la madre que da un arma a un sujeto para que mate a su hijo, aunque no domine el hecho, será siempre autora de parricidio y no cómplice de homicidio, dado que no habría cumplido con el deber de cuidado que le impone la institución de patria potestad.

Ejemplos de instituciones según Jakobs serían la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad básica.<sup>69</sup>

## **2.7.- Estado actual de la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica del delito tributario**

La discusión sobre la naturaleza jurídica de los delitos tributarios , ha tenido su origen en un principio, debido a que estos tipos penales en muchas legislaciones no señalan expresamente a un sujeto activo determinado en su descripción típica. En vista de ellos, cierta doctrina minoritaria, partiendo de interpretaciones gramaticales, ha expresado que la falta de delimitación del sujeto activo, sería antecedente suficiente para atribuir esta clase de delitos la calidad de comunes. Así , Pérez Royo, al analizar el antiguo artículo 349 del Código Penal Español, anota que la redacción literal del artículo 349 permite claramente excluir que nos hallemos ante un delito especial, dado que no existe ninguna referencia expresa ni implícita a las condiciones personales del sujeto de la acción, como sucede en los delitos especiales propios. También a

---

<sup>69</sup> Jakobs, Günther . *Derecho (Parte General)*, p. 994.

favor de la tesis del delito común se pronuncia Serrano González de Murillo, sin embargo difiere en los argumentos señalando en cambio, que el sujeto activo de esta clase de delitos puede ser cualquiera que tácticamente se encuentre en condiciones de intervenir para ocasionar un perjuicio al Erario Público por vía tributaria, agregando , que si la finalidad de la ley reside en proteger los intereses de la hacienda pública, a ello no se opone concebirlo como delito común, sino por el contrario, se consigue de esta forma una superior protección.

La escasa doctrina nacional que se ha pronunciado sobre la naturaleza de los delitos tributarios, se inclina en el mismo sentido. Entre ellos Dumay,<sup>70</sup> para quien no constituye requisito para que se configuren los delitos tributarios que el infractor posea una calidad especial, lo que, según este autor, quedaría demostrado desde que el Código Tributario tipifica estos delitos en forma impersonal, esto es, prescindiendo de nombrar al contribuyente, criterio que aparecería reforzado, por el hecho de que el único delito especial propio que contempla el Código Tributario, es el del artículo 100, en el cual el autor de dicho delito debe poseer la calidad de contador. Otro autor nacional que se inclina por esta tesis, es Vallejos, quien anota que sostener que nos encontramos ante delitos especiales, significaría asumir la doctrina de la incomunicabilidad de tal requisito para las personas que participen en el hecho delictuoso a título de coautor, cómplice o encubridor, debiendo aplicárseles a estos últimos una figura penal residual de estafa al fisco del artículo 473 del Código Penal.

La doctrina extranjera, por el contrario, en forma mayoritaria estima que los delitos fiscales pertenecen a la categoría de delitos especiales propios. En general, el común denominador de los argumentos dados para apoyar esta tesis, radica en que los tipos penales tributarios, se remiten a la normativa tributaria, esto es a la relación tributaria subyacente.

En virtud de la relación jurídica tributaria, un ente público acreedor- sujeto activo- puede exigir el pago de una determinada cantidad en concepto de tributo a un deudor- sujeto pasivo-. En los delitos tributarios, lo que sucedería entonces, es que los sujetos de la relación jurídico-tributaria invertirían sus papeles en la relación jurídico-penal , pues el sujeto activo de aquélla ( El Fisco) pasaría a convertirse en el sujeto pasivo de ésta, y viceversa. Por ello , el sujeto activo del delito tributario, sólo podría ser el sujeto pasivo de una

---

<sup>70</sup> Dumay Peña, Alejandro. *El Delito Tributario*. Concepción: Ediciones Samver, sin año de edición, p.97.

obligación extrapenal tributaria.

Una tercera corriente doctrinaria ha sostenido que el delito fiscal, no sólo es un delito especial, sino que además es un delito de infracción de deber. El deber específico que se infringiría por el autor calificado sería el de contribuir al sometimiento de las cargas públicas. Así, para García Caveró, este deber sería expresión de la especial vinculación entre el ciudadano y el Estado; siendo un delito de infracción de deber; pues no se trataría de un caso de organización de la propia esfera; sino de vinculación de la esfera individual con otra, la del Estado ( organización institucional ).

## 2.8.- El contribuyente y el obligado tributario

Para entender cabalmente la posición mayoritaria, y a finales también la propuesta que planteo, recurriremos a ciertos conceptos de Derecho Tributario General. El primero de ellos es el concepto de relación jurídica tributaria, que es correctamente definida por el artículo 17 de La Ley General Tributaria Española, de la siguiente manera: “Se entiende por relación jurídico-tributaria el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originadas por la aplicación de tributos”. En efecto, tal como lo señala esta definición, de la relación jurídica tributaria nacen, entre otras cosas, un conjunto de obligaciones. El término genérico utilizado para designar dichas obligaciones en el Derecho Tributario General, es el de la obligación tributaria. Dentro de dicho término genérico, encontramos a su vez dos especies de obligaciones: a.- La obligación tributaria principal, cuyo objeto es un dar, y que se traduce en el pago de una suma de dinero por concepto de impuestos, y b.- Las Obligaciones Tributarias accesorias, las cuales no poseen un carácter patrimonial, y cuyo objeto es un hacer<sup>71</sup>, como son las de efectuar las declaraciones de impuestos, llevar contabilidad , efectuar el acto denominado inicio de actividades, etc.

Lo relevante de lo anterior, para la materia en estudio, estriba en el hecho que los delitos tributarios sancionan precisamente el incumplimiento de obligaciones tributarias, sea el incumplimiento de las obligación tributaria principal, como lo hace el artículo 305 del Código Penal Español o el incumplimiento de obligaciones tributarias accesorias, como lo hacen los artículos 97 N° 4 inciso 1° y 97 N° 5 ambos de nuestro Código Tributario<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Massone Parodi, Pedro ob.cit., página 132.

<sup>72</sup> Nuestras figuras tributarias penales centrales, esto es los artículos 97 número 4 inciso 1° y 97 número 5°, sancionan el incumplimiento de la obligación tributaria accesoria de efectuar las declaraciones de impuestos,

Consecuencia de esto, es que el sujeto activo de los delitos tributarios debe ser determinado en función de la obligación tributarias cuyo incumplimiento es sancionado penalmente, -en la descripción típica del injusto-.

Ahora bien, para despejar cualquier duda respecto al sujeto activo de los tipos penales contenidos en los artículos 97 N° 4 inciso 1° y 97 N° 5 del Código Tributario, recurriremos nuevamente a dos conceptos extrapenales. El primero de ellos es el de contribuyente, el que puede ser definido como aquel que realiza el hecho que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria. El contribuyente como generador del hecho gravado, es a su vez, por disposición expresa de la ley tributaria el sujeto pasivo de la obligación tributaria principal, esto es, quien debe satisfacer la prestación material de la obligación, o en términos aún más simples quien debe soportar la carga del impuesto. El segundo de los conceptos es el de obligado tributario accesorio, esto es quien debe cumplir con la obligación tributaria accesoría.

Tal como ocurre habitualmente, la calidad de obligado tributario principal y de obligado tributario accesorio, puede recaer sobre una misma persona, como por ejemplo cuando una persona natural desarrolla actividades gravadas con el impuesto denominado Global Complementario. Ello no sucede, naturalmente en cambio, cuando el sujeto pasivo de la obligación tributaria es por ejemplo una sociedad, ya que en estos casos el obligado tributario accesorio,- obligado a declarar impuestos- es el representante o administrador de ella.

Lo anterior, para efectos de delimitar el ámbito de las responsabilidades penales derivadas del incumplimiento de las obligaciones tributarias accesorias, se encuentra expresamente previsto en el artículo 99 del Código tributario. Esta norma dispone: “ Artículo 99: Las sanciones corporales y los apremios , en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y , tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de estos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento.” Pues bien, la importancia de este precepto radica, en que expresamente cierra el círculo de posibles autores del delito tributario, dejando dentro de él sólo al sujeto pasivo de la obligación tributaria accesoría, siendo aquel el verdadero sujeto activo del delito tributario y no el contribuyente como erróneamente , lo expresa nuestra doctrina.

Cabe señalar , que la limitación del círculo de posibles autores que efectúa el artículo 99 del Código Tributario, no se hace extensiva, sin embargo, a todas

---

cuya fuente es una ley penal en blanco. Ejemplo de dichas normas de carácter imperativas, son aquellas contempladas en el artículo 65 de la Ley de La Renta y el artículo 64 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.



las figuras penales que establece dicho cuerpo legal, ello por cuanto no todas ellas corresponden a lo que entendemos por delitos tributarios. En efecto, como se señala precedentemente, los delitos tributarios, son aquellos tipo penales que sancionan el incumplimiento de una norma extrapenal tributaria, carácter, sin embargo, que no poseen varias normas penales establecidas en el Código Tributario. Así por ejemplo, el tipo penal en el artículo 97 N° 4 inciso 3° del Código Tributario, corresponde a un verdadero fraude de subvenciones, y no a un delito tributario. Lo propio ocurre también, con el recién agregado inciso final del artículo 97 N° 4 del mismo Código, que sanciona la falsificación de ciertos instrumentos privados- facturas, notas de débito, etc.-, su venta o facilitación; norma que tampoco sanciona el incumplimiento de deberes tributarios, sino los medios que sirven para encubrir dichos incumplimientos.

Sentado lo anterior, pareciera entonces, que los delitos tributarios corresponderían a la categoría de delitos especiales propios. Ello por cuanto cumplirían con los dos requisitos necesarios para estar en presencia de éstos, según lo establecido por la doctrina tradicional, esto es: a.- La restricción del círculo de posibles autores, por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo penal y, b).- La falta de correspondencia alguna con un delito común consistente en el mismo hecho cometido por una persona carente de la calidad exigida. A este respecto volveremos más adelante.

## Capítulo III

### 3.- El ilícito tributario y la teoría del delito

#### 3.1.- Concepto contemporáneo de la Teoría del Delito

**La Teoría del Delito puede concebirse como un instrumento conceptual que tiene por finalidad permitir determinar si un específico hecho de la realidad corresponde o no a un delito descrito por el legislador.**

Bacigalupo señala, que la teoría del delito “es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley”<sup>73</sup> y que “tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de la pena”<sup>74</sup>. Cumple pues, una labor de mediación entre el texto legal y el caso concreto. No sólo aplica un método lógico abstracto, sino que también tiende a la aplicación racional de la ley.

El delito es el antecedente del fenómeno criminal, el supuesto esencial e indispensable para la aplicación de una pena y es el objeto de estudio de la teoría del delito.

Desde un punto de vista prejurídico, el delito es una perturbación grave del orden social.

A su vez, desde un punto de vista jurídico; el delito es una acción u omisión típicamente antijurídica y culpable. Esta definición es diferente a la del artículo 1º inciso primero del Código Penal, sin embargo ambas coinciden y la que se adopta aquí - aceptada en lo fundamental por la mayoría de la doctrina nacional y extranjera- tiene la ventaja de explicitar todos los elementos del hecho punible, que en la ley deben obtenerse mediante una interpretación contextual aplicable directamente en materia penal tributaria.

“La teoría del delito del Derecho Común conoció sólo la distinción entre imputación objetiva y subjetiva (*imputatio facti e imputatio iuris*) . La moderna concepción cuatripartita del delito, como acción, típica, antijurídica y culpable, ha surgido, hace sólo uno cien años, de la

---

<sup>73</sup> Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Reimpresión, Editorial Temis, Colombia. 1989, pagina 66 .

<sup>74</sup> Bacigalupo, Enrique, “Lineamientos de la Teoría del Delito”. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.1986, página 1.

contribución , en distintas etapas, de diferentes sistemas dogmáticos”<sup>75</sup>.

Este concepto se ha consolidado a partir de Beling, que en 1906 elabora y desarrolla el concepto de “tipo” y lo introduce en él. Esta teoría a partir de su formulación ha sido objeto de críticas, especialmente por un sector de la doctrina Italiana (Carrara), pero en definitiva se ha ido enraizando en el ámbito del derecho de la tradición continental Europea.

En general, las teorías del delito suelen presentar en conjunto más acuerdos que contrastes, aunque sus antagonismos sean muy acentuados; las discusiones tienden todas a un objetivo común, cual es presentar a los tribunales criterios racionales y sistemáticos, que los habiliten para resolver en forma consistente y tan justa que sea posible los casos sometidos a su decisión.

### **3.2.- El ilícito tributario**

En función de su estructura, el delito tributario es, en primer lugar, una acción u omisión. Este requisito básico se exige expresamente por la definición del artículo 1º inciso primero del Código Penal y son el elemento básico sobre el cual descansa toda la estructura del delito, y no sólo eso , sino también el eje que hace posible una doble consideración del hecho punible: a) axiológica (político-criminal y jurídico-penal) y la natural (criminológica y sociológica).

#### **3.2.1. El tipo penal del delito tributario**

##### **3.2.1.1.- El tipo objetivo**

Las figuras penales de los artículos 97 y 100 del Código Tributario pueden agruparse fenomenológicamente en delitos que consisten en maquinaciones fraudulentas de variada especie, en el quebrantamiento de medidas conservativas y sanciones, en el desarrollo de una actividad económicamente informal y en el abuso de franquicias y beneficios tributarios. Con ocasión del análisis del tipo objetivo se abordaran cuestiones específicas relativas a determinadas figuras, como lo es la determinación de si una figura penal es de mera actividad o de resultado, que es clave para decidir; si es aplicable la categoría de delito frustrado, prevista en el artículo 7º inciso 2º del Código Penal, con los consiguientes efectos en la determinación de la pena (arts. 50 y

---

<sup>75</sup> Jescheck, Hans Heinrich, “Tratado de Derecho Penal”. Parte General. 5ª Edición. Editorial Bosch.2002 cfr. Bullemore y Mackinnon. Ob.cit. página 185.

siguientes del Código Penal); incide también y sobre todo en los presupuestos de admisibilidad del desistimiento, así como en la punibilidad misma del hecho: si se trata de un delito de resultado, el sujeto a quien ni siquiera puede atribuírsele el conocimiento de tal resultado como consecuencia evitable de su actuación no actúa con dolo- ni siquiera con dolo de tentativa., pues en opinión prácticamente unánime de la doctrina el dolo del autor de un delito tentado ha de ser idéntico al del autor de un delito consumado. Esto a su vez conduce a la impunidad, pues el dolo constituye un requisito de la imputación subjetiva en todos los delitos tributarios.

“Si se atiende a los tres aspectos mencionados- posibilidad de frustración , desistimiento, punibilidad, la gran mayoría de los delitos tributarios serían de mera actividad”<sup>76</sup>. En efecto, condición necesaria ( aunque no suficiente) para hallarse ante un delito de resultado es que éste considerado como una cierta afectación del bien jurídico protegido- sea contenido explícito o implícito del tipo penal. Un resultado no es contenido del tipo penal cuando la ley castiga la sola realización de una conducta con independencia de sus consecuencias, como, por ejemplo, cuando anticipa la punibilidad sirviéndose de un elemento de tendencia o intención. Es el caso que, en la mayoría de los delitos del Código Tributario no se hace referencia alguna a un resultado ( omisión de asientos en los libros de contabilidad, uso de documentos ya utilizados, adulteración de balances o inventarios, etc.) se le recorta por la vía de subrayar la imputación subjetiva ( realizar maniobras tendientes a aumentar el monto de los créditos o imputaciones ), o incluso se le excluye expresamente como elemento configurador del tipo ( declaraciones incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda. En estos tipos penales y otros semejantes , para Van Weezel, la producción de un resultado de perjuicio o detrimento del bien jurídico de protección- La Hacienda Pública- no formaría parte de la descripción típica. Sin embargo , hay que considerar que en nuestro sistema la expresión “FRAUDE” está asociada a un engaño y a un perjuicio consecuente, de manera que en Chile , no existe fraude sin perjuicio.

En los delitos de resultado, la no producción del mismo en el caso concreto conduce al tratamiento del hecho como tentativa o delito frustrado, según el grado de ejecución del comportamiento típico. Esta distinción es irrelevante en los delitos de mera actividad. Como el resultado no forma parte del tipo penal, sólo tienen relevancia típica las hipótesis de falta de complemento de la acción por parte del autor, mientras que la ausencia de una afectación del bien jurídico de protección no cumple ninguna función en la determinación del

---

<sup>76</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. página 46

injusto, sino que constituye a lo sumo una circunstancia que disminuye la responsabilidad. Según Van Weezel<sup>77</sup>, esta sería la tesis que adopta el Código Tributario, lo que sustenta en el artículo 111 inciso 1º, del mismo cuerpo de leyes, ya que contempla como atenuante de la responsabilidad penal, la circunstancia de que el hecho punible no haya acarreado perjuicio al interés fiscal, razón por la cual los delitos tributarios se consuman con una mera actividad del sujeto activo. En este mismo contexto, estima que es inexacto referirse a los delitos tributarios que consisten en maniobras tendientes a evadir impuestos como “fraude fiscal”, pues la defraudación requiere de un engaño y un perjuicio consecuente. En el mismo contexto, para Van Weezel, la ley contempla, sin embargo, una figura, que hace excepción a lo anterior. Se trata del inciso 3º del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, que establece el crimen de simular una operación tributaria o realizar una maniobra fraudulenta por la que se obtienen devoluciones de impuesto que no corresponden. La figura establece expresamente que se debe obtener la devolución, con lo que implícitamente exige la producción de un perjuicio, es decir de un resultado, que no es condición objetiva de punibilidad, sino elemento del tipo penal<sup>78</sup>. Las consecuencias son palmarias en este caso; el perjuicio debe ser abarcado por el dolo del autor, viene a cuento la responsabilidad por el delito frustrado y es teóricamente posible el desistimiento por evitación del perjuicio para el Fisco, y no le sería aplicable la disposición del artículo 111 inciso 1º del CT., pues el perjuicio es elemento del tipo del injusto en un delito en particular, razón por la cual una norma legal no podría transformarlo en un delito de mera actividad.

En la misma línea de razonamiento, el Código Tributario contempla, asimismo, otras figuras en donde la norma de sanción correspondiente establece una pena de multa, cuyo monto es determinable según el valor del “tributo eludido”, de “lo defraudado” o “de la operación” ( artículos 97 N° 4 incisos 1º y 2º, 97 N° 8, y 97 N° 10 inciso 3º, en relación con el inciso 1º de la misma norma). En estas normas, así como en la figura del artículo 97 N° 4 inciso 3º del CT., la norma sancionatoria presupone que la Hacienda Pública ha experimentado un perjuicio, que éste es cuantificable y que además de hecho ha sido determinado en su magnitud.

El perjuicio en dichos casos, salvo en la norma del artículo 97 N° 4 inciso 3º del CT., constituye, para cierta parte de la doctrina, **“una condición objetiva de punibilidad”**, la que tiene por objeto supeditar la imposición de una pena a la verificación de un presupuesto externo al hecho punible, generalmente

---

<sup>77</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. página 48

<sup>78</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit, página 50. El proyecto de ley del Ejecutivo de 05.IX.1995 pretendía sancionar la sola maniobra tendiente a obtener la devolución improcedente. Esta redacción no prosperó.

vinculado a consideraciones de carácter político- criminal. Como se trata de hechos o efectos que no dependerían del autor, se les denomina “condiciones objetivas” , las que no necesitan ser abarcadas por el dolo del autor. Es por ello que se distinguen esencialmente de los efectos del comportamiento que integran el tipo penal, exigen un correlato en la faz subjetiva y se conoce con el nombre de “resultado”. De este modo, la producción de un perjuicio para la Hacienda Pública no es un elemento del tipo o requisito de consumación, sino una condición objetiva de punibilidad relativa a la imposición de la pena de multa, en sede penal, respecto de los delitos previstos en los artículos 97 N° 4 incisos 1°, 2° y 3°, 97 N° 8 y 97 N° 10 inciso 3° del Código Tributario.

Desde el punto de vista de teoría de la pena, estos delitos sólo se hallan amenazados copulativamente con penas pecuniarias y privativas de libertad cuando se ha verificado la condición objetiva de punibilidad establecida en la norma de sanción<sup>79</sup>. Ello pone de manifiesto que la condición objetiva de punibilidad sólo tiene eficacia en el ámbito penal, pues de lo contrario la ausencia de perjuicio en estas figuras eliminaría respecto de ellas la facultad discrecional del Director establecida en el artículo 162 inciso 3° del Código Tributario. En el plano contravencional podría adoptarse un criterio análogo, pero implicaría la absolución del infractor en todos los casos de ausencia de perjuicio.

Por el contrario, otra parte de la doctrina, por la cual tomo postura, estima que en los delitos tributarios , el “resultado” es un elemento del tipo penal , razón por la cual no se encontrarían consumados cuando no se haya producido perjuicio Fiscal. Los fundamentos son de texto y político- criminales. Así las cosas , en cuanto a la aplicación de la pena, es menester considerar el monto de perjuicio que se ha causado a la hacienda pública, ya que, la pena implícita en los delitos mencionados del artículo 97 N° 4 incisos 1° y 2°, y N° 10 inciso 3° del Código Tributario, es una sanción compuesta, copulativamente de una multa y de una pena privativa de libertad, lo que se traduce en varios efectos. El primero, es que no se puede aplicar multa si no se ha causado perjuicio al Fisco, pues es una pena copulativa; en segundo término, en cuanto la faz subjetiva, se debe considerar el dolo directo, también, relativo al perjuicio, y que el autor Alfredo Etcheberry, denomina Dolo Específico<sup>80</sup>, por ser este, en definitiva, un elemento del tipo penal; otro argumento, desde el punto de vista de la consumación del delito, es que , sin el giro y la posterior liquidación fiscal, que implican por parte del Servicio de Impuestos Internos, la real y efectiva determinación del menoscabo sufrido por el Fisco, el delito no esta

---

<sup>79</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit., página 52

<sup>80</sup> Cfr. Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. página 14

configurado, ya que no se ha resuelto en definitiva si se ha cumplido con dicho elemento del tipo objetivo del delito tributario; por último, si nos atenemos a que el bien jurídico protegido por los delitos tributarios es el patrimonio del fisco, no hay duda de que desde la perspectiva de su legalidad, en sentido amplio, el tipo penal debe comprender el perjuicio fiscal.

Considero menester hacer mención, que en opinión del Servicio de Impuestos Internos y de una parte de la doctrina el legislador tributario al redactar las figuras penales objeto de estudio ha extendido el ámbito de la punibilidad, sancionando las conductas en un estadio de ejecución que ni siquiera alcanza el comienzo de la tentativa de acuerdo con los criterios tradicionales de carácter político-criminal, ligados a la afectación del bien jurídico. Un caso manifiesto de esta hipótesis es la del inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del CT. que sanciona, por ejemplo, la presentación de declaraciones incompletas o no conformes a la verdad que puedan inducir a la liquidación de un impuesto menor. Se trataría por tanto de una figura de peligro abstracto, el que consistiría en realizar una liquidación que pueda significar un perjuicio para el fisco. Pero este no es el caso más extremo: la norma sanciona también la adulteración de balances o inventarios, aunque ellos no se presenten ante ninguna persona o autoridad, siempre que el contribuyente tenga la obligación de confeccionarlos de acuerdo al artículo 17 del Código Tributario y al artículo 68 de la Ley de Impuesto a La Renta. Esta extensión de la punibilidad en el derecho penal tributario a una simple exteriorización mínima del déficit motivacional, en mi opinión vulnera el principio de la tipicidad y con ello también el de legalidad, garantizado por la el artículo 19 N°3 de La Constitución Política del Estado, pues omite tener en consideración que el derecho penal constituye la última *ratio legis*.

Por último, en relación a la expresiones genéricas y cláusulas analógicas utilizadas por el legislador tributario, la extensión de la punibilidad puede también incrementarse a costa del principio de la tipicidad. Es el caso del “empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto”, que en opinión de Alex Van Weezel, “la norma no presenta problemas de constitucionalidad, pues está definido el fin del precepto y se ha hecho una enumeración de conductas que sirven de parámetro confiable para interpretar la cláusula”<sup>81</sup>. Una opinión contraria tiene el profesor Rodrigo Ugalde, quien, por quien tomo postura, opina que una expresión tan amplia “empleo de otros procedimientos dolosos” vulnera el principio de la tipicidad y con ello la Constitución Política del Estado, “pudiendo darse una alegación de inconstitucionalidad de la

---

<sup>81</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit, página 54

precitada figura genérica”<sup>82</sup>, pues de acuerdo al principio de la legalidad (*lex stricta*), la conducta sancionada debe estar claramente establecida en la norma legal y, una interpretación analógica no es permitida en materia penal, pues aquella, también es de carácter estricto. Sin embargo, prácticamente la unanimidad de la doctrina, salvo, por supuesto la del Servicio de Impuestos Internos, está conteste en que las normas del artículo 97 N° 13 del Código Tributario, que sanciona la realización de “cualquier otra operación destinada a desvirtuar la aposición de sello o cerradura”; y la expresión genérica contenida en el artículo 100 del Código Tributario que sanciona al contador que, al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance, o al actuar como encargado de la contabilidad de un contribuyente, incurra en “actos dolosos” no pueden consistir en falsedades de cualquier tipo, pues tales se encuentran expresa y especialmente sancionadas en el mismo precepto. De modo que se trata simplemente de “otros” actos, cualesquiera que sean, que puedan afectar el interés fiscal., son incompatibles con el principio de la tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la CPR, y por lo tanto inconstitucionales.

Otro aspecto relevante del tipo objetivo de algunos delitos previstos en el Código Tributario es la reiteración.

Para Van Weezel, la ley utiliza el término reiteración en dos sentidos distintos: como elemento de la descripción típica y en el sentido tradicional de concurso real de delitos<sup>83</sup>. Respecto de esta última; artículo 112 del Código Tributario dispone la aplicación del principio de acumulación ideal contenido en el inciso 1° del artículo 351 CPP. La reiteración está concebida, por lo tanto, como un beneficio para el autor de delitos de la misma especie, pues establece una alternativa entre la acumulación material según el artículo 74 del CP y la forma de acumulación ideal que prevé la norma: imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. El juez debe optar en todo caso por el tratamiento que resulte más favorable al condenado.

La norma del Código Tributario contiene dos declaraciones sorprendentes; la primera es que, todos los delitos del Código Tributario se consideran de la misma especie: lo mismo los crímenes que los simples delitos del artículo 97 N° 4.

Luego, da lo mismo obtener ilícitamente una devolución de impuesto que violar una clausura, lo mismo no dar boleta que hacerse pasar por usuario de zona franca. La otra declaración es consecuencia de la anterior y radica en la

---

<sup>82</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob.cit., página 19

<sup>83</sup> Van Weezel, Alex, ob. cit., página 56



definición misma de reiteración, que consiste sólo en la comisión de cualquier delito en más de “un ejercicio comercial”. Ahondaremos en el tema al analizar el concurso real de delitos tributarios.

En un segundo aspecto, **la reiteración es un elemento del tipo penal** en tres de las figuras previstas en el artículo 97 del Código Tributario:

1.- En la reiteración en el no uso o mal uso de ciertos documentos ( artículo 97 N° 10 CT. ) El no otorgamiento de guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas en los casos y en la forma exigidos por la ley; el uso de boletas no autorizadas o de guías de despacho, facturas, notas de débito o notas de crédito sin el timbre correspondiente, y el fraccionamiento del monto de las operaciones para eludir el otorgamiento de boletas, sólo son sancionables penalmente cuando concurre reiteración. La ley abandona aquí la definición de la reiteración concebida para restringir el supuesto beneficio del artículo 112 del Código Tributario en casos de concurso real, y la define *ad hoc*, sólo para efectos de estos tipos penales, como la comisión de dos o más infracciones en un lapso de tres años.

2.- En ciertas formas de abuso reiterado de franquicias tributarias relativas a donaciones artículo 97 N° 24 inciso 1° CT). El contribuyente de la Ley de la Renta que recibe contraprestaciones por donaciones con beneficio tributario, sólo es castigado si lo hace en forma reiterada. La ley define por tercera vez la reiteración, en esta oportunidad exactamente en el sentido inverso de la norma sobre concursos: reiteración significa en este contexto que se realicen dos o más de las conductas sancionadas **en un mismo ejercicio comercial anual** .

3.- En la reiteración de deducciones indebidas ( artículo 97 N° 24 inciso 3° CT ). Diferente es el caso del requisito de reiteración en el inciso final del artículo 97 N° 24 ( pese a lo que sería de esperar, este inciso no fue agregado después), que sanciona al contribuyente de primera categoría que deduce reiteradamente como gasto donaciones que la ley no permite deducir. En una interpretación sistemática habría que atenerse al inciso 1° del mismo número, pocas líneas más arriba, pero la lógica elemental indica que debe aplicarse la norma del artículo 112 del Código tributario, de modo que sólo comete el delito quien realiza deducciones indebidas en más de un ejercicio comercial anual: la “deducción” como tal sólo se realiza una vez al año. Así lo entiende también el Servicio en Circular N° 55 de 16.X.2003, en la que además acota que la primera deducción no puede ser más antigua que cinco años. Ello apunta claramente a los plazos de prescripción, lo que es desacertado, pues lo que prescribe es la acción penal por el delito “cometido” y no el primer acto constitutivo de ejecución. Por medio de esta circular, el Servicio, establece una especie de “prescripción del principio de ejecución” del delito.

### 3.2.1.2.- El tipo subjetivo

A este respecto trataremos dos aspectos de especial relevancia en la construcción de los tipos penales del Código tributario: el dolo y la malicia, por una parte y; los ánimos o tendencias , por otra.

a).- El dolo o malicia : El Código Tributario castiga únicamente hechos dolosos. Esto se desprende, tanto de la profusión con que el legislador utiliza las expresiones “dolo” y “malicia” en las descripciones típicas, sino sobre todo del principio general establecido en los artículos 2º y 10 N° 13 del Código Penal. Así por ejemplo no es punible quien por descuido aplica dineros provenientes de donaciones con beneficio tributario a un fin no estatutario de la entidad donataria. Pero tampoco lo es quien olvida extender boleta, aunque lo haga reiteradamente y la descripción típica del artículo 97 N° 10 del Código Tributario no contenga, como el inciso 2º del artículo 97 N° 24 CT. con referencia expresa al dolo<sup>84</sup>.

El autor Van Weezel señala que, el dolo no se constata , sino que se atribuye. En nuestro medio, el contenido de esta atribución se describe usualmente como conocimiento de los elementos del tipo objetivo acompañado de la voluntad de realizarlos. Esta característica del dolo aparece de manifiesto en el inciso 2º del artículo 100 del CT. la norma se refiere a situaciones en que los registros contables no coinciden con la realidad. En tales casos la ley establece una causal de exclusión de dolo- con independencia de sus conocimientos e intenciones-, si el contribuyente ha declarado y firmado en los libros o al término de cada ejercicio que los asientos corresponden a los datos que él mismo ha entregado como fidedignos. Esta constituye una presunción simplemente legal.

En cuanto a la atribución del dolo, el Código Tributario acoge expresamente la distinción entre desconocimiento y error en el artículo 110 del CT. El principio que sienta la regulación, independientemente de la discusión acerca de la vigencia general del precepto, es claro: el conocimiento imperfecto del alcance de la norma sólo exime de responsabilidad cuando hay motivos razonables ( causa justificada dice el Código tributario) para ello. Fuera de los casos mencionados en la norma citada y otros casos análogos ( art.26 CT.), la alegación de desconocimiento respecto de la existencia y contenido de la obligación no tiene como consecuencia la exclusión del dolo.

La teoría finalista, rechaza la idea de que para actuar dolosamente sea preciso

---

<sup>84</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. , página 60

obrar con conciencia de la antijuridicidad de la conducta. El dolo es neutro, libre de valoración, y la conciencia de la ilicitud es un problema de culpabilidad. Este planteamiento tiene como consecuencia la distinción entre error de tipo y error de prohibición, que se ha tratado precedentemente..

Por otra parte, es menester precisar a que se refiere el legislador penal tributario, cuando en la descripción de ciertas figuras penales, añade las expresiones : “dolosamente” , “a sabiendas”, “maliciosamente”. Según algunos autores, dichas expresiones no pueden constituir sino una referencia a la exigencia general del dolo. Según el profesor Ugalde, quien habla de dolo específico, dichas expresiones hacen referencia a un dolo directo, es decir conocer y querer la realización del injusto.

Para el profesor Van Weezel, dichas expresiones se encuentran, por su parte, en contextos muy determinados, en concreto, en aquellas figuras en que el elemento fraudulento en el sentido de “ engañoso con el fin de perjudicar” parece estar especialmente presente en la representación del legislador. Tal es el caso de las figuras de los números 5, 22, 23 y 24 del artículo 97 del Código Tributario. En todas ellas se trata de maquinaciones o artificios engañosos para perjudicar, y a fin de reforzar su opinión de que los delitos tributarios son delitos de mera actividad, “maliciosamente” o “dolosamente” no significa otra cosa que el reforzamiento semántico del desvalor de acción que implica la idea de engaño con el fin de perjudicar.

En opinión de otros autores, por los cuales tomo postura, a través de dichos adverbios ( maliciosamente, dolosamente), la ley tributaria quiere reforzar en forma especial el carácter fraudulento que debe tener la operación y como sostiene el profesor Politoff, mediante estas expresiones la ley otorga de modo enfático el beneficio de la duda sobre la existencia del dolo. En el mismo sentido, el profesor Etcheberry manifiesta; “ ...De ordinario ocurre esto cuando la ley ha introducido términos como “maliciosamente”, “a sabiendas”, “intencionalmente”, “con conocimiento de causa”, etc. Estas expresiones se emplean por lo general para advertir al intérprete que habitualmente las acciones típicas descritas se realizan sin dolo ( v.gr., el juez que falla contra ley, art. 223), y que en consecuencia, en tales casos, no se aplicará la presunción de dolo, y la concurrencia de éste deberá justificarse...”<sup>85</sup>

b).- Ánimos y tendencias : En concordancia con lo tratado, para Van Weezel, se puede afirmar que las figuras delictivas del Código Tributario no contienen elementos de ánimo o tendencia en sentido estricto como elementos del tipo penal, como lo sería el ánimo apropiatorio o el de lucro en ciertos delitos

---

<sup>85</sup> Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 1998, página 310

contra la propiedad. Por esto, cuando la ley en el artículo 97 CT. se refiere a procedimientos “encaminados a ocultar o desfigurar el monto de las operaciones” (Nº 4), de maniobras “tendientes a aumentar el verdadero monto de los créditos” (Nº 4), de facilitar documentos “ con el objeto de cometer o facilitar la comisión” de ciertos hechos (Nº 4), o bien del uso de ciertos medios “para defraudar” al Fisco (Nº 22 y Nº 25), para dicho autor no se trata de otra cosa que del dolo del delito, reforzado semánticamente en la figura de que se trata para hacerla plausible desde una perspectiva político- criminal. Van Weezel agrega, que el dolo no se refiere al resultado “ perjuicio de la Hacienda Pública”, pues para aquél autor el resultado no forma parte del tipo penal de los delitos tributarios,

### **3.3.- La Teoría del error de prohibición en materia tributaria.**

#### **3.3.1.-Cuestiones preliminares**

Es aquel “*error del sujeto que recae sobre la antijuridicidad o tipicidad de la propia conducta, en términos de creer equivocadamente, en el primer caso, que su conducta se encuentra amparada por una causal de justificación o, en el segundo, de que su conducta no está en general tipificada en la ley*”<sup>86</sup>.

El error recae sobre la tipicidad , es decir que esté o no tipificada la conducta y, no en cuanto a equivocarse sobre elementos del tipo objetivo, que constituye un error de tipo y no de prohibición; o sobre la antijuridicidad , suprimiendo o atenuando la conciencia de la ilicitud.

De acuerdo a la teoría tradicional, solo se distinguía entre error de hecho y error de derecho. Sólo el primero- y en la medida que fuera esencial- podría viciar el consentimiento y, aplicado al ámbito penal, suprimir o afectar la conciencia de la ilicitud. Al error de derecho no se le reconocía relevancia e incluso alegarlo era constitutivo de mala fé. Esta tesis civilista es actualmente insostenible.

La teoría italiana mantuvo la distinción de error anteriormente citada, pero trataba al error de derecho extrapenal como un error de hecho.

La teoría actual distingue entre **el error de tipo y el error de prohibición**. La diferencia esencial es que en el error de tipo el sujeto se equivoca sobre la existencia de un elemento del tipo objetivo, como fue explicitado supra, mientras que en el error de prohibición referido a la tipicidad el sujeto cree derechamente que su conducta no es típica, pero no por ausencia de elementos del tipo objetivo, como en el caso anterior, sino por ausencia misma de tipo

---

<sup>86</sup> Bullemore y Mackinnon, ob.cit., página 93

penal alguno que sancione su conducta: la conducta la considera atípica por ausencia de descripción legal. En los demás errores de prohibición, el sujeto se equivoca sobre la antijuridicidad de la conducta. Por lo demás, el error de tipo afecta el dolo o la culpa (tipo subjetivo).

#### 3.3.1.1.- Clases de error de prohibición

a).- **Error de subsunción** : El sujeto cree que su conducta no está en general tipificada en la ley como delito ; por ejemplo, mujer extranjera cree que el aborto no está penalizado en Chile.

b).- **Error directo**: El sujeto cree que su conducta está amparada por una causal de justificación inexistente en el ordenamiento jurídico.

c).- **Error indirecto** : La causal de justificación que el sujeto cree que ampara su conducta existe realmente en el ordenamiento jurídico, pero en lo que el sujeto se ha equivocado es en las circunstancias fácticas o de hecho que la habrían configurado si se hubiesen realizado realmente. Es un error respecto de los elementos objetivos fácticos de las causales de justificación. Se trata de las llamadas Justificantes Putativas. Por ejemplo, el sujeto que se cree erróneamente agredido- siendo una pitanza de universidad- y configura una legítima defensa.

d).- **Error de interpretación** : El sujeto otorga a una causal de justificación efectos o alcances mayores de los legales; por ejemplo , un sujeto mata a otro creyendo que lo ampara un estado de necesidad justificante, como en el caso del que mata a otro náufrago que se sujeta a la única tabla cercana en el océano.

Otra clasificación interesante es la que distingue entre error de prohibición superable o vencible, por un lado y; error de prohibición inevitable o insuperable , por el otro; lo que depende de la posibilidad del agente de salir de su falsa representación de la realidad.

#### 3.3.1.2.- Efectos del error de prohibición

a).- **Teoría tradicional** : Niega eficacia al error de prohibición, salvo que se trate de un error de hecho esencial. Por ende , solo reconoce eficacia al error de prohibición indirecto (justificante putativa) ,

b).- **Teoría extrema del dolo** : Asociada al causalismo, estima que el error de prohibición inevitable excluye el dolo y la culpa, en tanto el evitable deja subsistente la culpa en los casos que sea procedente la incriminación a ese título.

Lo anterior es lógico , en tanto se considere a la conciencia de la ilicitud como parte del dolo: si aquella se suprime, entonces se suprime éste. Si la conciencia de la ilicitud es potencial (error de prohibición evitable), permitirá castigarla con culpa, pues se asimila a la no superación del error a un descuido y no se le distingue así de la culpa misma.

Como sólo excepcionalmente se sancionaría la culpa, conductas gravísimas quedarán impunes por ausencia de conciencia de ilicitud, no obstante que una diligencia mínima habría bastado para superar el error<sup>87</sup> (Cury, II, pag.65).

c).- **Teoría limitada del dolo** : Mantiene la posición anterior, pero tratándose del error de prohibición evitable, sostiene que cuando esta importe una “especial ceguera jurídica”, esto es, cuando la no superación del error parezca particularmente reprochable, podrá, no obstante, castigarse como si el hecho fuera doloso. Es una solución que rompe toda sistemática y lógica interna<sup>88</sup>, ya que el dolo no admite el conocimiento potencial del injusto, sino sólo el actual<sup>89</sup>.

d).- **Teoría extrema de la culpabilidad** : Enunciada por Alexander Graf zu Dohna, siendo consecuencia de la teoría final de la acción, señala que “**se trata de un error que provoca la falsa convicción** de que se realiza un hecho permitido”<sup>90</sup>. El error de prohibición nunca afecta al dolo o la culpa, que se encuentran en el tipo subjetivo y son totalmente independientes de la conciencia de la ilicitud. Sólo afecta a ésta, en tanto el error de prohibición inevitable suprime la conciencia de la ilicitud; el evitable, la atenúa (atenuando la culpabilidad en general y obligando a atenuar la pena misma).

**Sintetizando, la conciencia de la ilicitud puede encontrarse en tres situaciones: perfecta, actual y real, cuando no hay error de prohibición alguno; potencial, si existe un error de prohibición evitable; y suprimida, si el error de prohibición es inevitable.**

Los profesores Bullemore y Mackinnon, creen que ésta es la tesis reconocida en la ley para los efectos de prohibición, según se desprende del artículo 11 N°1 del Código Penal ( eximente incompleta ), ya que en tal caso frente a un error de prohibición indirecto evitable, se plantea una atenuación de la pena

---

<sup>87</sup> Cury Urzúa, Enrique, “Derecho Penal”. Parte General Tomo II, 2ª ed. Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, página 65

<sup>88</sup> Cfr. Wessels, Johannes, “Derecho Penal”, Parte General (Trad. De Conrado Finzi, Buenos Aires, Ed. Desalma, 1980), páginas 130 y ss.

<sup>89</sup> Cousiño Mac-iver, Luis, “Derecho Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile. 1992, Santiago, Tomo III, Página 201.

<sup>90</sup> Cfr. Cousiño, ob.cit. página 185 y ss. Cfr. Dohna Alexander, “La Estructura de La Teoría del Delito” (Traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Edit. Abeledo- Perrot, 1958).

aplicable a la conducta dolosa, pero no un castigo a título culposo, solución que no va variar respecto de las demás clases de errores de prohibición.

e).- **Teoría limitada de la culpabilidad** : postula tratar el error de prohibición indirecto como un error de tipo, tesis que los finalistas y post finalistas no consideran aceptable, pues, como señala Cury, quien mata a otro creyéndose erróneamente agredido no se equivoca sobre el tipo objetivo, pues lo conoce y quiere realizarlo; se equivoca sobre la antijuridicidad. Según este autor, confundir ambas cosas importa renunciar a la distinción entre error de tipo y de prohibición y reflotar los obsoletos conceptos de error de hecho y de derecho.

No obstante lo críticas mencionadas, la tesis de la teoría limitada de la culpabilidad es la que ha imperado en los proyectos de modificación de nuestro Código Penal, incluso , haciendo posible algunas interpretaciones provenientes de las teorías del dolo.

En este orden de cosas, a lo menos, tres aspectos importantes de la teoría del delito, para una demostración dogmática y práctica de la inviabilidad de estos puntos de vista como soluciones dogmáticas coherentes. Los mayores problemas, es este aspecto, para las teorías limitadas de la culpabilidad y las que arriban a soluciones similares, se presentan, como lo señala, entre otros<sup>91</sup>, con singular acierto Muñoz Conde, en la concurrencia de algunas causales de justificación, en el ámbito de la participación y, en la tentativa.

En resumen<sup>92</sup>, al tratar el error de prohibición sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación como un error de tipo, excluyendo con ello el dolo, en la hipótesis de ocurrir un error invencible sobre el presupuesto de una causal de justificación, no cabría legítima defensa ante éste, por lo que la víctima del error debería soportar el hecho ilícito, sin posibilidad de defensa. Así se llegaría al absurdo de considerar como ilícito el hecho de quien se defiende legítimamente.

En cambio, si un error sobre los llamados presupuestos fácticos de una causal de justificación no afectan al dolo típico, dejando intacto el ilícito o injusto, cabría reaccionar defendiéndose legítimamente de la agresión basada en el error. Esto por que nadie puede ser cargado con la imposibilidad de defenderse cuando su acto cumple con los requisitos de defensa. En este caso se pretenderá señalar que quien se defiende, obrará, a su vez, en error sobre el

---

<sup>91</sup> Cfr. Muñoz Conde ,Francisco, El error en Derecho Penal (Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003), página 132; Cfr. Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal, Parte General , Madrid. 1985, página 414; Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de Derecho Penal, Parte General, Edit. Akal/Iure, Madrid,1998, páginas 295 y siguientes.

<sup>92</sup> Bullemore y Mackinnon, ob.cit. página 94 y ss.

presupuesto fáctico de la causal de justificación, al no haber una agresión ilegítima, siendo atípica su conducta, en vez de justificada. Esta posición, parece no ser la correcta, pues, aún cuando nos encontremos en presencia de una legítima defensa, si el defensor lesiona el bien jurídico del agresor, la lesión a tal bien no puede ser encubierta ni eliminada, existe. A lo más, podrá decirse que es justificada.

En el ámbito de la participación, arribaríamos a problemas similares a los señalados precedentemente, cuando se acepte el tratamiento de los llamados presupuestos fácticos de una causal de justificación como un error de tipo o según las reglas del error de tipo. En efecto, resultaría impune la participación de un tercero que conoce del error del autor del hecho, pero es cómplice o instigador de éste. Toda solución que se ha planteado por la doctrina partidaria de las teorías limitadas de la culpabilidad han revelado al respecto una gran inconsistencia sistemática.

Aún más grave es la situación que se nos plantea en el ámbito de la tentativa, pues de acuerdo a la teoría limitada de la culpabilidad se llega irremediablemente a la conclusión de que la tentativa debiera ser, sistemáticamente impune. Esto porque si el resultado no se consuma, resultaría imposible sancionarla al eliminarse el dolo, no sólo en el caso del error invencible, sino también cuando el error fuera vencible. Esto, teniendo en consideración que : a) no existe tentativa del delito imprudente, y b) la tentativa se rebasa con la consumación (del tipo).

En el caso de rechazar la eliminación del dolo típico por la concurrencia de un error en los llamados presupuestos fácticos de una causal de justificación y aún, en el caso, de no producirse el resultado, es posible apreciar la realización de una tentativa, con la supervivencia del dolo, además de los correspondientes elementos restantes del tipo penal.

#### **3.3.1.4. - El error en el delito tributario**

Las diferentes formas de entender las relaciones entre imputación subjetiva e imputación objetiva en derecho penal se concretan en teorías diversas acerca de la existencia y tratamiento del error. Según la comprensión más extendida del injusto, en todo delito es posible distinguir un lado objetivo y un lado subjetivo. En la presente exposición, supra, hemos explicado en detalle que, el lado objetivo del hecho se corresponde con la descripción contenida en la faz objetiva del tipo penal. El lado subjetivo abarca elementos consistentes en una relación psicológica entre el autor y el hecho objetivo (dolo, imprudencia, tendencias, ánimos) y elementos que implican una valoración del ordenamiento jurídico respecto del hecho concreto y su autor (agrupados por



una parte de la doctrina en sede de culpabilidad).

Según la teoría de la culpabilidad, si el sujeto desconoce alguno de los elementos que configuran la faz objetiva ( error de tipo ), este desconocimiento hace decaer la relación psicológica que liga al hecho. Esta consecuencia es independiente de cualquier valoración posterior del desconocimiento. Si el sujeto, en cambio, desconoce el significado del hecho o de su intervención en él para el ordenamiento jurídico ( error de prohibición ), entonces rige, en principio, de acuerdo a la teoría de la culpabilidad, el antiguo aforismo romano *error iuris nocet* . Por cierto que en ambos casos, para Van Weezel se admiten excepciones<sup>93</sup>. Así el error evitable sobre la faz objetiva deja subsistente la (excepcional y disminuida ) responsabilidad por imprudencia , mientras que el error inevitable sobre la prohibición tiene como consecuencia la impunidad.

Sobre este tema , la doctrina nacional coincide en que ha llegado la hora de actualizar nuestro Código Penal. Si bien se ha avanzado en aspectos básicos en la teoría de la culpabilidad, y ya superada la etapa en que se distinguía entre “error de hecho” y “error de derecho” en materias penales, aparece como inminente una reforma.

Es así como se torna pacífica en la dogmática nacional la necesidad de utilizar los conceptos de “error de tipo” y “error de prohibición”. Hay , sin embargo, aspectos en donde las soluciones difieren ostensiblemente. Los autores se refieren al tratamiento del “error sobre las circunstancias objetivas de una causal de justificación”, o como se ha preferido llamar por la generalidad de los penalistas, “error de prohibición indirecto” . En el mismo orden de cosas, se puede manifestar una nueva diferencia, que se manifiesta desde el “descubrimiento” de los así llamados “elementos normativos del tipo” , es decir, de elementos de tipo que se refieren de un modo muy evidente a hechos de carácter social en la forma de los hechos jurídicos- por lo que ha sido cada vez más difícil la distinción teórica y práctica entre objeto de la valoración y valoración del objeto, que está en la base de la teoría de la culpabilidad. Ello resulta de vital importancia en el Derecho Penal Tributario, caracterizado por el tecnicismo de su regulación . Un típico ejemplo de elemento normativo es la amenidad de la cosa en el hurto : ¿ puede decirse que en este caso la norma simplemente describe una constelación fáctica?. El conocimiento de la amenidad de la cosa implica el conocimiento de que existen normas que regulan las relaciones con los bienes, según las cuales la propiedad consiste en el uso y goce exclusivos de la cosa por parte del dueño. Tal conocimiento importa, por tanto, la conciencia de lo que se hace al privar al dueño de la

---

<sup>93</sup> Cfr. Van Weezel, Alex. Ob. cit. página 37

cosa. Si al autor le falta ese conocimiento, entonces no sabe lo que hace desde el punto de vista del ordenamiento jurídico , y por ello es que parte de la doctrina trata el error sobre esta clase de elementos como un “error de tipo” excluyente del dolo. “Con ello desaparece, sin embargo l, uno de los principales argumentos a favor de la distinción entre error de tipo y error de prohibición; en concreto, que el sujeto primero, tiene que saber “lo que hace” y sólo luego está en condiciones preguntarse como valora el ordenamiento jurídico esa conducta”<sup>94</sup>. En la realidad, ocurre precisamente lo contrario, y al menos en los tipos que contienen elementos con evidente carácter normativo no puede hacerse en forma convincente la distinción entre valoración del objeto y objeto de la valoración. Una última controversia que suscita la teoría de la culpabilidad son los casos en que el desconocimiento se debe a que el sujeto no tiene ningún interés en conocer. La solución en el ámbito del error de prohibición estuvo en, *error iuris nocet* . Esta solución plantea de inmediato, sin embargo, la pregunta acerca de porqué ha de seguirse un criterio distinto cuando se trata de los elementos de la descripción típica. Cuando la indiferencia se refiere además a “elementos normativos”, **lo insatisfactorio del resultado es aún más patente**. El sujeto que arremete en su indignación contra los objetos que se hallan en su habitación, sin detenerse a pensar que algunos de ellos pertenecen a su arrendador, comete en el peor de los casos un atentado imprudente contra la propiedad ( que en nuestro ordenamiento jurídico no es punible ). Lo curioso de la solución no radica en que el sujeto resulte impune, sino en que su tratamiento sea completamente distinto del que se otorga a quien piensa que, en casos de indignación, no delinque quien destruye cosas ( sean ellas propias o ajenas ) de menor valor. En el Derecho Penal Tributario, se presentan con mayor fuerza los problemas anteriores. El carácter técnico y cambiante de la regulación y la necesidad de incorporar abundantes elementos normativos para satisfacer las exigencias del principio de legalidad en las descripciones típicas ( en nuestro ámbito las descripciones aluden a boletas, notas de débito, declaraciones exigidas por las leyes, facturas, zona franca , etc.) han tenido como consecuencia un replanteamiento de la distinción entre error de tipo y error de prohibición desde una perspectiva garantista. Al respecto ,Tiedemann propone lo siguiente: la remisión a normas extrapenales constituye una incorporación de elementos normativos al tipo cuando para la percepción del carácter antijurídico del hecho no basta la lectura del tipo penal, sino que es necesaria la norma extrapenal. Formulado positivamente: el conocimiento del estado socialmente deseable y protegido

---

<sup>94</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. página 36

penalmente define la conducta. Ello ocurriría especialmente en los casos en que la remisión se refiere a una norma reglamentaria o a un acto individual de la Administración. Esta solución se opone a la tesis de Roxin, que aboga por el tratamiento del error sobre tales elementos según la teoría de la culpabilidad<sup>95</sup>, pero de un modo blando, es decir, considerando que el derecho penal secundario es en principio más frecuente la admisión de un error de prohibición, incluso invencible.

Las posibilidades, son, en consecuencia, las siguientes:

a).- Enriquecer el dolo con el conocimiento de las normas o actos que exigen los elementos normativos del tipo. Esto equivale prácticamente a la afirmación de que el dolo incluye la conciencia de la antijuridicidad, con las consecuencias que ello tiene desde la perspectiva del error. Ésta es, en definitiva, la solución de Tiedemann, y tiene la ventaja de que considera al injusto como una unidad, sin contentarse con “fragmentos” de conocimiento por parte del autor. El problema es que no soluciona los casos de “ceguera ante los hechos”.

b).-Roxin sostiene restringir el dolo al conocimiento de la materialidad de la descripción típica, morigerando los efectos por medio de una teoría “blanda” de la culpabilidad en los supuestos de error. Con esta tesis, sin embargo, el dolo se reduce a algo casi casual , pero, por otra parte, en estos casos se castiga en forma severa la ceguera ante los hechos (dolo), pero ¿ es razonable hacerlo justo en este ámbito del derecho penal mientras que en el ámbito nuclear ( por ejemplo, respecto del homicidio ) rige en general el criterio de que tal ceguera impide la imputación del dolo?.

El profesor Alex Van Weezel, considera que existen buenas razones para preferir la solución de Tiedemann, y todavía mejores razones para abogar por una eliminación de la distinción entre error de tipo y error de prohibición.<sup>96</sup> Justifica esta posición diciendo que, la distinción no da cuenta de que el delito no consiste en la causación de un menoscabo a un bien jurídico, sino en la infracción de un deber. Los presupuestos de dicha infracción y de su imputabilidad a una o más personas son la materia de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, la conducta delictiva aparece como una declaración del autor ( y de los intervinientes ) en el sentido de que el ordenamiento jurídico no rige en una situación determinada. Tal declaración sólo es comunicativamente posible en la medida de que quien la realiza cuenta con los

---

<sup>95</sup> Cfr. Roxin. AT , Tomo I, páginas 21 y ss.

<sup>96</sup> Van Weezel, Alex, ob. cit. , página 39

elementos para poner en tela de juicio la vigencia del ordenamiento jurídico. Ya que las conductas relevantes en este sentido se hallan definidas normativamente, el conocimiento de la estructura normativa de la sociedad, al menos en lo que respecta a la conducta típica, es elemento imprescindible de la actuación delictiva. Por eso, aquel a quien no puede atribuírsele el conocimiento de que cualquier forma de abastecimiento de gas ( natural comprimido a gas licuado de petróleo ) a vehículos motorizados requiere del registro previo ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles conforme al artículo 2° de la Ley N° 18.502, no puede realizar el tipo del artículo 97 N° 26 del Código Tributario; lo mismo puede afirmarse respecto de quien supone que la reapertura del local clausurado una vez pagada la multa constituye sólo un procedimiento burocrático, al menos respecto de la figura prevista en el artículo 87 N° 13 del Código Tributario. Por lo anterior, Van Weezel estima que no es correcto atribuir a un tipo penal el carácter de ley en blanco por la sola presencia de elementos normativos<sup>97</sup>, por lo que los delitos tributarios no lo serían, sino se les quiere convertir en delitos de mera desobediencia. Entonces, en el ámbito tributario y respecto de las figuras más relevantes, la cuestión se reduce por lo tanto a determinar si el sujeto, para actuar dolosamente, debe conocer la verificación de los presupuestos de la existencia de la obligación tributaria, o si además debe conocer que dichos presupuestos han dado origen a una deuda frente al Fisco, a la cual él se sustrae mediante su comportamiento. Como los delitos tributarios, no son delitos de mera desobediencia, sería improcedente aplicar respecto de ellos la teoría de la culpabilidad, en el sentido de que el desconocimiento evitable dejaría en todo caso subsistente el dolo. Por el contrario, los elementos contenidos en la remisión deben ser abarcados por el dolo del autor; es decir, al sujeto debe poder atribuírsele el conocimiento de que con su comportamiento se sustrae a una deuda frente al Fisco. Si tal atribución no fuera posible, entonces es preciso atender al motivo del desconocimiento. Cuando el motivo es razonable según la valoración social, la conducta es socialmente adecuada, es decir, atípica o no culpable. Cuando el motivo no es razonable, el juez podrá por regla general, reducir en algo la pena, según el peso del motivo, hasta llegar incluso a imponer una pena semejante a la que correspondería- de existir- un ilícito imprudente. Tratándose del problema del desconocimiento por indiferencia, sólo es abordable mediante la institución del *dolus indirectus*. Pero precisamente en el ámbito tributario hay buenas razones para pensar que tal institución no es aplicable sin una reformulación previa e integral de la problemática.

---

<sup>97</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. , página 40

Con todo, queda claro el aporte de la ciencia penal moderna a la discusión: en la medida en que se concibe la teoría de la imputación objetiva- al menos en parte importante- como una teoría del significado socialmente vinculante del comportamiento, todo elemento del tipo es en realidad un elemento normativo. Es por ello que todo dolo es un “dolo malo” : si no existe la posibilidad de atribuir al sujeto un conocimiento suficiente del significado de su conducta, no puede atribuírsele dolo alguno.

### **3.3.1.5.- El tratamiento del error en el Código Tributario**

El Código Tributario contiene una regulación original de la problemática del error, sobre la que vale la pena realizar algunas consideraciones. El análisis mostrará que no es posible prescindir de una normativización de las categorías del error y la exigibilidad.

a).- La regla del artículo 110 del Código Tributario : Ésta norma regula expresamente el error en materia penal tributaria. Según esta norma, el “conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas” puede constituir bajo ciertos presupuestos la circunstancia eximente del artículo 10 N° 12 del Código Penal o, en su defecto, la atenuante del artículo 11 N° 1 del mismo cuerpo de leyes.

Como hemos visto, el “conocimiento del alcance de las normas infringidas” se refiere al conocimiento necesario para que se configure el dolo del delito en cuestión. En este sentido llama la atención el hecho de que según el artículo 110 del Código Tributario el error sobre el alcance de las normas pueda fundamentar tanto la exención de responsabilidad como su atenuación. Por otra parte, la ley no precisa en que casos se configura la eximente y en qué otros tiene aplicación sólo la atenuante, sino que se limita a encomendar al tribunal la apreciación en conciencia de los hechos constitutivos de la circunstancia respectiva. Se trata de una solución plausible, que combina las ventajas de la teoría del dolo con las de la culpabilidad: el Código Tributario no contempla delitos imprudentes, pero la falta de conocimiento adecuados a la actividad económica que el sujeto realiza constituye una especie de “culpa de derecho”. Éstas hipótesis se castigan sólo cuando el juez los estime pertinente, pero con una pena atenuada como si se tratara de un hecho imprudente.

Las consideraciones anteriores permiten explicar la confusa remisión del artículo 110 del Código tributario al artículo 10 N° 12 del Código Penal. Ésta última norma contiene dos eximentes de diversa índole, una justificante amplia (semejante a la del artículo 10 N° 10 del Código Penal) y una

exculpante por “insuperabilidad” de la causa. Todo ello, además, referido al “que incurre en una omisión”. Como se ha visto, la norma del Código Tributario regula el error sobre el alcance de la obligación tributaria y, como consecuencia de ello, los presupuestos cognitivos del dolo, entonces la remisión del art. 110 del CT no puede entenderse referida a la causa de justificación del art. 10 N ° 12 , 1ª alt. Del Código Penal, sino exclusivamente a los casos de insuperabilidad de la causa de la omisión. Según Van Weezel<sup>98</sup> , el error sobre el alcance de la infracción hace desaparecer el dolo del hecho para dejar subsistente una especie de culpa de derecho, la que a su vez remite de un modo especialmente intenso a “ un momento de omisión”, la omisión de procurarse los conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad económica de que se trata. Es precisamente esta “omisión” la que el legislador no quiere castigar siempre, por lo que ha establecido que “en los procesos criminales generados por infracción de las disposiciones tributarias” ( con independencia de si la infracción se produce como consecuencia de un despliegue de energía física o no ), “podrá” considerarse excusable el conocimiento imperfecto de las obligaciones pertinentes.

Parece evidente que el legislador tributario al redactar la norma en comento, ha tenido en mente únicamente al contribuyente de recursos escasos e instrucción insuficiente, que no está en situación de acceder a una señoría tributaria profesional. A todo ciudadano del que no pueda predicarse esta cualidad sería aplicable, en consecuencia, un régimen más estricto, que no podría ser otro que el de la teoría estricta de la culpabilidad, no existiendo la posibilidad de atenuar la pena por conocimiento imperfecto de la norma. Pareciera entonces, que la opción del Código Tributario sería entonces, *a contrario sensu* , el régimen del todo o nada de la teoría de la culpabilidad que sólo admitiría correcciones por la vía de una apreciación flexible de los supuestos de la invencibilidad del error.

Creemos, por el contrario que lo anterior pone en entredicho el principio de la igualdad en la repartición de las cargas, discriminando entre el contribuyente de escasos recursos y el contribuyente medio, por lo que consideramos posible abogar por una aplicación analógica de la regulación del art. 110 del Código Tributario. A esto se suma la voz prácticamente unánime de la doctrina en el sentido de conceder una eficacia mayor a los supuestos del error en el ámbito del derecho penal secundario, como lo es el Derecho Penal Tributario. Tal aspiración es la que

---

<sup>98</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit, página 43.

ha llevado a proponer la incorporación de las normas de remisión como elementos normativos del tipo. Incluso, quienes se inclinan por la aplicación de la teoría de la culpabilidad añaden el importante complemento de que es necesario dejar suficiente espacio para la apreciación del error de prohibición, incluso invencible. Pues bien, precisamente a este resultado conduce la regulación del art.110 del Código Tributario: el desconocimiento del alcance de la norma excusa o al menos atenúa la responsabilidad, si existen motivos razonables para ello. Desde el punto de vista material, la norma poseería, en consecuencia, un contenido de aplicación general, aunque la ley se refiera expresamente sólo al contribuyente de escasos recursos pecuniarios.

b).- Normativización del error y su vencibilidad<sup>99</sup>: El artículo 110 del Código Tributario introduce dos elementos importantes en el sistema penal tributario. Por un lado, la norma admite el error sólo cuando una “causa justificada”<sup>100</sup> - la ley da un ejemplo: insuficiente ilustración del infractor de escasos recursos- permita “presumir” un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas. Es decir, fuera de las situaciones circunscritas por estos presupuestos no puede hablarse de error en el sentido de una descarga de responsabilidad, aunque de hecho exista ignorancia del infractor. Y viceversa, hay error siempre que causas justificadas hagan presumir el conocimiento imperfecto de las normas; cuál haya sido de hecho el nivel de conocimientos del infractor es irrelevante para la valoración de la situación de acuerdo al artículo 110 del CT.

En segundo término, la referencia del artículo 110 CT al art. 10 N° 12 del Código Penal pone en relación dos instituciones centrales de la parte general: la teoría del error y el elemento de la culpabilidad generalmente conocido como exigibilidad de otra conducta o normalidad de la motivación (insuperabilidad de la causa). La relación entre una y otra de aquellas instituciones en relación con las normas tributarias, pone de manifiesto que el problema de vencibilidad o invencibilidad del error es en definitiva un problema de exigibilidad, y que por lo mismo no es adecuado dividir sistemáticamente el lado subjetivo del hecho entre faz subjetiva del tipo y la culpabilidad. Los límites de la invencibilidad del error, por una parte, y de su eficacia respecto de la punibilidad, por otra, son en cambio variables y dependientes de cada ámbito de regulación. En este sentido<sup>101</sup> la norma del

---

<sup>99</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. páginas 45 .

<sup>100</sup> En el sentido de una causa “razonablemente suficiente”, la ley según Van Weezel, Alex, ob.cit, pág.45, utiliza aquí un lenguaje totalmente coloquial.

<sup>101</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. páginas 45.

art.110. del CT. Contiene una opción precisa, en el ámbito penal tributario, cual es que, si existen motivos razonables que haga presumir un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas, el tribunal puede eximir de responsabilidad o reconocer una atenuante.

### 3.4.- La antijuridicidad en el delito tributario

Las causas de justificación más emblemáticas del Derecho Penal común; en las que consiste el estudio de la antijuridicidad; no pueden tener aplicación respecto de la mayor parte de los delitos tributarios<sup>102</sup>: El Fisco no es- al menos en principio- agresor injusto; las leyes tributarias suelen prever mínimos exentos, de modo que situaciones de necesidad justificante son difíciles de imaginar y, por otra parte, las reglas del estado de necesidad ( artículo 10 N ° 7 CP ) sólo permiten afectar la propiedad ajena. Algo análogo puede decirse del consentimiento, pues ya que la iniciativa en el proceso penal corresponde exclusivamente al Servicio, los casos de consentimiento carecerán por definición de relevancia penal; más aun : en virtud del artículo 162 inciso 3° CT el consentimiento funciona en realidad como una causa de atipicidad que necesariamente opera sin necesidad de declaración judicial.

En el ámbito penal tributario entran en consideración, por lo tanto, sólo causas genéricas del artículo 10 n° 10 y 12, primera parte del Código Penal. El artículo 110 del Código Tributario se refiere, según se ha visto, especialmente al artículo 10 N° 12 del Código Penal, estableciendo expresamente un supuesto denominado por la doctrina “conocimiento imperfecto del alcance de la norma”. Sistemáticamente hablando, la norma del Código Tributario contiene una aplicación del principio de imputación según el cual el deber presupone el poder y por lo tanto no corresponde al tratado de la antijuridicidad, sino al de la culpabilidad. De este modo queda de manifiesto, no obstante, la estrecha relación que existe entre dos instituciones que la doctrina suele tratar en forma aislada, la inexigibilidad de otra conducta y el así llamado error (invencible) de prohibición.<sup>103</sup>

Un problema de relevancia en éste tema son las acciones neutrales e intervención delictiva, que en el ámbito tributario , abarca desde el aporte de la secretaria que escribe y despacha una factura o declaración de impuestos, pese a que por casualidad le consta su falsedad o falta de integridad; hasta la colaboración de empleados bancarios en maniobras de ocultamiento de ganancias de capital. La preguntas al respecto, son si , en que caso, bajo qué

---

<sup>102</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit, página 77.

<sup>103</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. , páginas 77 y 78



presupuestos y hasta qué punto una persona puede tener en cuenta los proyectos delictivos de otra al realizar una prestación determinada en el contexto de su trabajo profesional.

En general, la dogmática, en relación con los actos neutrales y la intervención delictiva estima que lo verdaderamente relevante es, que la imputación no puede fundarse en la mera causación dolosa. Antes que el dolo y la culpa es preciso comprobar la relevancia o valoración de una conducta para el ordenamiento jurídico. Puede llamar la atención que Van Weezel haya tratado este tema en el marco de la teoría de la antijuridicidad, a pesar de que se trata de una cuestión general de interpretación de los tipos penales. Dicho autor opina que la razón es muy simple: el Código Penal ofrece en las causas genéricas de justificación en comentario ( art.10 N° 10 y 12 , 1ª Parte CP : Obrar u omitir en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo d un derecho, autoridad , oficio o cargo) una prometedora posibilidad para la recepción de la evolución descrita en el ámbito de la complicidad<sup>104</sup>.

### **3.5.- La culpabilidad en el delito tributario**

Por los alcances del presente trabajo y según la estructura tradicional del delito, en el ámbito de la culpabilidad trataremos las cuestiones relativas a la imputabilidad y a la normalidad de la motivación o exigibilidad.

Uno de los aspectos más debatidos en el derecho penal económico es la posibilidad de sancionar económicamente a las personas jurídicas.

El régimen sancionatorio de las personas jurídicas en el Código Tributario se haya en estrecha relación con el sistema que utiliza la ley para distinguir entre

delitos e infracciones. Tal distinción depende de la cuestión formal de la competencia para la imposición de sanciones corporales (art.105 inciso 3° CT) y de la discrecionalidad del Director en orden a perseguir el hecho amenazado con multa y sanción corporal por la vía criminal o administrativa (art.162 inciso 3° CT.)<sup>105</sup>. En general de acuerdo al juego de los artículos mencionados y de los arts. 98 y 99 del Código Tributario Los tribunales de Justicia sólo podrían imponer una sanción de multa a una persona jurídica cuando el proceso correspondiente se inicia por la vía de una acción que tiene su causa en una resolución administrativa previa del Director Regional. No obstante, en tal caso ya se encuentra adoptada la opción por la vía administrativa y , por consiguiente, por la exclusión de la sanción penal, de modo que la

---

<sup>104</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. , página 85.

<sup>105</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. , página 88.

jurisdicción- actuando como tribunal administrativo- en rigor nunca podrá imponer una pena de multa a una persona jurídica, sino sólo una sanción administrativa de carácter pecuniario. A esta situación se refiere el art. 98 del CT. que, en relación con el artículo 8º inciso 1º N°5 del Código Tributario establece la responsabilidad contravencional tributaria de las personas jurídicas.

Las personas jurídicas no son susceptibles de apremios.

Especialmente interesante es la cuestión de la normalidad de la motivación o exigibilidad de otra conducta, pues el Código Tributario en su artículo 110 se refiere expresamente a la norma del artículo 10 N° 12 del Código Penal. La remisión, en el contexto de las dificultades generales de interpretación de la norma del Código Penal y de la comprensión tradicional de la problemática, para el profesor Van Weezel, puede tener dos sentidos diversos;

1.- Según el primero de ellos, nuestra ley partiría- en todo el sistema, pero especialmente en el artículo 10 del Código Penal- de la base de que las omisiones son menos graves que las acciones y por eso habría establecido, sólo aplicable a las figuras omisivas : la omisión “por causa insuperable” no es punible. Con ello se establecería en el ámbito de la acción, una causa genérica de exculpación, que permitiría atribuir a situaciones anormales de motivación un efecto eximente de la responsabilidad, siempre que concurra el requisito de “la insuperabilidad”. En la situación en comento la “causa insuperable” aludida es , por ende, una que convierte en invencible el error del autor.

2.- Una segunda posibilidad de interpretación consiste en considerar que el artículo 10 N° 12 , 2ª alt. CP. Sólo se refiere a los casos de “ausencia de omisión” por falta de una posibilidad real de evitar el resultado.

La falta de ilustración del artículo 110 del Código Tributario constituiría en este sentido una concreción de las causas posibles de falta de voluntariedad por causa insuperable.

Sin embargo, ninguna de las dos opciones reseñadas resulta, para Van Weezel, totalmente convincente y para alcanzar , a su juicio, una solución correcta es preciso prescindir de la distinción entre acciones y omisiones en el plano de la imputación. La norma del artículo 110 del CT. no guarda relación con esta distinción, sino con comportamientos en los que no se ha tenido en cuenta las normas y obligaciones tributarias pertinentes. En este sentido puede hablarse si se quiere, de “un momento de omisión”. En cualquier caso , no se trata de una causa genérica de exculpación sólo aplicable a las omisiones ni de casos de ausencia de omisión. La culpabilidad del delito tributario decae por anormalidad de la motivación en las hipótesis tradicionales de fuerza

irresistible y miedo insuperable.

Como la inexigibilidad de otra conducta es una causa de exculpación o de atenuación basada en un déficit motivacional excusable, el requisito de que exista una “causa justificada” del conocimiento insuficiente debe ser llenado de contenido en cada caso concreto. A juicio de Van Weezel, para dar por establecida la eximente y, *mutatis mutandis*, la atenuante del art.110 del CT<sup>106</sup>., hay que tener en cuenta que el juicio ha de realizarse teniendo en cuenta la finalidad de la pena, reafirmar normativa y cognitivamente la vigencia de la norma, como asimismo, la motivación de autor ha de poder considerarse como reacción adecuada a la situación en que se encuentra, lo que especialmente ocurre cuando el autor no es el mismo responsable de dicha situación, lo que significa que el conflicto puede explicarse como casualidad o como competencia de otro ( dado el caso, puede se el mismo Fisco; el artículo 26 del Código Tributario menciona un caso , referido a la interpretación de las normas emanada del propio Servicio ).-

---

<sup>106</sup> Van Weezel, Alex, ob.cit. , página 93

## Capítulo IV

### 4.- ADECUACION TIPICA DE LOS DELITOS TRIBUTARIOS

#### 4.1.- Cuestiones generales sobre la adecuación Típica

A fin de tener una claridad expositiva sobre el tema de la tipicidad y; sin dejar de considerar que el TIPO PENAL es uno sólo, “que en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma”<sup>107</sup>, hemos considerado menester efectuar un trabajo sistemático de adecuación o adecuancia típica, en el sentido de subsumir la conducta en la descripción abstracta trazada por el legislador. Para estos efectos se efectúa una distinción clásica entre; Tipo Objetivo, por un lado y; Tipo subjetivo, por el otro.

.-**El tipo objetivo** : Dentro de éste encontramos los siguientes elementos descriptivos o normativos, a saber:

a).- **La acción típica** : La acción entendida como una conducta humana exterior evitable, está definida en lo esencial, por el **VERBO RECTOR** con el que se trata de determinar si la acción llevada a cabo por el sujeto activo es o no la misma que el legislador prohíbe.

Además del verbo rector, se considera parte de la acción, en un sentido más amplio de la misma, las llamadas **MODALIDADES** de la acción, las que están referidas a los siguientes aspectos;

- **Los sujetos de la acción**, siendo el sujeto activo de la acción el que incurre en el delito. Si cualquier persona puede incurrir en un determinado delito, se trata de un sujeto activo común; si sólo algunas personas que poseen una especial calidad jurídica pueden incurrir en el delito, se trata de un sujeto activo calificado. Cuando la calidad del sujeto activo es el fundamento mismo de la existencia del delito y de la responsabilidad penal, se trata de un delito especial propio (esto es, de sujeto activo calificado); si esa calidad sólo fundamenta una modificación de la responsabilidad legal, se trata de un delito especial impropio. En cuanto al sujeto pasivo, se sostiene que no tiene importancia para la adecuación típica. Sin embargo en algunos delitos si tiene importancia, especialmente en los delitos tributarios, según trataremos in extenso.

---

<sup>107</sup> Bacigalupo, Enrique, ob.cit., página 80.

- **El objeto material de la acción**, se refiere a aquella persona o cosa sobre la que recae la acción. No debe confundirse con el objeto material del resultado, que es aquella cosa o persona sobre la que recae el efecto de la acción, ni tampoco con el objeto jurídico del delito, que se refiere al bien jurídico protegido por el delito y que resulta, en definitiva, lesionado.
- **El lugar de la acción**
- **Las formas de comisión**, que pueden tener importancia para describir con mayor precisión la conducta típica ( por ejemplo, “usando violencia o intimidación o fuerza en las cosas”).

b).- **El resultado**: se trata de las consecuencias visibles ocasionadas en un objeto material del delito o de las consecuencias de la acción verificables a través de un procedimiento intelectual. Para que este exista no es necesario la existencia de un objeto material de él, , aunque si es factible, como en el delito tributario, verificar la existencia contable del resultado, éste es para algunos el perjuicio fiscal.

c).- **El nexo causal o la relación de causalidad**. Este tema de gran complejidad que ha tenido una evolución constante en materia jurídico-penal, intenta responder la siguiente interrogante. **¿ Cuando una acción determinada es la causa de un resultado específico, o bien, cuando éste es consecuencia de aquél?.**

Se han elaborado varias teorías que pretenden explicar el nexo causal y responder la interrogante señalada precedentemente siendo de relevancia para los delitos tributarios las siguientes ;

- La teoría de la adecuación típica o de la relevancia típica: Postulada por Beling en el año 1931, y en la cual se considera a Mezger <sup>108</sup> como su máximo exponente, consiste en el primer esfuerzo de convertir la causalidad en un concepto jurídico-normativo, en oposición a las anteriores escuelas, que la explicaban desde una perspectiva naturalística. Según esta teoría el nexo causal vincula una acción típica con un resultado típico, ambos prohibidos por la ley. Es decir una vez que se verifica la causalidad natural se debe verificar *la* causalidad jurídicamente relevante , **“y se resuelve el problema de la responsabilidad exclusivamente con arreglo a criterios jurídico-**

---

<sup>108</sup> Mezger, Edmund, ob.cit. página 113.

**penales”<sup>109</sup>**. Según señala Cerezo Mir, Beling consideraba que, sólo es causa aquella acción que pueda considerarse comprendida en el verbo que constituye el núcleo del tipo interpretado con arreglo al sentido que tiene en el lenguaje de la vida corriente. Para Mezger es “una teoría sobre la relevancia jurídica”. Así, al causar la muerte de otro, como en el caso de quien respetando las leyes del tránsito atropella a un peatón que en estado de ebriedad cruza imprudentemente la calle y le causa la muerte no existe una causalidad jurídicamente relevante, pues, la relación de causalidad entre la acción (manejo cuidadoso) y el resultado (muerte del peatón por atropello a causa de su propia imprudencia) no es lo mismo que matar a otro.

- La teoría de la imputación objetiva : Es una evolución de la teoría anterior, en la que Larenz, reintroduce el concepto de imputación en una época en que éste solo tenía relación con la culpabilidad. Al separar el hecho propio del accidente denominó imputación objetiva al “juicio sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio” El concepto ontológico de Larenz no es aceptado por la doctrina que adopta la imputación objetiva, basándola en consideraciones teleológico-normativas derivadas del fin que se atribuye al derecho penal y a las normas penales, tal como lo expusiera Roxin. Se distinguen dos corrientes, una restrictiva, encabezada por Roxin, Jeschek, Wölter, Schünemann, que define aquella, como el conjunto de reglas existentes según las cuales se puede considerar que un resultado es objetivamente imputable a una acción. Un segundo punto de vista, representado por Günther Jakobs, sostiene una concepción amplísima de imputación, que la enmarca en el punto de vista funcionalista del derecho Penal, trascendiendo el ámbito del tipo objetivo.

#### **d).- Elementos descriptivos y normativos del tipo**

Los primeros son aquellos aprehensibles mediante una simple operación cognoscitiva, sin necesidad de recurrir a criterios de interpretación o valoración. En cambio, los elementos normativos del tipo, especialmente relevantes en los delitos tributarios; son aquellos que requieren de una valoración para ser adecuadamente aprehendidos. Si dicha valoración es jurídica, hablaremos de elementos normativo

---

<sup>109</sup> Mezger Edmund, ob.cit. página 113.

jurídicos (facturas, liquidación, giro, boletas , notas de débito , notas de crédito, etc.), si ella se refiere a una valoración de carácter cultural, se tratará de elementos normativos culturales (honestidad, buena fama, buenas costumbres).

### - El tipo subjetivo

a).- **El dolo**; en primer lugar la acción puede ser ejecutada con dolo o con culpa, siendo ambas incompatibles, salvo la situación especial de los delitos preterintencionales. El dolo penal es distinto del dolo civil. En efecto, aquél es un concepto neutro , avalorado, sinónimo, simplemente de la finalidad de la acción típica, la que es juzgada posteriormente en relación con las causales de justificación o de reprochabilidad, respectivamente. En cambio, el dolo civil conlleva una intención maliciosa de causa daño o injuria a otro. El dolo penal, puede ser directo o eventual, clasificación inexistente en materia civil. Por último el dolo penal puede estar orientado a la comisión de variados actos típicos en contra de diferentes bienes jurídicos, en circunstancias que el dolo civil está orientado a dañar el patrimonio o injuriar el honor de las personas.

El dolo puede definirse desde el punto de vista penal como “el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de realización del mismo” .

A partir de la definición anterior se distingue un “**elemento cognitivo**” y un “**elemento volitivo**” del dolo<sup>110</sup>.

En definitiva, entonces el dolo es la voluntad final tipificada. Si esa finalidad es buena o mala, tolerable o no se juzgará con posterioridad, en dos momentos sucesivos: en **la antijuridicidad**, en relación con el ordenamiento jurídico, verificando la existencia o inexistencia de causales de justificación que autoricen la realización de la acción típica; y en **la culpabilidad** donde se juzgará la conducta del sujeto, verificando la posibilidad de reprocharle o no su conducta ilícita.

---

<sup>110</sup> Bullemore y Mackinnon, ob.cit. página 31, cfr. Bacigalupo, Enrique, ob.cit. , página 103 ; Cerezo Mir, José Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Teoría Jurídica del Delito, Tomo II. 6ª ed. Editorial Teknos . Madrid 1999 , página 411.

## **b).- Los especiales elementos subjetivos del tipo**

Son elementos subjetivos exigidos en ciertos tipos penales y que no coinciden con el dolo. Tales son los casos, por ejemplo, del ánimo del lucro y del ánimo de señor y dueño en el hurto. Sin mayor importancia para los delitos tributarios<sup>111</sup>, pues cuando en el artículo 97 se refiere a procedimientos “encaminados a ocultar a desfigurar el monto de las operaciones” (Nº 4), “de maniobras tendientes a aumentar el verdadero monto de los créditos” (Nº 4), de facilitar documentos “con el objeto de cometer o facilitar la comisión de ciertos hechos (Nº 4), o bien el uso de ciertos medios “para defraudar” al Fisco (Nº 22 y Nº 25) ,el Código tributario se refiere al dolo de dichos delitos, reforzado semánticamente en la figura de que se trata para hacerla plausible desde una perspectiva político criminal<sup>112</sup>, Bacigalupo<sup>113</sup> prefiere llamarlos “elementos especiales subjetivos de la autoría”, pues, en su opinión, su concurrencia determina que un sujeto pueda ser considerado “autor” de un delito determinado. Así expresa que “... el que se apodera de una cosa mueble ajena para otro, que tiene además ánimo de lucro, realiza la acción de hurto dolosamente, pero no es autor porque carece de ánimo de lucro. El otro, que tiene ánimo de lucro, es autor (mediato) del hurto”<sup>114</sup>.

### **4.2.- Adecuación Típica de los delitos contenidos en el artículo 97 del Código Tributario**

#### **4.2.1.- Primer Delito contenido en el Inciso 1º del Nº4 del artículo 97 del Código Tributario<sup>115</sup>**

Las DECLARACIONES MALICIOSAMENTE INCOMPLETAS O FALSAS QUE PUEDAN INDUCIR A LA LIQUIDACIÓN DE UN IMPUESTO INFERIOR AL QUE CORRESPONDA.

Los requisitos copulativos del delito son:

---

<sup>111</sup> Van Weezel, ob.cit. página 68.

<sup>112</sup> Esto es correcto también si se piensa que el artículo 97 Nº4 inciso 5º CT es un delito autónomo y no un acto preparatorio penado expresamente: se trataría simplemente del dolo. Cfr. Van Weezel, ob.cit. pág.68.

<sup>113</sup> Bacigalupo, Enrique, ob.cit. página 115

<sup>114</sup> Bacigalupo, Enrique , “Lineamientos de la Teoría del Delito”, Editorial Hammurabi , Buenos Aires,1986.página 38

<sup>115</sup> Ugalde Prieto, rodrigo/García Escobar, jaime, ob.cit. página 11.



1.- Que se haya presentado una declaración. En consecuencia No se configura el delito si la declaración se confecciona y no se presenta.

2.- Que la declaración sea falsa o incompleta.

-Falsa : Que contenga datos carentes de realidad o de veracidad. Esta falsedad puede ser material o ideológica.

-Incompleta: Que no contenga la totalidad de los datos o antecedentes tributarios del contribuyente, sino que sólo una parte de ellos.

3.- Que la declaración presentada pueda inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda. Esta exigencia debemos relacionarla con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 105 del Código Tributario que dispone: “La aplicación de las sanciones pecuniarias por la justicia ordinaria en relación a los tributos cuya evasión resulte acreditada en el respectivo juicio”.

En opinión del autor Rodrigo Ugalde esta norma permite concluir que sólo podrá haber sanción cuando se determine *un monto real y concreto* de tributos evadidos o defraudados.<sup>116</sup>

4.- Que las falsedades u omisiones sean maliciosas, esto es, que el contribuyente debe haber incurrido en ellas con el propósito definido de privar al Fisco de percibir los impuestos que le corresponden.

### **Tipo objetivo**

**Verbo Rector y Conductas:** Estamos en presencia de un verbo rector que abarca varias conductas, es decir de carácter múltiple. La primera de ellas, se refiere a declaraciones “manifiestamente incompletas o falsas, que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponde”. Son éstas las que deben hacerse para que el Servicio de Impuestos Internos tenga una base sobre la cual calcular el monto del impuesto a que están afectas las operaciones de que da cuenta esta declaración, o a que están afectos los ingresos o utilidades de quien preste las mismas. En nuestra opinión es excesivo que cualquier declaración que deba presentarse ante el Servicio de Impuestos Internos y se entienda por falsa, sea constitutiva de delito. En efecto, las declaraciones falsas a que se está refiriendo este tipo penal son las relacionadas con una impresión errónea o equivocada respecto del monto de los ingresos que sirvan de fundamento para la base imponible, datos que permiten al Servicio de Impuestos Internos hacer efectivo el cobro. La ley exige que la declaración

---

<sup>116</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 12

sea incompleta. Esta falta de integridad de la misma va advertirse en que no están en la declaración todas las operaciones que el contribuyente ha efectuado y éstas tienen que ser causantes, a lo menos potencialmente, de un eventual perjuicio al Servicio, de tal suerte que agregándole en mente los antecedentes que le faltaron a la declaración, permita al Órgano Fiscalizador cobrar un impuesto mayor del que se habría recaudado con una declaración incompleta o falsa.

#### **4.2.2.- Segundo Delito contenido en el inciso 1º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario<sup>117</sup>**

Se sanciona: LA OMISIÓN MALICIOSA EN LOS LIBROS DE CONTABILIDAD DE LOS ASIENTOS RELATIVOS A LAS MERCADERÍAS ADQUIRIDAS, ENAJENADAS O PERMUTADAS O A LAS DEMÁS OPERACIONES GRAVADAS.

Los requisitos copulativos del delito son los siguientes:

1.- Que se trate de un contribuyente obligado a llevar contabilidad: Por lo tanto este requisito se debe relacionar con el artículo 17 del Código Tributario y 68 de La Ley de Impuesto a La renta, que son las normas que señalan quienes deben llevar contabilidad. Este último señala los contribuyentes que deben llevar contabilidad completa, los que están facultados para llevar contabilidad simplificada y los que no están obligados a llevar contabilidad.

2.- Que haya adquirido, enajenado o permutado mercadería o que haya realizado otras operaciones gravadas. El alcance que se debe de dar a estas expresiones no es otro que el que corresponde de acuerdo al Diccionario de La Real Academia de La Lengua Española.

3.- Que haya omitido registrar en su contabilidad los asientos correspondientes a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas.

4.- Que la omisión haya sido maliciosa.

En esta segunda figura que contempla este inciso 1º, EL TIPO; al expresar que se trate de una omisión en la contabilidad no significa que este sea un delito de omisión, pues es un delito de acción. El sujeto en esencia está falseando su contabilidad y con ello no está incorporando a sus registros todas las operaciones que corresponden. Una lectura detenida del actuar

---

<sup>117</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 15 y ss.

descrito, nos podría llevar a concluir que el Código Tributario presume que el sujeto que no ingresa en sus libros o contabilidad las mercaderías que compra, tampoco va a registrar las ventas cuando ellas se produzcan. En definitiva, esta situación debe entenderse satisfecha con la segunda alternativa descrita, esto es, con el vocablo “enajenar” (considerando que permutar es una forma de enajenar). Así, un sujeto que no pone en su contabilidad los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, por ese sólo hecho causalmente, no está provocando un perjuicio al Fisco, pero podría considerarse, como ha sido la tesis del Servicio un síntoma manifiesto de la intencionalidad. Ciertamente es que el tipo presenta dificultades interpretativas. La determinación de si estamos ante un tipo de peligro a tipo de resultado tiene una gran trascendencia desde el punto de vista de la posibilidad de punición de las etapas imperfectas del delito.

Según el criterio del autor Alejandro Dumay Peña; las anotaciones indebidas en los libros de contabilidad no configuran este delito; esta figura sólo opera cuando se dejan de consignar- se omiten maliciosamente- los asientos relativos a las mercaderías adquiridas o enajenadas <sup>118</sup>

#### **4.2.3.- Tercer Delito contenido en el inciso 1º del N°4 del artículo 97 del Código Tributario <sup>119</sup>**

Se sanciona; La adulteración de balances o inventarios o la presentación de estos maliciosamente falseados.

Se observa en la norma dos figuras diversas relacionadas con los balances o inventarios, a saber;

Primeramente, se sanciona como delito La Adulteración de Balances o Inventarios. Los requisitos de este tipo penal son:

1.- Que se trate de un contribuyente obligado a efectuar balances o inventarios.

Los contribuyentes obligados a ello son aquellos que deben llevar contabilidad de acuerdo a los artículos 17 del Código Tributario y 68 de la Ley de Impuesto a La Renta, señalados en la letra precedente.

2.- Que los balances o inventarios sean adulterados, esto es, que en ellos consignen datos carentes de veracidad o que no correspondan a la realidad.

El verbo rector “adulterar”, significa falsear. Cuando hablamos de adulterar

---

<sup>118</sup> Dumay Peña, Alejandro, ob. cit. Página 164

<sup>119</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit., página 16 y ss.

desde el punto de vista del derecho penal entendemos que estamos hablando de la falsedad material. Sin embargo, el legislador en este caso entendió una forma de falsedad tanto física como ideológica. El balance que físicamente se intercala, se borrona, reemplazando partidas, suprimiendo o adicionando operaciones, a fin de que se pueda pagar menos, es un típico caso de falsedad material. Será una falsedad ideológica cuando en los libros timbrados y aprobados por el Servicio de Impuestos Internos se hace un balance distinto del real, adulterándolo. Así lo ha entendido cierta jurisprudencia y, por cierto el Servicio, que tiene manifiestamente un interés de interpretar las figuras penales del modo más amplio posible.

No se requiere para configurar el delito que los balances o inventarios sean presentados al Servicio de Impuestos Internos. Sin embargo, si las inexactitudes que constan en los balances o inventarios se deben a caso fortuito o fuerza mayor, no existe delito.

Luego sanciona como delito La presentación de Balances o Inventarios Dolosamente Falseados. Los requisitos de este tipo penal son :

- 1.- Que se trate de un contribuyente obligado a presentar sus balances o inventarios.
- 2.- Que se haya cumplido esta obligación, esto es que los balances o inventarios hayan sido presentados al Servicio de Impuestos Internos.
- 3.- Que el inventario o el balance sea dolosamente falseado.

En relación con este tipo penal hay que destacar la diferencia que existe en cuanto al delito de ADULTERACIÓN DE BALANCES O INVENTARIOS previamente analizado, ya que en la figura de PRESENTACIÓN DE BALANCES O INVENTARIOS DOLOSAMENTE FALSEADOS, el tipo penal contiene expresamente la exigencia del dolo. Por lo tanto, no basta el dolo genérico del artículo 1º del código Penal, como si podría sostenerse que basta para configurar el delito de adulteración de balances o inventarios.

#### **4.2.4.- Cuarto delito contenido en el inciso 1º del N°4 del artículo 97 del Código Tributario<sup>120</sup>**

Se castiga: EL USO DE BOLETAS, NOTAS DE CREDITO O FACTURAS YA UTILIZADAS EN OPERACIONES ANTERIORES.

Los requisitos del delito son:

---

<sup>120</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit., página 17.

Se sanciona la doble utilización de los citados documentos, los que- por su propia naturaleza-solamente pueden ser utilizados en una oportunidad.

Nuevamente nos encontramos ante un delito que el Servicio de Impuestos Internos interpreta como configurado aún cuando no haya perjuicio fiscal; luego si por error un contribuyente vuelve a usar en nuevas operaciones facturas o boletas ya debitadas, se entiende que el solo hecho de haberlas utilizado satisface la parte objetiva y subjetiva del tipo.

#### **4.2.5.- Quinto delito contenido en el inciso 1º del N°4 del artículo 97 del Código Tributario <sup>121</sup>**

El tipo penal sanciona : EL EMPLEO DE OTROS PROCEDIMIENTOS DOLOSOS ENCAMINADOS A OCULTAR O DESFIGURAR EL VERDADERO MONTO DE LAS OPERACIONES REALIZADAS O A BURLAR EL IMPUESTO.

Se trata de una figura genérica cuya imprecisión típica ha sido criticada por la doctrina nacional<sup>122</sup>. Por el contrario, el Servicio de Impuestos Internos justifica la figura típica argumentando que; “En la imposibilidad de prever todas las situaciones posibles, el Código creó una figura genérica para abarcar con ella todas las posibles conductas dolosas, que tuvieren por objeto evadir tributos<sup>123</sup>,”

Los requisitos copulativos del delito son los siguientes;

- 1.- Deben realizarse otros procedimientos dolosos, o sea, diversos de los sancionados en los tipos penales anteriores;
- 2.- Los “ otros procedimientos dolosos” deben estar encaminados a: Ocultar o Desfigurar el Verdadero Monto de las Operaciones Realizadas, esto es , a esconder o disfrazar o encubrir el monto real de las operaciones realizadas;´

Burlar el impuesto, es decir, esquivar el tributo.

Por lo tanto, si estos otros procedimientos dolosos no están encaminados a ninguno de dichos fines, no se configura el delito que se comenta.

Un ejemplo de este delito genérico sería el caso del contribuyente del IVA que emite facturas a sus clientes y para evitar pagar el impuesto correspondiente las anula mediante NOTAS de CRÉDITO que no remite a los respectivos destinatarios.

Es evidente que las hipótesis de esta figura penal , tienen en común, como finalidad, el que el contribuyente desee burlar el monto del impuesto que

---

<sup>121</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 18.

<sup>122</sup> cfr. Vallejos Castro, Eduardo, “La Prueba en el Delito Tributario”, página 317

<sup>123</sup> Manual del Servicio de Impuestos Internos, Volumen V, párrafo 5730/12.

está obligado a pagar de acuerdo con las operaciones reales que ha efectuado. A primeras luces parece una norma pleonásmica, porque prácticamente comprende todas las anteriores del mismo inciso 1º del N° 4 del artículo 97, sin embargo se ha resuelto que estamos ante un “Concurso Aparente de Leyes Penales”. El Código Tributario dice **“o el empleo de otros procedimientos”**. Así hay una operación que se asimila a las alternativas ya vistas, pero que no se encuadra perfectamente en ellas, se ha de entender que es esta última alternativa la que debe entenderse satisfecha. Por consiguiente, el Órgano Fiscalizador al impetrar su acción, en el libelo respectivo, debe precisamente invocar la conducta precisa del inciso 1º N°4 del artículo 97 que invoca, ya que la última de las hipótesis se refiere a procedimientos de distinta naturaleza. Ahora bien, cuando dice “procedimiento”, dicha voz implica cualquier forma conductual, expresión de enorme amplitud. La delimitación de la conducta típica se hará entonces en función del elemento subjetivo.

Respecto de este delito, hay que tener presente lo dispuesto en el inciso final del Número 3 del artículo 19 de La Constitución Política del Estado, que dispone:

“Ninguna Ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

El autor Rodrigo Ugalde P. estima que atendido lo expresado en la norma constitucional precitada, posterior al Código Tributario, podría darse una alegación de INCONSTITUCIONALIDAD de la precitada figura genérica, dado que la conducta no está EXPRESAMENTE DESCRITA EN LA LEY.<sup>124</sup>

En cuanto a su penalidad, hay que señalar que todos los delitos del inciso 1 del Número 4 del artículo 97 del Código Tributario se sancionan con MULTA del 50% al 300% del valor del tributo eludido y con presidio menor en su grados medio a máximo. Por lo tanto, se trata de SIMPLES DELITOS, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 del Código Penal.

### **Sujetos de los delitos del inciso 1º N°4 del artículo 97 del Código Tributario**

El sujeto pasivo en los delitos tributarios, como ya se mencionó supra; al igual que en las infracciones administrativas, es el fisco, el estado en su faz pecuniaria. Por su parte, es sujeto activo de este delito, sólo quien revista

---

<sup>124</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 19.

los caracteres de “contribuyente”. Ello se colige de los diferentes verbos rectores y conductas recogidas por la norma, las cuales solo pueden ser ejecutadas por ellos.

### **Objeto de las figuras penales del inciso 1° N° 4 del artículo 97**

Estos tipos penales materialmente recaerán sobre las :“declaraciones”, “libros de contabilidad”, “balances e inventarios”, “boletas”, “notas de débito o de crédito” o “facturas”, “liquidación”.

### **El resultado como elemento del tipo en los delitos del inciso 1°**

En el análisis de las figuras penales del inciso 1° del N°4 del artículo 97 , no podemos dejar de determinar ante que tipo de delito nos encontramos en relación con la “CONSUMACIÓN” del mismo. En efecto, es de gran trascendencia precisar si estamos ante un tipo que requiere resultado o no. Si consideramos que es **Un Delito Formal o de Mera Actividad**<sup>125</sup>, se entiende íntegramente perpetrado aún cuando no haya perjuicio y si lo consideramos, por el contrario, como **Un Delito de Resultado**, la tentativa y la frustración podrán ser castigadas. El Servicio de Impuestos Internos, defendiendo su política impositiva, entiende que aquí existe un delito formal, y que solo el hecho , por ejemplo, de presentar una declaración incompleta, a sabiendas , ya es constitutiva de delito. El Órgano Fiscalizador, tomando la letra de la ley, puede decir, y así lo ha sostenido con bastante solidez, que estamos no frente a un delito que requiere en su etapa de consumación, el perjuicio, sino que se trataría de una especie de delito de peligro. Complementando la idea, señalan que, en esta materia, la Ley sostiene en el numerando 5 del artículo 97, que “la omisión maliciosa de declaraciones exigidas por las leyes tributarias para la determinación o liquidación de un impuesto en que incurra el contribuyente o representante, y los demás gerentes, etc., tendrán una multa del 50% al 300% del impuesto **que se trata de eludir ...**”. No se habla del impuesto eludido, sino del impuesto que se “trata” de evadir. Es decir, no es necesario que se eluda para que se castigue. Otro fundamento de texto que argumentan en la Hacienda Pública, dice relación con el artículo 107 del Código Tributario. Este señala que “Las sanciones que el Servicio imponga se aplicarán dentro de los márgenes que correspondan tomando en

---

<sup>125</sup> Para el autor Van Weezel, Alex, los delitos de los incisos 1° y 2° del artículo 97 N° 4 del Código Tributario son delitos de mera actividad y el perjuicio consistiría en una condición objetiva de punibilidad, ob.cit. páginas 46 y ss.

consideración: 5° El perjuicio fiscal que pudiere derivarse de la infracción”. Así, para los efectos de la circunstancias que regulan la pena final se toma en consideración la eventual concurrencia del perjuicio. Por consiguiente, existirían infracciones en las cuales no hay perjuicio y habría delito. De tal manera, estaríamos en presencia de un Delito Formal, que se consumaría por la sola conducta que la ley describe, portadora de una tendencia afectiva claramente manifestada por el contribuyente, en el contexto de su comportamiento, cuál es el de no pagar los gravámenes que el Fisco tiene derecho a percibir.

Sin embargo, no es posible desconocer que el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, dice algo radicalmente opuesto a los sostenido en el párrafo precedente, pues señala expresamente que la pena pecuniaria se determina en relación al monto del “tributo eludido” ante lo cual el Servicio replica que, de no producirse la evasión, y para armonizarlos con su interpretación de que se trata de un tipo de peligro, solo cabría aplicar la pena corporal y no cabe dar aplicación a la multa. No obstante, la tesis Fiscal pugna claramente con el texto de la ley, por cuanto ésta señala una pena copulativa compuesta de la sanción pecuniaria “y” corporal. En efecto, no es posible aplicar la pena corporal son aplicar la multa, pues el legislador expresamente utilizó la conjunción “y” en oposición a la disyunción “o” que denotaría una aplicación alternativa de las dos penas.

La tesis de aplicar solo la pena corporal cuando no se produzca perjuicio al patrimonio fiscal no ha prosperado en los tribunales, precisamente por el argumento de texto mencionado precedentemente. De esta forma la tesis sostenida por el Servicio de Impuestos Internos que entiende el delito en comento con el carácter de consumado aunque no se produzca el perjuicio en el entendido de que se trataría de un Delito de Peligro y, por lo tanto el resultado no es necesario para que el delito esté configurado, se estrella, por lo menos desde el punto de vista de la praxis, con la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que entiende que el perjuicio es un requisito esencial para que el delito se entienda perfecto.

Al incluirse el mencionado perjuicio en la fase objetiva del tipo, necesariamente estamos sosteniendo que el sujeto para cometer este delito tributario, debe querer realizar todas las partes del tipo, no solo falsificar o adulterar, sino que debe pretender birlar los impuestos o gravámenes que tiene derecho a percibir el Fisco, y debe querer intencionalmente, por consiguiente producir un perjuicio. **Así entonces se explica que el sujeto que no desea producir menoscabo al Fisco, no comete una acción típica, porque falta la parte subjetiva del tipo.**

El momento en que se materializa el perjuicio fiscal, tanto en este inciso 1°



como en el 2º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, es al presentar la declaración respectiva y pagar menos de lo que corresponde de acuerdo a la ley.

### **El tipo subjetivo de los delitos del inciso 1º del N°4 del artículo 97**

El sujeto debe ejecutar cualquier procedimiento doloso, encaminado a burlar el impuesto, o desfigurar las operaciones que sirven de base para calcularlos. A mayor abundamiento, la expresión “maliciosamente” no deja lugar a dudas. Es decir, la finalidad de pagar menos impuestos, está implícita en todas y cada una de las conductas que hemos podido distinguir en este inciso 1º. Esto se refleja en otras expresiones utilizadas por el legislador, a saber; “desfigurar el verdadero monto de las operaciones”, “burlar el impuesto”, “inducir a una liquidación de un impuesto inferior”. Respecto del ánimo de lucro que se requiere en los delitos de estafa, éste no es un requisito para configurar los delitos del artículo 97 N° 4, siendo claro el tenor literal de la norma legal.

Según la jurisprudencia para el caso en comento, el artículo 97 N° 4 al consignar el adverbio “maliciosamente” introduce un elemento nuevo, la malicia, que la ley no presume y que por lo tanto debe ser acreditado por la parte acusadora, requiriéndose por tanto como elemento del tipo subjetivo del delito “Un dolo específico”, según el autor Rodrigo Ugalde, y que se traduce en un ánimo preconcebido de evadir impuestos<sup>126</sup>. Por lo demás nuestros tribunales han resuelto que “si las maniobras realizadas por el contribuyente no poseen este grado de voluntariedad, que es esencial no estamos frente a un delito tributario, sino a una mera infracción administrativa.

El autor Alejandro Dumay Peña expresa; “cualesquiera que sean las características del dolo, lo esencial es que, aquellas figuras cuya tipificación incluye la malicia, no se consuman por la simple transgresión de la norma tributaria, sino que es necesario comprobar, además, que los hechos se realizaron con el fin preciso que la disposición referida señala, es decir, que no mediando intención dolosa no hay fraude, sino infracción, ya que la mencionada expresión, así como otras que emplea el Código Tributario-a sabidas- denotan la exigencia del elemento intencional, de la

---

<sup>126</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo, García Escobar, Jaime, ob.cit. página 14 y ss. Cfr. Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Parte general, Tomo I, editorial jurídica de Chile, 1998, página 301.

conducta fraudulenta a la que hemos hecho referencia”<sup>127</sup>.

En el mismo sentido, el autor Dumay Peña resume, la función que a la expresión “maliciosamente “ le atribuyó La Comisión Redactora del Código Tributario del primer Código que se contenía en el D.F.L. N° 190, de 5 de Abril de 1960 en los siguientes términos: “Fundamentalmente tres son los motivos o propósitos que se tuvieron en vista para calificar el verbo con la voz “maliciosamente”.

“El primero consistió en eliminar la presunción de dolo establecida por el art.1° en términos de hacerla inoperante, respecto de aquellos delitos en que aparece esta expresión.”

El segundo tuvo por objeto especificar en términos formales e explícitos que sólo era punible la acción dolosa, es decir se le uso como sinónimo de dolo”

“Por último se persiguió con ello recalcar que sólo constituía delito la acción contraria a Derecho, o a los valores por él protegidos, realizada con la conciencia de la contradicción”<sup>128</sup>

### ***Iter criminis* en la figura del inciso 1° del artículo 97**

Siendo el perjuicio un elemento de la parte objetiva del tipo se producen importantes consecuencias en lo que al grado de desarrollo se refiere. En efecto, si el perjuicio a la Hacienda Pública no se da, entonces, el delito puede castigarse en sus etapas imperfectas y podría haber delito frustrado o tentativa del mismo, en su caso.

### **4.2.6.- Delito contemplado en el inciso 2° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario<sup>129</sup>**

Se sanciona a : “ Los contribuyentes afectos al impuesto a las ventas y servicios y otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar , serán sancionados con PRESIDIO

---

<sup>127</sup> Dumay Peña, Alejandro, Ob.Cit. , página 298.

<sup>128</sup> Dumay Peña, Alejandro, ob. cit. , página 113

<sup>129</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 20.

MENOR en su grado máximo a PRESIDIO MAYOR en su grado mínimo y MULTA de 100% al 300% de lo defraudado.

Los requisitos copulativos de este delito son:

**1.-El sujeto activo debe ser un contribuyente afecto al impuesto a las ventas y servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo.**

Como se observa , el delito requiere de un SUJETO ACTIVO que sea: a.- Contribuyente de impuestos a las ventas y servicios; o b.- Contribuyente de otros impuestos sujetos a retención o recargo,

2.- Debe realizar maliciosamente las maniobras que se sancionan.

Sobre el adverbio “maliciosamente” nos remitimos a lo ya expresado respecto del inciso 1° de este mismo N°4. La diferencia está en que, en este caso , la malicia debe estar encaminada a AUMENTAR el verdadero monto de los créditos o imputaciones que estos contribuyentes tienen derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deben pagar.

3.- Las Maniobras deben ser TENDIENTES A AUMENTAR EL VERDADERO MONTO DE LOS CRÉDITOS O IMPUTACIONES QUE TENGAN DERECHO A HACER VALER, EN RELACIÓN ON LAS CANTIDADES QUE DEBAN PAGAR.

Fundamentalmente, busca evitar la alteración del **Crédito Fiscal en el IVA** , dado que por dicha vía los contribuyentes del referido tributo pueden llegar a pagar menos impuestos que los correspondientes a la verdadera relación **Débito Fiscal versus Crédito Fiscal** que constituye la base para la determinación del IVA.

El caso típico de aquello es la incorporación de FACTURAS FALSAS para abultar el crédito fiscal. Dicha falsedad puede ser material o ideológica.

Por lo tanto, las maniobras relativas al Débito Fiscal no encuadran con este tipo penal y, por consiguiente, deben sancionarse- si procede- de acuerdo, al inciso 1° de éste mismo N°4.

Interesa destacar qué ocurre cuando las facturas objetadas por el Servicio de Impuestos Internos como FALSAS , **corresponden a operaciones REALES.**

Sobre la materia , La Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 3 de Septiembre de 1984, redactada por el Sr. Ministro don JORGE MEDINA CUEVAS, analiza correctamente este problema, bastante común , y absuelve al contribuyente querellado por el Servicio de Impuestos Internos al concluir que las operaciones documentadas con las

facturas objetadas dan cuenta de operaciones reales y no simuladas. Al efecto, es útil transcribir los considerandos 13° y 18° de la referida sentencia<sup>130</sup>:

Primeramente, en el considerando 13° los sentenciadores revisan la prueba que les permite absolver. Este considerando es del siguiente tenor:

“13° Que para dilucidar el punto en cuestión, se ordenó la practica de un peritaje contable para establecer si las operaciones mercantiles debitadas corresponden o no a operaciones realmente ejecutadas por el reo, el que fue evacuado por el perito Joel Pradenas Zapata, a fojas 158 y 159, quien luego de visitar el taller y de efectuar una revisión de todas las facturas de ventas efectuadas entre el 1° de Enero de 1979 y el 31 de Diciembre de 1981, de confeccionar un resumen mensual, anual y total de las ventas del período indicado y de analizar los implementos, accesorios y material que se ocupa en la confección de las urnas metálicas, entró a analizar y comparar el número de juegos de manillas o barandas existentes al 1° de Enero de 1978 y los adquiridos al término del período revisado, con el número mensual, anual y total de las urnas vendidas en igual período, estableciendo un déficit de manillas o barandas, lo que lo lleva a concluir que para hacer posible la venta del número de urnas registradas contablemente, fue imprescindible que el contribuyente un mayor número de manillas o barandas que las anotadas en las facturas de compra no objetadas, de lo que presume que las adquisiciones de manillas, barandas, metales, hojalata, maderas y otras materias primas de que dan cuenta los documentos objetados, corresponden a operaciones reales por lo que el comerciante recibió facturas aparentemente ciertas”.

Luego en el considerando 18° se concluye:

“Que , en definitiva, y teniendo por calificada la confesión que el reo hace en sus indagatorias ya examinadas, el tribunal llega a la convicción de que su actuar se encuentra exento de dolo o malicia y procede, por ello, dictar sentencia absolutoria en su favor, puesto que nadie puede ser condenado si el tribunal no adquiere , por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley.” Sentencia publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI, Segunda Parte, sección cuarta, página 270.

---

<sup>130</sup> La Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 3 de Septiembre de 1984, redactada por el Sr. Ministro don JORGE MEDINA CUEVAS, cfr. Ugalde Prieto, Rodrigo, ob.cit. páginas 21 y ss.

#### 4.2.7.- Delito contemplado en el inciso 3° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario<sup>131</sup>

Se sanciona a :

**“El que simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con PRESIDIO MENOR en su grado máximo a PRESIDIO MAYOR en su grado medio y con MULTA del 100% al 400% de lo defraudado”.**

Los requisitos copulativos de este delito son:

- 1.- Simulación de Una Operación Tributaria- por ejemplo: una exportación simulada- o la realización de cualquiera otra maniobra fraudulenta- por ejemplo: aumento indebido del precio de la operación que da lugar a la devolución; y
- 2.- Obtención mediante ello de devoluciones de Impuesto que no le correspondan.

Obviamente que sólo podrán ser condenado por este delito los responsables de La SIMULACIÓN de las operaciones tributarias o quienes realizan cualquiera otra maniobra fraudulenta que permita obtener la devolución.

La obtención de la devolución significa que aquella se debe conseguir o alcanzar la respectiva devolución.

Respecto de este delito , es útil citar la crítica ante las imperfecciones del tipo que realiza el autor don EDUARDO VALLEJOS CASTRO en su obra “Prueba del Delito Tributario”<sup>132</sup>, quien señala lo siguiente:

“El tipo penal contenido en el inciso tercero, demuestra una evidente imperfección legislativa, que se hace imperioso corregir. En efecto , la norma empieza con los vocablos “el que”, queriendo significar que esta es aplicable a cualquier persona , sea o no contribuyente , representante o mandatario de éste. Sin embargo, para hacer una aplicación amplia de este inciso, el legislador debió corregir muchas disposiciones , títulos y párrafos en el cuerpo legal en el cual se insertó este nuevo delito”.

“En efecto el párrafo primero del título segundo, del libro segundo del Código tributario, dice expresamente: “De los contribuyentes y otros obligados” El artículo 98 del mismo cuerpo legal, señala: “ De las sanciones pecuniarias responden el contribuyente y las demás personas

---

<sup>131</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/ García Escobar, Jaime, ob.cit. página 26 y ss.

<sup>132</sup> Vallejos Eduardo, “La prueba del delito tributario”, página 352.

legalmente obligadas”. También el artículo 99, expresa : “Las sanciones corporales y los apremios, en su caso , se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento”.

“Por último, el inciso tercero habla de devoluciones de impuesto, lo que tiende a dar la impresión de que se trata de una persona obligada, previamente, a su pago”.

“En consecuencia, todo lo anterior demuestra que el espíritu de aplicación amplia e irrestricta a cualquier persona, con que se inicia el inciso al utilizar los vocablos “el que”, se ve frustrado y en contradicción con la falta de armonía y contexto legal”<sup>133</sup>

En relación con el mismo tipo penal creado por el artículo 1º del D.L.3433 , de 02.VII.1980 se produce un concurso real de leyes penales, puesto que en el artículo 3 del mismo DS.L.Nº3433 se establece un ilícito similar al del delito en comento, con la consiguiente confusión interpretativa, que el legislador debe evitar.

Autores como don Rodrigo Ugalde P. estiman que en este tipo penal nos encontramos ante un tipo de Resultado, en cuanto la figura penal requiere- para su consumación- la producción de un resultado separado de la consulta que lo causa.<sup>134</sup>

Respecto a la pena que estableció el legislador para el delito en estudio, nos parece pertinente realizar dos precisiones:

1.- Estimamos que en modo alguno se justifica una sanción de la magnitud que establece el tipo penal en estudio, que oscila entre PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO A PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO, esto es, desde tres años y un día a quince años. Sin duda el bien jurídico protegido por esta figura es de suma importancia, pero creemos que ello no permite explicar tan alta penalidad, especialmente si la comparamos con el homicidio simple, esto es presidio mayor en sus grados mínimo a medio (Nº2 del artículo 391 del Código Penal). Pareciera ser que para el legislador poseería la misma importancia y entidad el patrimonio del fisco que la vida, aserto que efectivamente no es efectivo; y

2.-El tipo penal del inciso 3º del Nº4 del artículo 97 del Código tributario, fue establecido a través del D.L. Nº 3443 de 1980, que además agrego un

---

<sup>133</sup> cfr. Vallejos Castro, Eduardo, ob.cit. página 352 y Ugalde Prieto, Rodrigo; García Escobar, Jaime, ob.cit. página 28.

<sup>134</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo; García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 29

numeral 8 al artículo 470 del Código Penal<sup>135</sup>, norma que sanciona a los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, Municipalidades, Cajas de Previsión o de instituciones centralizadas o descentralizadas, prestaciones improcedentes, como. Remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas.

Ahora bien, la pena más grave en el caso del delito que se agregó al artículo 470 del Código penal por aplicación del artículo 467 del mismo cuerpo legal, es la de presidio menor en su grado medio a máximo.

Evidentemente, esta pena en modo alguno resulta comparable con la que señala el legislador para las devoluciones indebidas de impuesto. Curiosamente, pareciera que para la ley posee un mayor desvalor obtener devoluciones indebidas de impuestos, que obtener devoluciones del Fisco que tengan otro origen. La verdad que ésta no parece una razón suficiente, que justifique la disparidad en la sanción en uno y en otro caso.

En relación con los delitos establecidos en los tres primeros incisos del número 4 del artículo 97 del Código Tributario, hay que referirse a la AGRAVANTE ESPECIAL, establecida en el inciso 4° de dicho número que dispone :

“Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave”.

A este respecto hay que tener presente que esta agravante no es tan amplia como parece a primera vista. Ello, por lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, que señala:

**“No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo”.**

**“Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.**<sup>136</sup>

Así por ejemplo, el delito del inciso 2° del N°4 del artículo 97 del Código tributario, requiere para su comisión del uso malicioso de facturas falsas, puesto que con ellas se logra el efecto de aumentar indebidamente el crédito fiscal. Por lo tanto, dicha situación no produce el efecto de aumentar las penas del referido delito, ya que se trata de una circunstancia

---

<sup>135</sup> Vallejos Castro , Eduardo, ob.cit. página 354

<sup>136</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo; García Escobar, Jaime, ob. cit. Página 31

inherente al delito y sin cuya concurrencia dicho tipo penal no puede cometerse.

### **Tipo objetivo de los delitos del artículo 97 N° 4 incisos 2° y 3°**

Verbo Rector: En el inciso 2° es la realización de “cualquier maniobra” tendiente a aumentar el monto de los créditos o imputaciones a que pueda asirse el contribuyente. La amplitud y poca certidumbre de dicha expresión merece los mismos reparos que señalamos al tratar la hipótesis final del inciso 1° del N° 4 del artículo 97. Ahora bien, por “maniobra”, entendemos “cualquier artificio y manejo que un sujeto emplea en sus negocios” y se emplea con una connotación peyorativa. De esta manera la maniobra empleada por el sujeto activo deberá corresponder a un artificio que pueda normalmente ser asociado a fines defraudatorios y que dejen evidencia de la malicia del infractor.

En el inciso 3° el verbo rector es “la simulación de una operación tributaria o “cualquier otra maniobra fraudulenta” destinada a obtener devoluciones de impuesto que no correspondan. La expresión simular no es sino ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones tributarias realizadas. En términos del Derecho Civil estaríamos ante una “simulación relativa y no absoluta”, pues se altera el contenido de la obligación tributaria y no la misma obligación tributaria. En relación al segundo verbo rector enunciado, maniobra “fraudulenta” implica que aquella debe ser apta para obtener la devolución de impuestos exigidas por el N° 4, inciso 3° del artículo en comento.

**Sujetos de los delitos de los incisos 2 y 3 del N°4 del artículo 97 :** El segundo inciso trata de un sujeto activo calificado específico, no sólo por tratarse de un contribuyente, sino que , además debe encontrarse sujeto al I.V.A. o a otro impuesto sujeto a retención o recargo. Dentro de ésta última categoría se incluyen dos eventuales sujetos activos del delito. Por un lado tenemos “el agente retenedor”, que es un contribuyente que no soporta el gravamen que significa el impuesto, sino que lo retiene del patrimonio de otro y que su obligación consiste en enterar el tributo retenido en arcas fiscales. Por otro lado encontramos el contribuyente gravado que corresponde al sujeto a quién el agente retenedor le retiene el impuesto a pagar sobre sus rentas y es quien en definitiva soporta la carga impositiva. Para el caso del inciso 3°, “el que”, importa ser contribuyente de determinados impuestos que admiten devolución de los mismos, ya que sólo quienes tengan esta calidad podrían eventualmente solicitar su



devolución.

**El resultado en los delitos de los incisos 2, 3 y 4 del N°4 del artículo 97 :**

En el inciso 2° se da la misma problemática tratada con relación al inciso 1°, esto es con la frase “tendiente a aumentar” y la sanción “del cien al trescientos por ciento de lo defraudado”, siendo la solución dogmática y jurisprudencial para en este inciso 2° similar a la dada en dicho momento. De tal manera que aquí también estamos en un tipo de resultado que exige el perjuicio fiscal para su consumación.

El inciso 3° se restringe también a un tipo de resultado, por cuanto la sanción sólo será aplicable cuando “se obtuviere una devolución” que no correspondiera.

Así a diferencia de lo que ocurre en los incisos 1° y 2°, en que el atentado al patrimonio del Fisco consiste en que no le ingresen los recursos que en derecho le corresponden en virtud de obligaciones tributarias determinadas, en la figura del inciso 3°, este atentado consiste en un egreso efectivo de dinero. Por su lado, esta devolución marcará la diferencia que lleva a aplicar este inciso en desmedro del inciso 2°, cuando se realice una maniobra fraudulenta. Entonces, si ésta da lugar a una devolución, se aplicarán las sanciones del inciso 3°, en tanto si aquella originara el aumento de los créditos que se tienen derecho a hacer valer, se punirá de conformidad con el inciso 2°. En el caso que una acción fuera subsumible en ambos incisos, entonces se sancionará dicha conducta conforme al inciso 3°, en virtud de la aplicación de los principios de especialidad y consunción que resuelven el aparente concurso de leyes penales. En la figura del inciso 3° se produce el resultado en el momento que el contribuyente recibe el cheque de devolución de impuestos que no le corresponde recibir.

Con relación al tipo penal del inciso 3° es pertinente señalar que, en el caso de “defraudaciones tributarias” que recaen en devoluciones de impuesto a la renta, existe la norma del artículo 97 del D.L. N° 824, que también contempla una figura delictiva para sancionar penalmente las devoluciones indebidas de estos impuestos. Este artículo prescribe que “El contribuyente que perciba una cantidad mayor a la que corresponda deberá restituir la parte indebidamente percibida (...), sin perjuicio de aplicar las sanciones que establece el Código Tributario en su artículo 97 N° 4, cuando la devolución tenga su origen en una declaración o solicitud de devolución maliciosamente falsa o incompleta”. Este delito especial se remite al artículo 97 N° 4 del Código Tributario para efecto de las penas aplicables,

sin embargo; no señala a que inciso de aquél se refiere. Esta omisión no es menor, pues la norma a la que se remite contiene una multiplicidad de penas diferentes en cada uno de sus incisos. A primera vista, parece lógico que se remite a las penas del inciso 3º del N° 4 del artículo 97, por cuanto el tipo especial del artículo 97 del D.L. N° 824 sobre la Ley de La Renta también requiere que se obtengan devoluciones para su configuración. No obstante, haciendo un análisis más profundo, puede también señalarse que la referencia se hace al inciso 1º, debido a la similar descripción de la conducta fraudulenta que el legislador ha empleado en ambas figuras típicas, al indicar que la devolución ha de ser “...maliciosamente falsa o incompleta”. Recordando que en materia penal es aplicable el principio *in dubio pro reo*, no cabe duda que se debe interpretar a favor del reo, por ende sería aplicable la pena asociada al inciso 1º con lo que se restringiría la excesiva penalidad del inciso 3º del N°4 del artículo 97 del Código tributario.

### **Elementos Normativos del Tipo**

Estos lo encontramos dentro de las subcategorías de los elementos normativos jurídicos, y corresponden a ciertas expresiones del inciso 3º del N°4 del artículo 97 a saber. “ créditos o imputaciones” y “ devoluciones”, los que debemos interpretar de conformidad con las reglas generales de hermenéutica legal, en específico, de acuerdo al Diccionario de La Real Academia de La Lengua.

### **Tipo subjetivo de los delitos del artículo 97 N ° 4 incisos 2º y 3º**

Las maniobras deben de ser dolosas, lo que se colige de las expresiones “maliciosamente” y “fraudulentamente” usadas en el tipo penal analizado. Esta intención positiva de inferir perjuicio al Fisco es la que permite distinguir la maniobra realizada de buena fé o incluso con error de aquella exigida por la ley.

Existe también **un elemento subjetivo del tipo**, pues junto con el actuar doloso del agente, este debe tener el ánimo de aumentar el crédito o las imputaciones a las que tiene derecho.

#### **4.2.8.- Delito contemplado en el inciso final del N°4 del artículo 97 del Código Tributario<sup>137</sup>**

Este delito se incorporó al Código Tributario por la Ley N° 19.378, de 19 de junio de 2001, y sanciona la siguiente conducta:

“El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en el N°4 del artículo 97, será sancionado con PRESIDIO MENOR en sus grados medio a máximo y con multa de hasta 40 unidades tributarias mensuales”.

Los requisitos copulativos del nuevo delito son:

1.- El sujeto activo (que puede ser cualquier persona, contribuyente o no), debe obrar maliciosamente.

2.-Las maniobras sancionadas son: Confeccionar, Vender o Facilitar, A CUALQUIER TÍTULO, esto es, gratuito u oneroso, los documentos, denominados GUÍAS DE DESPACHO, FACTURAS, NOTAS DE DÉBITO, NOTAS DE CRÉDITO O BOLETAS FALSAS, CON O SIN TIMBRE DEL SERVICIO, CON EL OBJETO DE COMETER O POSIBILITAR LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DESCRITOS EN EL N°4 DEL ARTÍCULO 97. Por lo tanto, en nuestra opinión, si no se acredita que tal ha sido el objeto de las maniobras, no existe delito.

Respecto de este requisito, es útil transcribir parte del considerando 9° de la sentencia de fecha 18 de marzo de 2005 del tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle- Causa R.U.C. N° 0210000024-8, R.I.T. N° 6-2005 – en el que refiriéndose al alcance de estos términos, señala:

“El término “confeccionar”<sup>138</sup> que menciona el tipo legal, implica la realización material de las facturas falsas, y en tal sentido, y a título ilustrativo, resulta pertinente el concepto de autor previsto en el artículo N°2, puesto que no obstante que no se haya acreditado que el acusado las haya escriturado personal y materialmente, sin valerse de ninguna otra persona, sí pudo probarse por lo menos que fue él quien indujo directamente a otro a ejecutarlo; prueba de lo cual está no sólo lo sostenido por la Sra. Irrázabal, ex dependiente de Jofré, sino que también lo señalado por el testigo Ossandón, quien mencionó que éste le ordenó a su cónyuge llenar la factura de Niño de Zepeda que le facilitaban a él; unido

---

<sup>137</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit., página 31.

<sup>138</sup> Cfr. Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit., página 32

a lo referido por la fiscalizadora Montenegro, en relación a que el acusado culpó a otros del llenado de la misma.

La facilitación de facturas falsas, que implica toda forma de entrega de los documentos, distinta de la venta, por la cual se proporcionen dichos documentos, se encuentra acreditado, por la circunstancia que- según se analizará-, las mentadas facturas ingresaron a la contabilidad de La Sociedad de Corretaje „Jofré y Cayo Ltda., de la cual el acusado era socio.

En efecto, en especial con el testimonio del perito Cristián Rodríguez Velásquez, se acreditó que la factura N°8 de Roberto Ossandón, aparecía con fecha de emisión 30 de noviembre de 2001, factura que se encontraba contabilizada en el libro de compra y declarada por la Sociedad Jofré y Cayo Ltda., es decir la Sociedad utilizó ese crédito fiscal; así como que también la Sociedad Jofré y Cayo contabilizó la factura N°86 de Luis Niño Zepeda en el mes de Enero de 2002.

Del mismo modo, con la prueba introducida al pleito quedó indefectiblemente demostrado que el acusado obró a sabiendas de la falsedad de los documentos, esto es, conociendo que las operaciones comerciales que en ellos se consignaban no eran reales”. A continuación señala el tribunal:

“DUODÉCIMO: Que los hechos descritos en el párrafo precedente satisfacen las exigencias de la figura descrita y sancionada en el inciso 5° del N°4 del artículo 97, del Código Tributario, por cuanto el acusado confeccionó y facilitó, en forma maliciosa, facturas falsas, con la finalidad de cometer el delito tributario previsto y sancionado en el inciso 2° del N°4 de la misma disposición.

Que el delito por el cual el Ministerio Público y El Servicio de Impuestos Internos sostuvieron sus acusaciones, requiere para su configuración que se ejecute una acción consistente en confeccionar, vender o facilitar, en forma maliciosa, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con la finalidad de cometer alguno de los tres delitos que castiga el N°4 del artículo 97 del Código Tributario en sus demás incisos o hace posible su ejecución; probándose la concurrencia copulativa de los siguientes elementos objetivos: a) La acción típica, que puede consistir en la confección, venta y/o facilitación , a cualquier título, de documentación tributaria; b). Estas conductas deben recaer sobre facturas, boletas, guías de despacho, notas de crédito o débito, sin necesidad de que estos documentos se encuentren timbrados por el Servicio de Impuestos Internos, y c).- La documentación forjada, vendida o facilitada, debe ser falsa, falsedad que puede ser tanto material, alterándose el sentido del documento

mismo en su corporeidad física, o ideológica, haciendo constar en el documento cosas falsas o mentirosas, usando formas aparentemente reales o auténticas.

En cuanto a la faz subjetiva del tipo,<sup>139</sup> ella está integrada por el dolo directo, lo que queda de manifiesto en la voz “maliciosamente” que emplea la disposición legal en análisis; y , además por un elemento subjetivo adicional, consistente en que la acción se ejecute con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos tributarios previstos en los incisos 1º, 2º y 3º del N°4 del artículo 97 del Código del Ramo. En consecuencia, el sujeto activo debe confeccionar las facturas, venderlas o facilitarlas, a sabiendas de la mendacidad de las mismas y con el propósito de cometer o hacer posible la comisión de alguno de los otros delitos tributarios que castiga esta disposición.

#### **a).-Tipo objetivo del delito del inciso final del artículo 97 N°4 del Código Tributario**

Su verbo rector es : “confeccionar, vender o facilitar” los documentos contables y tributarios señalados. Por lo demás, en cuanto a los sujetos; se trata de un tipo en que el legislador ha hecho sancionable a cualquier persona, por lo que se trata de un sujeto activo común, prescindiéndose de la calidad de contribuyente.

**El objeto material** involucrado en esta figura típica está dado por las “ las guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas”. Todas ellas deben ser falsas independientemente de si están o no timbrados por el Servicio.

La Conducta es de carácter comitiva, ya que solo de esta forma es posible cumplir con los verbos rectores “confeccionar, vender o facilitar”

**El Resultado** consiste en la mera actividad, pues se emplea la expresión “posibilitar la comisión”

Los Elementos Normativos del Tipo han sido señalados en cuanto a su alcance por el Servicio de Impuestos Internos, debiendo comprender por “factura falsa”; aquella que, en su materialidad o contenido falsa a la verdad. Agrega que “La falsedad del documento puede ser material, esto es, que en él se hayan adulterado los elementos físicos que conforman la factura” o bien, “ideológica”, cuando la materialidad del documento no está adulterada, pero las operaciones que en ella se consignan son

---

<sup>139</sup> Considerando 9º de la Sentencia de fecha 18 de Marzo de 2005 del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle- Causa RUC. N° 021000024-8, RIT. N° 6-2005. Cfr. Ugalde Prieto, Rodrigo, ob.cit. pág.32.

mentirosas o inexistentes. La misma Circular citada expresa, referente a que “las circunstancias de no ser ubicado el presunto emisor del documento en el domicilio indicado en éste, de ser no concurrente a notificaciones del Servicio o de encontrarse observado negativamente en los sistemas informáticos que mantiene la administración tributaria, no constituyen, por sí solas, presunciones que justifiquen la calificación de “factura falsa”. Lógico resulta hacer extensible este concepto de falsedad a los otros documentos tributarios a que se refiere este inciso final del N° 4 del artículo 97.

#### **b).-Tipo subjetivo del delito del inciso final del N° 4 del artículo 97**

El adverbio “maliciosamente”<sup>140</sup> con que se inicia este inciso no deja ninguna duda en cuanto a la disposición interna que debe guiar al sujeto activo en este inciso final. Es, por tanto, un tipo doloso.

Cuando se señala que el agente debe tener como propósito posibilitar o cometer los delitos descritos en el número que analizamos, encontramos que aquél ha de tener un ánimo paralelo y distinto al dolo. Consecuentemente, la existencia de estos elementos subjetivos del tipo, nos dará la posibilidad de distinguir entre un autor del delito y aquél que, aún realizando, por ejemplo, la confección dolosa del instrumento, pero que no ha obrado con el objeto de “cometer o posibilitar” alguno de los delitos sancionados, no tendrá tal calidad de autor.

Lo dicho precedentemente tiene relevancia en cuanto a “la participación”, pues aquel que intervenga en la confección, venta o facilitación de los tantas veces señalados instrumentos tributarios, pero que carezca del elemento subjetivo del tipo analizado precedentemente, no será autor. Sólo responderá criminalmente como cómplice, ya que coopera en la ejecución del hecho y no se adecua su actuar a ninguno de los casos del artículo 15 del Código Penal. Cabe recordar que en este último, se establece quienes serán considerados como autores de los delitos descritos por la ley.

La pena establecida para esta figura penal es la de Presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de hasta 40 unidades tributarias anuales.

#### **c).-La punibilidad en los delitos del artículo 97 N° 4 del Código Tributario vulnera el Principio de la Proporcionalidad**

Las multas y su mínimun actúan como inhibidor económico de la

---

<sup>140</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/ García Escobar, Jaime, ob.cit. página, páginas 31 y ss.

intención de cometer alguno de los fraudes de que tratamos. Ello, ya que al ser la multa siempre igual o mayor al monto defraudado, al final el infractor, de ser sorprendido terminará con un balance negativo en sus arcas, con el plus de sufrir la pena privativa de libertad asociada. Existe acuerdo en la doctrina que dicha sanción compuesta es de una gravedad excesiva, incluso si es considerado el mayor desvalor que se atribuye al resultado de la conducta sancionada. Aún si consideráramos que la conducta descrita en este numeral es de mayor reprochabilidad que las demás que se analizarán , **las penas vulneran el Principio de la Proporcionalidad**, pues carecen de equivalencia con las previstas para delitos que atentan contra bienes jurídicos más valiosos e importantes para la sociedad que el Patrimonio Fiscal. La opinión mayoritaria de la dogmática nacional rechaza desde el punto de vista de la política criminal, la utilización e instrumentalización en forma severa del Derecho Penal como mecanismo de defensa frente a las evasiones fraudulentas de impuestos. De este modo, a través de la legislación se ha recurrido a una penalización desproporcionada para cubrir y solapar las manifiestas imperfecciones del sistema tributario. Para graficar de manera clara la instrumentalización que se ha hecho , en nuestra opinión inadecuadamente; del Derecho Penal en materia tributaria. Es el mismo Servicio de Impuestos Internos quien señala que “de las disposiciones legales cabe colegir que el objetivo principal que persigue el legislador al introducir las modificaciones de que tratan, consisten, indudablemente , en sancionar en forma drástica y ejemplarizadora ciertas actuaciones delictuales realizadas por individuos inescrupulosos que, aprovechándose de la existencia de normas legales que contemplan beneficios, bonificaciones u otras prestaciones a favor de determinadas personas o contribuyentes, obtuvieren dolosamente beneficios pecuniarios cuantiosos en perjuicio del Fisco. Ello, evidentemente, con el propósito de impedir que estos graves hechos, de conocimiento público, vuelvan a repetirse. Para estos efectos, se aumentan las multas y las penas corporales, establecidas para determinados delitos tributarios, se amplía el alcance de algunas disposiciones y se crean circunstancias agravantes de responsabilidad penal” .

Sin perjuicio de lo antedicho supra, con respecto al inciso 4º del N° 4 del artículo 97 en comento, nos referiremos a otros aspectos del mismo. Esta disposición, no es más que la aplicación concreta, recogida por el legislador tributario, de una de las reglas del artículo 75 del Código Penal aplicada a la situación específica de los delitos del artículo 97 del Código tributario. En efecto, por aplicación del artículo 75 del Código Penal, cuando un delito sea el medio necesario para cometer otro, sólo se

impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. Como es deducible, la aplicación práctica de de este inciso 4º será muy restringida, toda vez que los anteriores incisos del mismo N°4 del artículo 97 contemplan, mayoritariamente, hipótesis en que “el uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados” forma parte de la estructura de cada figura. Por lo tanto, en la medida en que el citado “uso malicioso” es un elemento inherente a cada tipo, sin el mismo, difícilmente se podrán configurar. Es tanto así, que resulta de suyo imposible concebir la comisión de los delitos de los incisos 2º y 3º puedan cometerse sin el empleo de facturas u otros documentos falsos o adulterados. Eventualmente, podría tener aplicación la disposición del inciso 4º respecto de la figura residual del inciso 1º, aunque será el análisis caso a caso el que determinará su uso.

### **4.3.- Otros tipos penales**

#### **4.3.1- Otras figuras calificadas como delitos tributarios en el artículo 97 del Código Tributario**

##### **4.3.1.1.- Delito contemplado en el N°5 del artículo 97 del Código Tributario<sup>141</sup>**

Se sanciona la siguiente conducta:

**La omisión maliciosa de declaraciones exigidas por las leyes tributarias para la determinación o liquidación de un impuesto, en que incurran el contribuyente o su representante, y los gerentes y administradores de personas jurídicas o los socios que tengan el uso de la razón social, con MULTA del 50% al 300% del impuesto que se trata de eludir y con PRESIDIO MENOR en sus grados medio a máximo.**

Los requisitos copulativos del delito son los siguientes:

1.- Que una ley tributaria exija la presentación de declaraciones. Dentro de este elemento deben entenderse incluidos aquellos casos en que el Servicio de Impuestos Internos exige la presentación de declaraciones en uso de las facultades que al respecto le hubiere conferido la ley.

2.- Que se trata de una **DECLARACIÓN EXIGIDA PARA LA DETERMINACIÓN o LIQUIDACIÓN** de un **IMPUESTO**. En consecuencia, no se configuraría la infracción si las declaraciones fueren exigidas con fines de información o estadística.

---

<sup>141</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit., página 36



3.- Que se haya OMITIDO la declaración , es decir, que el contribuyente o su representante se haya abstenido de hacer y de presentar la declaración.

4.- Que la OMISIÓN sea MALICIOSA . Es decir , el contribuyente debe incurrir en la omisión en estudio con la intención positiva de privar al Fisco de la percepción de tributos que legítimamente le corresponden y requiriendo que el agente haya tenido claramente el concepto de obligatoriedad<sup>142</sup> .

**El Tipo objetivo del delito del N° 5 del artículo 97:** La “omisión maliciosa” de declaraciones necesarias para la determinación o liquidación de un impuesto. Aquí se castiga al sujeto que omite hacer declaraciones estando obligado a hacerlas, omisión de declaraciones que, desde el punto de vista causal, impiden que el Fisco pueda percatarse del monto de las operaciones gravadas y que, por consiguiente, impiden que aquél se haga de los impuestos que le corresponde aplicar a este contribuyente.

**El sujeto activo debe ser EL CONTRIBUYENTE** o su REPRESENTANTE. Así lo establece expresamente la norma en análisis.

En el caso de PERSONAS JURÍDICAS los sujetos activos son LOS GERENTES y ADMINISTRADORES o los SOCIOS que tengan EL USO DE LA RAZÓN SOCIAL, tal como lo dispone el N° 5 del artículo 97 del Código Tributario. Al respecto debe preguntarse qué ocurre cuando son varios los GERENTES o ADMINISTRADORES, o varios son LOS SOCIOS CON USO DE LA RAZÓN SOCIAL. En opinión de Rodrigo Ugalde P. no basta con el sólo hecho del nombramiento como GERENTE O ADMINISTRADOR o COMO SOCIO a cargo del uso de la razón social para ser responsabilizado por este delito pues, de lo contrario, la expresión “maliciosa” que se contiene en el texto estaría demás. En consecuencia se requiere, además de dichos títulos, conocimiento de la obligatoriedad de la declaración y voluntad de omitirla para evitar el pago del impuesto<sup>143</sup> .

En relación con **el OBJETO de esta figura penal**; la ley habla de omisión maliciosa de ciertas declaraciones, no se trata de una cualquiera. Una declaración de inicio de actividades no está vinculada, necesariamente, a darle al Fisco la información respecto de la “determinación o liquidación del impuesto”. En ella lo que el contribuyente efectúa en esencia, es informar al ente administrativo que va a ejecutar actos de comercio gravados. Por lo mismo, son erróneas las sentencias que han pretendido aplicar este precepto en las omisiones maliciosas de declaraciones que las

---

<sup>142</sup> Vallejos Castro, Eduardo, ob.cit. página 364.

<sup>143</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , páginas 38 y 39

leyes tributarias exigen por simples afanes de carácter de control o inspección pero que no están destinados a ocultar la información relativa a las operaciones propias gravadas del contribuyente.

**La Conducta** : En esta figura penal es de Omisión. A este respecto, hay que señalar que en el N° 2 del artículo 97 del Código Tributario se sanciona como CONTRAVENCIÓN: “El retardo u omisión en la presentación de declaraciones o informes que constituyan la base inmediata para la determinación de un impuesto..”

¿Cuál es la diferencia entre una y otra conducta?.-

Claramente lo es el adverbio MALICIOSAMENTE , pues solamente la OMISIÓN maliciosa de este tipo de declaraciones configura el delito en estudio. Los restantes casos de omisiones se encuadran dentro de la contravención referida.

Sobre este punto, conviene citar a don EDUARDO VALLEJOS CASTRO, quien señala:

“Por ello no basta la simple omisión, olvido o retardo del contribuyente, sino requiere que el agente haya tenido claramente el concepto de obligatoriedad, y a pesar de conocer cabalmente su deber tributario de formular esta declaración, la haya omitido, buscando una forma para evitar el pago del impuesto. La doctrina y la jurisprudencia, reafirman esta posición”.<sup>144</sup>

En el mismo sentido don ALEJANDRO DUMAY PEÑA señala que: la frase “impuesto que se trata de eludir”, unida a la expresión “maliciosa”, que se emplean en el tipo, nos llevan a la conclusión de que constituye un requisito indispensable para la configuración del delito que analizamos, la circunstancia de que la omisión esté dirigida precisamente a eludir impuestos, impidiendo a través de la omisión de las declaraciones, su determinación o liquidación.

No aparecería de manifiesto la malicia que el delito requiere , si, por ejemplo, el contribuyente ha realizado trámites para lograr una prórroga del plazo para presentar su declaración, o ha hecho gestiones , a fin de obtener facilidades para el pago del impuesto respectivo, etc. La omisión maliciosa es , pues, la que evidencia un definido propósito de eludir los impuestos a que la declaración se refiere.<sup>145</sup>

El resultado de este tipo penal es de “mera actividad”, determinado porque al señalarse la sanción, esta se asocia al monto de que se “trata” de eludir.

---

<sup>144</sup> Vallejos Castro, Eduardo, ob. cit. , página 364

<sup>145</sup> Dumay Peña, Alejandro, ob. cit, página 188

## **Elementos Normativos del Tipo Penal del N°5 del artículo 97**

Este numeral comienza con la expresión “la omisión maliciosa de declaraciones exigidas por *las leyes tributarias...*” Estas últimas no son sólo las del Impuesto a La Renta, que obliga a hacer una declaración de impuesto, sino que también, por ejemplo, el del D.L. N° 828 de Impuesto a Los Tabacos. Esta normativa exige que toda persona natural o jurídica que comercialice tabacos o cigarrillos, debe “hacer una declaración por escrito al Servicio de Impuestos Internos, del precio a que se venda al consumidor la mercadería gravada”. Entonces, el precio señalado en esta declaración será la base imponible sobre la cuál se gravará con una mínima tasa de un 60,4 %. Así, la omisión maliciosa de este tipo de declaraciones también cabría dentro de las conductas sancionadas por este numeral.

## **Tipo Subjetivo del delito del N° 5 del artículo 97**

La expresión “malicioso” importa una omisión dolosa. En consecuencia, las omisiones de carácter culposo, por descuido, negligencia, error, olvido, desinformación, estarían castigadas en la figura infraccional del N° 2 del artículo 97 del Código Tributario. El término malicioso implica, naturalmente que el sujeto tenga la calidad de contribuyente, sepa que es tal y conozca en términos generales que está sujeto a un gravamen derivado de las operaciones que ha llevado a cabo. Por lo demás, ha de tener conocimiento que está obligado a hacer algunas declaraciones de las cuales derivaría la información necesaria para que el Fisco pudiera cobrar los impuestos correspondientes y, por consiguiente, esta omisión está al servicio de un escamoteo al derecho que tiene el Fisco a cobrar los impuestos.

**Punibilidad de este Tipo Penal:** Este delito se castiga con MULTA del 50% al 300% del impuesto que se trata de eludir y con PRESIDIO MENOR en sus grados medio a máximo. O sea se trata de un SIMPLE DELITO, de acuerdo a las reglas del artículo 21 del Código Penal. Se destaca la gran importancia que tendrá la prueba del actuar malicioso del agente. Si ello no se logra acreditar por el Servicio de Impuestos Internos, se sancionará conforme al N° 2 del artículo 97, con una multa que jamás será superior al 30% de los impuestos adeudados y no contempla penas privativas de libertad.

#### 4.3.1.2.- Delito contemplado en el N° 8 del artículo 97 del Código Tributario<sup>146</sup>

Se castiga: El comercio ejercido a sabiendas sobre mercaderías, valores o especies de cualquiera naturaleza sin que se hayan cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que graven su producción o comercio.

Este delito se sanciona con MULTA del 50% al 300% de los impuestos eludidos y con PRESIDIO O RELEGACIÓN MENORES en su grado medio. De este modo , también aquí estamos frente a un simple delito. La reincidencia será sancionada con pena de PRESIDIO O RELEGACIÓN MENORES en su grado máximo . En consecuencia, aun en este caso, se sigue tratando de un SIMPLE DELITO.

Los requisitos copulativos para la configuración del delito son los que siguen:

1.- Que se Ejerza el Comercio, ESTO ES, que se ejecuten uno o más actos de comercio. Esta exigencia debemos relacionarla con el artículo 3° del Código de Comercio, que los enumera;

2.-Que el objeto del comercio sean mercaderías, valores o especies de cualquiera naturaleza, cuya producción o comercio esté gravada con algún tributo.

De este modo, si el objeto del comercio no es alguno de los señalados precedentemente NO se configura el delito.

3.- Que no se hayan cumplido las obligaciones de declarar y pagar el impuesto de que se trata.

En consecuencia, el cumplimiento de cualquiera de estas obligaciones excluye el delito, ya que se requiere en forma copulativa que no se haya declarado ni pagado el impuesto.

4.-Que el contribuyente tenga conocimiento de que no se ha cumplido con las obligaciones señaladas, pues la norma contiene la expresión A SABIENDAS.

El autor ALEJANDRO DUMAY PEÑA , estima al respecto que;

**“Se trata de un delito de acción en el que la responsabilidad recae, no**

---

<sup>146</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 39.

**en el vendedor o industrial que debió cumplir la obligación, sino que en el comprador que comercia con las mercaderías a sabiendas de que no se han cumplido las exigencias legales señaladas”<sup>147</sup>**

#### **4.3.1.3.- Delito contemplado en el N° 9 del artículo 97 del Código Tributario<sup>148</sup>**

El ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria, con MULTA del 30% de 1 UTA a 5 UTA y con PRESIDIO O RELEGACIÓN MENOR en su grado medio y , además, con el COMISO de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos.

Este delito SE SANCIONA CON MULTA del 30% de una Unidad Tributaria Anual a cinco Unidades Tributarias Anuales y con PRESIDIO O RELEGACIÓN MENORES en su grado medio y, además, con el COMISO de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos. De este modo aquí también estamos frente a un SIMPLE DELITO.

Los requisitos copulativos de este delito son :

1.- Que se ejerza el comercio o la industria.

Por ejercer el comercio debemos entender la ejecución de actos de comercio, por lo que debemos remitirnos al artículo 3° del Código de Comercio. A las empresas industriales se refiere el N° 5 del artículo 3° precitado.

En la legislación tributaria solamente encontramos un concepto de tal en el artículo 6° del Reglamento del D.L. N° 825, que señala:

**“Para los efectos de la aplicación de la ley, se considerará “Industria” el conjunto de actividades desarrolladas en fábricas, plantas o talleres destinados a la elaboración, reparación, conservación, transformación, armadura, confección, envasamiento de sustancias, productos o artículos en estado natural o elaborados o para la prestación de servicios , tales como molienda, tintorerías, acabado o terminación de artículos.”**

2.- Que dicho ejercicio sea efectivamente clandestino.

La CLANDESTINIDAD es el elemento más importante.

Debe entenderse por CLANDESTINO el comercio o la industria ejercidas en forma SECRETA, CON EL CLARO OBJETIVO DE ELUDIR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY.

---

<sup>147</sup> Dumay Peña, Alejandro, ob. cit. , página 191

<sup>148</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 40.

Por lo tanto, si existe un establecimiento comercial o industrial abierto al público, con Iniciación de Actividades y ejerciendo dichas actividades a la vista de todos, pero sin cumplir con las restantes normas tributarias ( por ejemplo; no emite boletas), no se configura este delito.

Respecto de este ilícito es interesante señalar lo siguiente;

“Al discutirse el proyecto del Código Tributario , se dejó constancia de que no caben dentro del delito que se establece en este número, las personas que no tienen ánimo de clandestinidad, tales como los pequeños artesanos que trabajen en sus propios domicilios y que colocan algún letrero visible que anuncia su oficio”<sup>149</sup>

**Bien jurídico protegido:** La doctrina del Servicio de Impuestos Internos afirma que es el Orden Público económico, y que la Jurisprudencia ha definido “como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, debe ser entendida en un sentido amplio, de tal manera que la expresión “normas legales” debe comprender las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado”<sup>150</sup>.

A este respecto, La Excelentísima Corte Suprema ha señalado : “De esta forma, el Orden Público Económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución : libertad, subsidiaridad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros”.

### **Elementos objetivos del tipo**

Sujeto activo : No exigiría un sujeto calificado. De manera que no es requisito para cometer este delito que el sujeto activo sea contribuyente, tenga RUT asignado y haya dado aviso de iniciación de actividades. Este delito pretende sancionar a aquellos que realizan actos de comercio clandestinamente , ocultos a la autoridad fiscalizadora violentando el orden público económico.

Verbo rector : Es el “ejercicio” del comercio. El diccionario de la Real Academia, lo define como “ 2.- Acción y efecto de ejercer ”; por su parte,

---

<sup>149</sup> Dumay Peña, Alejandro, ob.cit. , página 194.

<sup>150</sup> Navarrete Gómez, Manuel, “Seminario sobre Asociación Ilícita” , Experiencias y Tendencias Actuales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile , página 77; Cfr. Cea Egaña, José Luis, “Tratado de la Constitución de 1980”, Editorial Jurídica de Chile, página 158

ejercer significa: “1.-Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión”. En el tipo penal en comento, se trata del ejercicio de los actos propios del comercio.

**Elemento descriptivo de la conducta:** “ efectivamente clandestino”. En relación con este punto el Diccionario de La Real Academia dice que es “clandestino”: **lo que se hace secretamente por temor a la ley o para eludirla**”, concepto que coincide con el sentido que utiliza el Código tributario en su segunda acepción “Lo que se hace secretamente para eludir el cumplimiento de la ley”. Nuestra legislación no lo ha definido, pero existe una serie de referencias a determinadas normas legales que permiten elaborar el concepto de clandestinidad; artículo 713 del Código Civil; artículo 168 inciso 1º y 169 inciso 3º de la Ley Nº 17.105 sobre Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres; y el artículo 15 inciso 2º de la Ley 18.287 que establece Procedimiento ante Los Juzgados de Policía Local y que hace mención al comercio clandestino.

**Elemento subjetivo del Tipo :** debemos entender que se necesita dolo directo, pues el sujeto sabe lo que hace y quiere lo que hace.

#### 4.3.1.4.- **Delito contemplado en el inciso 3º del N° 10 del artículo 97 del Código Tributario**<sup>151</sup>

Se sanciona la REITERACIÓN de las infracciones señaladas en el inciso 1º del N° 10 se sancionará además con PRESIDIO O RELEGACIÓN MENOR EN SU GRADO MAXIMO.

Para estos efectos se entenderá que HAY REITERACIÓN cuando se cometan dos o más infracciones entre los cuales no medie un período superior a tres años. Así lo dispone el inciso 3º del N° 10 del artículo 97 del Código Tributario.

O sea, atendida la señalada penalidad estamos frente a un SIMPLE DELITO.

Como se observa, se trata de una norma especial de reiteración, diversa a las señaladas en el artículo 112 del Código Tributario.

Las infracciones del inciso 1º del N° 10 – que se analizará someramente al revisar las contravenciones- son las siguientes;

---

<sup>151</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 44.

- El NO OTORGAMIENTO de guías de despacho, de facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas en los casos y en la forma exigidos por las leyes;
- El uso de boletas no autorizadas o de facturas , notas de débito, notas de crédito o guías de despacho sin el timbre correspondiente;
- El fraccionamiento del monto de las ventas o el de las otras operaciones para eludir el otorgamiento de boletas.

**A este efecto hay que tener presente lo dispuesto en el inciso 6° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado de 1980, que dispone:**

**“ La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”**

El autor Rodrigo Ugalde P. estima que esta norma vulnera la referida norma constitucional, ya que cometándose dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a tres años, estaría configurado el delito.<sup>152</sup>

#### **4.3.1.5.- Delito contemplado en el N° 12 del artículo 97 del Código Tributario<sup>153</sup>**

Se sanciona: La reapertura de un establecimiento comercial o industrial o de la sección que corresponda, con violación de una clausura impuesta por el Servicio, con MULTA del 20% de 1 UTA a 2 UTA y con PRESIDIO O RELEGACIÓN MENOR en su grado medio.

Dada la penalidad de esta figura, también se trata de UN SIMPLE DELITO.

Los requisitos copulativos de delito son los siguientes;

1.- Que el Servicio de Impuestos Internos haya aplicado la Sanción de CLAUSURA.

Aquella consiste en obligar al contribuyente a mantener cerrado su establecimiento comercial o industrial o una parte de él, según corresponda.

Ello se cumple por el Servicio de Impuestos Internos mediante la colocación de un letrero que indica la causal por la cual se ha sancionado. También se procede a la colocación de sellos en el local clausurado.

---

<sup>152</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar , Jaime; ob. cit. , página 44.

<sup>153</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 44.



El autor EMILIO CHARAD DAHUD opina al respecto;

**“La sanción de clausura se aplica previa resolución que la ordene. Pero no basta que se haya dictado la resolución y que ésta se haya notificado al infractor y se encuentre a firme o ejecutoriada; debe, además, haberse iniciado el cumplimiento de la sanción, esto es, debe haberse clausurado materialmente el establecimiento comercial o industrial”<sup>154</sup>**

La CLAUSURA es una de las sanciones que se establecen por la CONTRAVENCIÓN prevista en el N° 10 del artículo 97 del Código Tributario.

2.- Debe encontrarse vigente la aplicación de una sanción de CLAUSURA impuesta por el Servicio de Impuestos Internos.

Por lo tanto, si el período legal de clausura ya se cumplió y, a pesar de ello, el Servicio de Impuestos Internos no ha concurrido a levantarla, no se configura la infracción si es que el contribuyente procede a reabrir el establecimiento clausurado.

3.- Debe violarse La CLAUSURA mediante la REAPERTURA del establecimiento comercial o de la sección que corresponda.

El párrafo 5730.15 del MANUAL DEL S.I.I. señala a este respecto: **“ Por reapertura del establecimiento debe entenderse el hecho de volver a ejercer el comercio o la industria, según el caso, en el establecimiento que fue clausurado. La simple circunstancia de abrir el local a raíz de un accidente, por ejemplo, no podría considerarse como constitutiva de esta infracción, pues faltaría el elemento culpabilidad, toda vez que el hecho se habría debido a un caso fortuito”**.

#### 4.3.1.6.- Delito contemplado en el N° 13 del artículo 97 del Código Tributario<sup>155</sup>

Se sanciona; La destrucción o la alteración de sellos o cerraduras puestos por el Servicio, o la realización de cualquiera otra operación destinada a desvirtuar la aposición de sellos o cerraduras, con MULTA de ½ UTA a 4 UTA y PRESIDIO MENOR en su grado medio.

Dada la reseñada penalidad también nos encontramos aquí frente a UN SIMPLE DELITO.

Los requisitos copulativos del delito son:

1.- Debe haberse procedido a la aposición de sellos o cerraduras por el

---

<sup>154</sup> cfr. Charad Dahud, Emilio, “El Código Tributario”, página 536 y Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit., página 45

<sup>155</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit., página 46.

Servicio de Impuestos Internos.

Esta es una medida que el Servicio de Impuestos Internos está autorizado a decretar conforme al N° 3 del artículo 161 del Código Tributario. Asimismo, se colocan sellos cuando se procede a la clausura, conforme al N° 10 del artículo 97 del mismo Código, sin perjuicio de otras normas legales que lo autorizan.

2.- Deben haber sido destruidos dichos sellos o cerraduras o debe haber sido realizada cualquiera otra operación destinada a desvirtuar su oposición.

Por ejemplo: Entrando a un local que ha sido cerrado mediante el arbitrio de levantar techumbre.

Hay que destacar que el inciso 2° de esta norma establece una presunción legal de responsabilidad del contribuyente en los siguientes términos:

**“Salvo prueba en contrario, en los casos del inciso precedente, se presume la responsabilidad del contribuyente y, tratándose de personas jurídicas, de su representante legal”.**

Tratándose de una presunción legal- y no de derecho- de responsabilidad penal, se respeta aquí la prohibición establecida en el inciso 6° del N° 3 del artículo 19 de La Constitución Política del estado de 1980, según el cual: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”

#### 4.3.1.7. - Delitos previstos en el N° 14 del artículo 97 del Código Tributario

En este numeral hay que distinguir los siguientes delitos<sup>156</sup>:

a).- Delitos del inciso 1° : Se sanciona allí:

**“ La sustracción , ocultación o enajenación de especies que queden retenidas en poder del presunto infractor, en caso que se hayan adoptado medidas conservativas , con MULTA de ½ UTA a 4 UTA y PRESIDIO MENOR en su grado medio”.**

O sea dada la penalidad establecida, nuevamente nos encontramos frente a un SIMPLE DELITO.

Los requisitos copulativos de este delito son los que siguen:

1.- Que el Servicio de Impuestos Internos haya ordenado, como medida

---

<sup>156</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 47.

conservativa, la retención de especies, dejándolas en poder del presunto infractor.

2.-Que se encuentren vigentes las medidas conservativas. Por lo tanto, si las medidas conservativas han sido dejadas sin efecto, no se configura el delito.

3.- Que las especies retenidas en poder del presunto infractor sean:

- Sustraídas
- Ocultadas o
- Enajenadas

Para los efectos de interpretación de este requisito hay que estar a las definiciones del Diccionario de La Real Academia de La Lengua Española.

b).- Delito del inciso segundo:

La norma dispone que:

**“ La misma sanción se aplicará al que impidiere en forma ilegítima el cumplimiento de la sentencia que ordene el comiso”**

Los requisitos copulativos de este delito son los siguientes:

1.- Que se haya dictado sentencia ejecutoriada que ordene el comiso.

El COMISO- como se ha visto- es una pena asociada al delito del N° 9 del artículo 97 del Código Tributario.

2.- Que se trate de impedir, en forma ilegítima, el cumplimiento de la sentencia que ordena el Comiso.

En consecuencia, solamente se configura el delito cuando se trata de impedir el cumplimiento de la sentencia por medios ilegítimos, esto es, contrarios a la ley. No ocurrirá aquello si el contribuyente deduce recursos en contra de la sentencia que ordena el comiso, dado que con ellos se trata de impedir en forma LEGÍTIMA la referida sentencia.

#### 4.3.1.8.- Delito contemplado en el N° 18 del artículo 97<sup>157</sup>

Se sanciona a : Los que compren y vendan fajas de control de impuestos o entradas a espectáculos públicos en forma ilícita, serán sancionados con MULTA de 1 a 10 UTA y PRESIDIO MENOR en su grado medio.

La Sanción Pecuniaria podrá hacerse efectiva indistintamente en contra del que compre, venda o mantenga fajas de control y entradas a espectáculos públicos en forma ilícita,

Este simple delito carece hoy por hoy de importancia práctica, por cuanto

---

<sup>157</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 48.

no existen fajas de control de impuestos. Aquellas se encontraban en el antiguo texto de la Ley de Impuesto a Los Alcoholes y Bebidas Alcohólicas.

#### 4.3.1.9.- **Delito contemplado en el N° 22 del Artículo 97 del Código Tributario**<sup>158</sup>

Se sanciona a : **“El que maliciosamente utilizare los cuños verdaderos u otros medios tecnológicos de autorización del Servicio para defraudar al Fisco, será sancionado con pena de PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO A MAXIMO y una MULTA de hasta 6 UTA.”**

Nuevamente nos encontramos frente a un SIMPLE DELITO.

Los requisitos copulativos de este nuevo delito que ha sido incorporado al Código Tributario por Ley 19.738, publicada en el D.O. el 19 de junio de 2001, son los siguientes:

1.- El sujeto activo, que puede ser cualquier persona, debe obrar MALICIOSAMENTE.

Respecto del alcance del adverbio maliciosamente , hay que remitirse a lo dicho al tratar los delitos previstos en el inciso 1° del N° 4 del artículo 97.

2.- La acción maliciosa debe consistir en utilizar los cuños verdaderos u otros medios tecnológicos de autorización del Servicio de Impuestos Internos con una finalidad específica: para defraudar al Fisco.

De este modo, si no se acredita esta precisa finalidad, no se configura el delito.

#### 4.3.1.10.- **Delito del N° 23 del artículo 97 del Código Tributario**<sup>159</sup>

Hay que distinguir los siguientes delitos:

a).- Delito del inciso 1° : Se castiga a : **“ El que maliciosamente proporcionare datos o antecedentes falsos en la declaración inicial de actividades o en sus modificaciones o en las declaraciones exigidas con el objeto de obtener autorización de documentación tributaria, será sancionado con pena de PRESIDIO MENOR en su grado medio a máximo y con MULTA de hasta 8 Unidades Tributarias Anuales”**.

Los requisitos copulativos de este nuevo delito, también incorporado al Código Tributario por Ley 19.378, son :

---

<sup>158</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 49.

<sup>159</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 49.

1.- Sujeto activo, que puede ser cualquier persona, debe obrar MALICIOSAMENTE;

2.- El obrar malicioso debe concretarse en el proporcionar datos o antecedentes falsos en los siguientes documentos:

- Declaración inicial de actividades. Esta importante declaración, con la cual el contribuyente nace a la vida tributaria resulta de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Tributario, cuyo inciso cuarto dispone:

**“La declaración inicial se hará en un formulario único proporcionado por el Servicio, que contendrá todas las enunciaciones requeridas para el enrolamiento del contribuyente en cada uno de los registros en que deba inscribirse . Mediante esta declaración inicial, el contribuyente cumplirá con todas las obligaciones de inscripción que correspondan, sin necesidad de otros trámites. Para estos efectos, el Servicio procederá a inscribir al contribuyente inicial en todos los registros que procedan”.**<sup>160</sup>

b) Delito inciso 2º: Se sanciona allí a :

**“El que concertado facilitare los medios para que en las referidas presentaciones se incluyan maliciosamente datos o antecedentes falsos, será sancionado con pena DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO y con MULTA de 1 unidad tributaria mensual a 1 unidad tributaria anual.”**

En este segundo caso, lo novedoso que corresponde destacar es la EXIGENCIA DE CONCERTACIÓN para las personas que facilitan los medios se les pueda imputar el delito. O sea, en nuestra opinión, a ellas se les deberá acreditar la UNIDAD DE PROPÓSITOS, LA INTENCIÓN COMÚN con el resto de los partícipes del delito.

#### 4.3.1.11.- Delitos del N° 24 del artículo 97 del Código Tributario<sup>161</sup>

Estos delitos fueron incorporados por ley N° 19.885, Diario Oficial de 6 de Agosto de 2002, norma que creó los siguientes delitos:

a).- Delitos del inciso 1º del N° 24 del artículo 97 del Código Tributario:

Este delito puede describirse así:

Se sanciona a LOS CONTRIBUYENTES de la Ley de Impuesto a La

---

<sup>160</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 50.

<sup>161</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 52.

## Renta que DOLOSAMENTE y en FORMA REITERADA:

A.- Reciban desde las instituciones a las cuales efectúen donaciones, contraprestaciones directas o indirectas o en beneficio de sus empleados, directores o parientes consanguíneos de éstos, hasta el segundo grado.

En el año inmediatamente anterior a aquél en que se efectúe la donación o, con posterioridad a ésta, en tanto la donación no se hubiere utilizado íntegramente por la donataria, o

B.- Simulen una donación.

En ambos casos, de aquellas que otorgan algún tipo de beneficio tributario, que implique en definitiva un menor pago de algunos de los impuestos referidos.

Serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Concepto especial de REITERACIÓN para el tipo penal del inciso 1° del N° 24:

“Para estos efectos, se entenderá que existe reiteración cuando se realicen dos o más conductas de las que sanciona este inciso, en el mismo comercial anual”.

Según la Circular N° 55 , de 16 de octubre de 2003, los requisitos de estos delitos son los siguientes:

1.- Que se efectúen donaciones de aquellas que otorgan beneficios tributarios, que en definitiva impliquen un menor pago de algunos de los impuestos establecidos en la Ley sobre Impuesto a La Renta.

2.- Que se reciban contraprestaciones de las instituciones donatarias. Estas contraprestaciones puede recibirlas el propio contribuyente donante o sus empleados, o los directores de la sociedad donante, o los parientes consanguíneos hasta el segundo grado de cualquiera de los receptores mencionados.

Las contraprestaciones puede efectuarlas directamente la institución beneficiaria por la donación o indirectamente, por intermedio de terceras personas.

Debe entenderse por contraprestación aquello que la donataria dé, haga, o se abstenga de hacer, en forma total o parcialmente gratuita a favor del donante o demás personas señaladas en la norma, en razón o a raíz de la donación.

3.- Que las contraprestaciones se realicen dentro del año anterior a aquél en que se efectúe la donación o con posterioridad a ésta, pero mientras ella no

se hubiere utilizado íntegramente por la donataria.

4.- Que exista dolo<sup>162</sup>.

En este caso **el dolo consistirá en la intención, voluntad o propósito de efectuar la donación, no con el simple ánimo de beneficencia, sino para obtener una contraprestación y, de este modo, realizar un aprovechamiento indebido de la franquicia tributaria.**

5.-Que exista reiteración, siendo la misma norma la que se ha encargado de señalar qué debe entenderse por la misma.

**Requisitos del Delito que pueden cometer los contribuyentes de la Ley de Impuesto a la Renta que simulen una donación:** Según la Circular N°55 , de 16 de Octubre de 2003, los requisitos de este delito son los que siguen;

1.- Que se simule una donación, ya sea que se trate de una simulación absoluta o relativa. Al efecto, habrá simulación absoluta si entre las partes no se ha celebrado acto o contrato alguno y relativa si se ha celebrado un contrato diferente a la donación.

2.- Que la donación aparentemente celebrada sea de aquellas que otorgan beneficios tributarios que implican un menor pago de alguno de los impuestos a la renta.

**b).- Delito del inciso 2° del N° 24 del artículo 97 del Código Tributario**

Se castiga a: “El que dolosamente destine o utilice donaciones de aquellas que las leyes permiten rebajar de la base imponible afecta a los impuestos de la Ley sobre Impuesto a la Renta o que otorgan crédito en contra de dichos impuestos, a fines distintos de los que correspondan a la entidad donataria de acuerdo a sus estatutos, serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

**c).- Delito del Inciso 3° del N° 24 del artículo 97 del Código Tributario<sup>163</sup>**

En este tipo penal se castiga a : “Los contribuyentes del impuesto de primera categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que dolosamente y en forma reiterada, deduzcan como gasto de la base imponible de dicho impuesto donaciones que las leyes no permiten rebajar, serán sancionados

---

<sup>162</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/ García Escaobar, Jaime, ob.cit. página 54.

<sup>163</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime, ob.cit. página 56.

con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

De acuerdo con lo señalado en la norma, podemos concluir que se sanciona a ciertos contribuyentes, esto es, los contribuyentes de IMPUESTO DE PRIMERA CATERGORÍA de la LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA, que DOLOSAMENTE y en FORMA REITERADA incurran en una conducta precisa, esto es, DEDUZCAN COMO GASTO de la BASE IMPONIBLE de dicho impuesto DONACIONES que las leyes NO PERMITEN REBAJAR.

Estos contribuyentes serán sancionados con la pena de PRESIDIO MENOR EN SUS GRADOS MEDIO A MAXIMO.

De acuerdo a la Circular N° 55 precitada, los requisitos de este delito son los que siguen;

1.- Que se deduzcan como gastos de la base imponible del impuesto de primera categoría de La Ley de La Renta, donaciones que las leyes no permitan rebajar.

Ahora bien, este requisito se entenderá que se cumple ya sea que la donación no corresponde a alguna de las autorizadas por las leyes o que no cumplan con los requisitos establecidos en la ley en la cual se asila.

2.- Que exista dolo.

Es decir, que la rebaja se efectúe a sabiendas que es improcedente y con el ánimo de disminuir los impuestos a pagar.

3.- Que haya reiteración de esta conducta. Esto significa que la deducción fraudulenta por una sola vez no alcanza a constituir el delito descrito por la norma, deben efectuarse dos o más deducciones para que se configure la figura penada<sup>164</sup>.

Entre ambos hechos no deben transcurrir mas de cinco años y se advierte que en este caso no es aplicable el lapso dentro del cual deben producirse las conductas que constituyen la reiteración, que señala el inciso 1° de este N° 24, puesto que, como la misma norma lo señala, sólo es aplicable a las conductas allí señaladas.

Lo expuesto en la antedicha CIRCULAR confirma que, como respecto de la REITERACIÓN no existe norma especial para el delito del inciso 3° del N° 24 del artículo 97 del Código Tributario, se debe aplicar la norma establecida en el inciso 3° del artículo 112 del mismo cuerpo de leyes, que dispone:

---

<sup>164</sup> Circular N°55 Exenta del SII. De 16 de Octubre de 2003.



“Sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 10 del artículo 97 en los demás casos de infracciones a las leyes tributarias, sancionadas con pena corporal, se entenderá que existe reiteración cuando se incurra en cualquiera de ellas en más de un ejercicio comercial anual”.

Se trata, como se observa en la penalidad establecida, de simples delitos.

#### 4.3.1.12.- Delitos del N° 25 del artículo 97 del Código Tributario<sup>165</sup>

Estos delitos fueron incorporados al Código Tributario por Ley N° 19.946, publicada en Diario Oficial de 11 de mayo de 2004. Esta norma creó los siguientes nuevos SIMPLES DELITOS:

**“25.- El que actúe como usuario de las Zonas Francas establecidas por ley, sin tener la habilitación correspondiente, o teniéndola, la haya utilizado con la finalidad de defraudar al Fisco, será sancionado con una multa de hasta ocho Unidades Tributarias Anuales y con presidio menor en sus grados medio a máximo”.**

**“Se sancionará con las penas establecidas en el inciso anterior a quien efectúe transacciones con una persona que actúe como usuario de Zona Franca, sabiendo que éste no cuenta con la habilitación correspondiente o teniéndola, la utiliza con la finalidad de defraudar al Fisco”.**

Como se observa, esta norma crea los siguientes delitos:

##### a).-Primer Delito del inciso 1° del N° 25 del artículo 97 del Código Tributario<sup>166</sup>

Se castiga la siguiente conducta: El que actúe como usuario de las Zonas Francas establecidas por ley, sin tener la habilitación correspondiente.

Los requisitos copulativos de este primer delito son:

a). Actuar como usuario de las zonas francas establecidas por ley.

Según lo recuerda la CIRCULAR N° 26, de 3 de junio de 2004: “tratándose de las zonas francas de Iquique y Punta Arenas, de acuerdo con el D.F.L. N° 341, anteriormente aludido, es “Usuario” toda persona natural o jurídica que haya convenido con la Sociedad Administradora el derecho a desarrollar actividades instalándose en la Zona Franca”.

La citada CIRCULAR, refiriéndose a la ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE TOCOPILLA, expresa: “...el concepto de “Usuario” no se encuentra

---

<sup>165</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 57

<sup>166</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime, ob.cit. páginas 57 y ss.

expresamente definido, por lo que para los fines de la adecuada incriminación del delito, deberá entenderse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.709, que son usuarios quienes cuentan con la certificación dada por el intendente de la II Región de Antofagasta, para actuar como tales y que les indica los lugares donde deben instalarse”.

b).- Sin tener la habilitación correspondiente.

Por “habilitación correspondiente” debemos entender lo siguiente:

b1).- Tratándose de las zonas francas de Iquique y Punta arenas, el contrato celebrado por el “Usuario” con la Sociedad Administradora, en virtud del cual se le otorga el derecho a desarrollar actividades instalándose en zona franca.

b2).- Tratándose de la Zona Franca Industrial de Tocopilla, la certificación dada por el Intendente de la II Región de Antofagasta, para actuar como USUARIO y que le indica el o los lugares donde debe instalarse.

#### **b).- Segundo Delito del inciso 1° del N° 25 del artículo 97 del Código Tributario**

Se sanciona la conducta que sigue: El usuario de las zonas francas establecidas por ley, que utilice la habilitación correspondiente para defraudar al Fisco.

A este respecto, la Circular N° 26, de 2004, explica: “Este es un delito de aquellos que la doctrina denomina “delito propio”, esto es, aquellos en que la ley exige en el sujeto activo una calidad especial, cual es, en este caso, que sea usuario de zona franca”.

Agrega la antedicha Circular: “Es del caso señalar que al usar el legislador la expresión “con la finalidad de defraudar al Fisco”, está aludiendo a un elemento subjetivo que indica que el sujeto activo del delito actúa con un ánimo preconcebido de lesionar patrimonialmente al Fisco. En tal sentido, para entender configurada la infracción se requiere demostrar que el sujeto activo ejecutó actos que incidieron directamente en un perjuicio del interés fiscal o, por lo menos, que los actos ejecutados estaban destinados a ello, aun cuando la acción no haya arribado a ese resultado”.

El perjuicio al interés fiscal, en todo caso, debe relacionarse con una lesión a la tributación fiscal interna y cuya fiscalización sea, de acuerdo con la ley, de competencia del Servicio de Impuestos Internos.

**c).- Tercer delito : del inciso 2° del N° 25 del artículo 97 del Código Tributario**

El tipo penal es el siguiente: Se sanciona a quien efectúe transacciones con una persona que actúe como usuario de zona franca, sabiendo que éste no cuenta con la habilitación correspondiente.

Según se observa. En este tipo penal, el sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que la norma comentada no requiere en dicho sujeto alguna calidad especial.

Sobre este nuevo delito la Circular N° 26 , de 2004, desarrolla las siguientes instrucciones:

“Esta figura, que es la contrapartida de la analizada en la letra a) precedente, sanciona al sujeto que realiza las transacciones comerciales con el que aparenta ser usuario de zona franca, sabiendo la simulación que éste desarrolla”.

“La prueba de materialidad de las transacciones, y del conocimiento de la simulación, corresponde, en todo caso, al Servicio, y ella se traducirá en demostrar que el sujeto activo del delito estaba en antecedentes o, por lo menos, que atendidas las circunstancias en que se efectuó la transacción no podía menos que saber que su contraparte no tenía las autorizaciones para actuar como usuario de la Zona Franca”

**d).- Cuarto Delito: inciso 2° del N° 25 del artículo 97 del Código Tributario**

En este tipo penal: Se sanciona a quien efectúe transacciones con una persona que actúe como usuario de zona franca, sabiendo que éste utiliza dicha calidad para defraudar al Fisco.

En esta figura penal el sujeto activo puede ser cualquier persona no requiriéndose una calidad especial para aquél.

Sobre este nuevo delito la Circular N° 26, de 2004, instruye lo que sigue: “Este ilícito está ligado al analizado en la letra b) precedente, y sanciona a la persona que realiza negocios con el usuario de la zona franca, sabiendo que éste utiliza dicha calidad con el propósito de defraudar al Fisco”

“En esta situación, la prueba de la materialidad de las transacciones efectuadas y del conocimiento del autor de las actividades defraudatorias del interés fiscal que desarrolla su contraparte, corresponde al Servicio.”

#### 4.3.1.13.- Delito del N° 26 del artículo 97 del Código Tributario <sup>167</sup>

Este delito fue incorporado al Código Tributario por Ley 20.052, publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 2005.

La Ley N° 20.052, modifica la Ley 18.052, en relación con el impuesto al gas y establece regulaciones complementarias para la utilización del gas como combustible en vehículos.

El impuesto establecido en el artículo 1° de la Ley 18.502, precepto que se sustituye por el N° 1 del artículo 1° de la Ley 20.052. Junto con ello, el artículo 2° de la Ley 20.052 agrega al artículo 97 del Código Tributario el siguiente N° 26:

**“26.- La venta o abastecimiento clandestino de gas natural comprimido o gas licuado de petróleo para consumo vehicular, entendiéndose por tal aquellas realizadas por personas que no cuenten con las autorizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 2° de la Ley 18.502, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio y una multa de hasta cuarenta Unidades Tributarias Anuales”.**

Los requisitos del nuevo delito son los siguientes:

1.- Sanciona la Venta o Abastecimientos Clandestinos de gas natural comprimido o gas licuado de petróleo para consumo vehicular. De este modo cualquier persona- aun cuando no se contribuyente-puede cometer este nuevo delito en tanto proceda a la VENTA o ABASTECIMIENTOS CLANDESTINOS de gas natural comprimido o gas licuado de petróleo para consumo vehicular.

2.- La CLANDESTINIDAD de la venta o del abastecimiento de gas natural comprimido o gas licuado de petróleo para consumo vehicular está- a diferencia de otros casos-expresamente definida en el nuevo tipo penal de la siguiente manera: “entendiéndose por tal aquellas realizadas por personas que no cuenten con las autorizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 2° de la Ley 18.502”. Por lo tanto y en definitiva hay que dirigirse **al texto del artículo 2° de la Ley N° 18.502, fijado por el N°2 del artículo 1° de la Ley 20.052.**

#### 4.3.2.-Otros delitos del Código Tributario

4.3.2.1.- **Delito establecido en el artículo 100 del Código Tributario:** El contador que al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance o que como encargado de la contabilidad de un contribuyente incurriere en falsedad

---

<sup>167</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 60

o actos dolosos, será sancionado con multa de una a diez unidades tributarias anuales y podrá ser castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo, según la gravedad de la infracción, a menos que le correspondiere una pena mayor como copartícipe del delito del contribuyente, en cuyo caso se aplicará esta última. Además, se oficiará al Colegio de Contadores para los efectos de las sanciones que procedan.

Salvo prueba en contrario, no se considerará dolosa o maliciosa la intervención del contador, si existe en los libros de contabilidad, o al término de cada ejercicio, la declaración firmada del contribuyente, dejando constancia de que los asientos corresponden a datos que este ha proporcionado como fidedignos.

4.3.3.- Revisados los delitos tributarios, nos corresponde analizar someramente las otras figuras penales denominadas **Infracciones o Contravenciones tributarias**<sup>168</sup> establecidas en el artículo 97 del Código Tributario , a saber:

**4.3.3.1.- Infracciones previstas en el N° 1 del artículo 97 del Código Tributario**<sup>169</sup>

Hay que distinguir las siguientes:

a1).-Infracciones del inciso primero: “El retardo u omisión en la presentación de declaraciones, informes o solicitudes de inscripciones en roles o registros obligatorios, que no constituyan la base inmediata para la determinación o liquidación de un impuesto, con MULTA de 1 UTM a 1 UTA.”

a2).-Infracciones del inciso segundo: “En caso de retardo u omisión en la presentación de informes referidos a operaciones realizadas o antecedentes relacionados con terceras personas, se aplicarán las multas contempladas en el inciso anterior. Sin embargo, si requerido posteriormente bajo apercibimiento por el Servicio, el contribuyente no da cumplimiento a estas obligaciones legales en el plazo de 30 días, se le aplicará además, una multa que será de hasta 0,2 UTM por cada mes o fracción de mes de atraso

---

<sup>168</sup> Cfr. Ugalde,P. Rodrigo , ob. cit. Página 83 quien expresa que ,el análisis de las infracciones administrativas se ha basado en el libro de autor García Escobar, Jaime, titulado Infracciones Tributarias no constitutivas de Delito Tributario. Ediciones Universidad del Desarrollo, año 2004

<sup>169</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 83

y por cada persona que se haya omitido, o respecto del cual se haya retardado la presentación respectiva. Con todo, la multa máxima que corresponda aplicar no podrá exceder a 30 UTA, ya sea que el infractor se trate de un contribuyente o de un Organismo de la Administración del Estado”. Esta infracción se incorporó al Código Tributario por La Ley 19.578, de 29 de Julio de 1998.

#### 4.3.3.2.- **Infracciones previstas en el N° 2 del artículo 97 del Código Tributario**<sup>170</sup>

Se consignan las siguientes infracciones:

b1).-Infracciones del inciso primero: “El retardo u omisión en la presentación de declaraciones o informes, que constituyan la base inmediata para la determinación o liquidación de un impuesto, con multa de 10% de los impuestos que resulten de la liquidación, siempre que dicho retardo u omisión no sea superior a 5 meses. Pasado este plazo, la multa se aumentará en un 2% por cada mes o fracción de mes de retardo, no pudiendo exceder el total de ella del 30% de los impuestos adeudados”

Caso en que no se aplica la MULTA del N° 2 del artículo 97 del Código Tributario:

El inciso segundo del N° 2 del artículo 97 dispone: “Esta multa no se impondrá en aquellas situaciones en que proceda también la aplicación de la multa por atraso en el pago, establecida en el N° 11 de este artículo y la declaración no haya podido efectuarse por tratarse de un caso en que no se acepta la declaración sin el pago”.

Esto implica que cuando se aplica la multa del N° 11 de este mismo artículo 97, no se aplica la del N° 2 precitado.

b2).- Infracciones del inciso tercero: El retardo u omisión en la presentación de declaraciones que no impliquen la obligación de efectuar un pago inmediato, para estar cubierto el impuesto a juicio del contribuyente, pero que puedan constituir la base para determinar o liquidar un impuesto, con multa de 1 UTM a 1 UTA.

---

<sup>170</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 85

#### **4.3.3.3.- Infracciones previstas en el N° 3 del artículo 97 del Código Tributario<sup>171</sup>**

En este número se sanciona: “ La declaración incompleta o errónea, la omisión de balances o documentos anexos a la declaración o la presentación incompleta de éstos que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda, a menos que el contribuyente pruebe haber empleado la debida diligencia, con multa de 5% al 20% de las diferencias de impuestos que resultaren”.

Lo que sanciona este N° 3 no son maniobras fraudulentas , tratadas en el N° 4 del artículo 97, sino que conductas culposas, realizadas con negligencia o descuido. De ahí que el N° 3 habla de DECLARACIONES INCOMPLETAS o ERRÓNEAS y el N° 4 sanciona DECLARACIONES MALICIOSAMENTE INCOMPLETAS O FALSAS.

#### **4.3.3.4.- Infracciones del N° 6 del artículo 97 del Código Tributario<sup>172</sup>**

En el número precitado se castiga: “ La no exhibición de libros de contabilidad o de libros auxiliares y otros documentos exigidos por el Director o el Director Regional de acuerdo con las disposiciones legales, la oposición al examen de los mismos o a la inspección de establecimientos de comercio, agrícolas, industriales o mineros, o el acto de entorpecer en cualquiera forma la fiscalización ejercida en conformidad a la ley, con multa de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual”.

Cabe hacer presente que, según lo dispuesto en el artículo 95 del Código Tributario, procederá el apremio del contribuyente si éste no exhibe sus libros o documentos de contabilidad o entorpece el examen de los mismos. El apremio es una institución consagrada en los artículos 93 a 96 del Código Tributario, que consiste en que, frente a determinadas conductas del contribuyente señaladas por la ley, la justicia ordinaria puede decretar el arresto de éste hasta por quince días renovables, a fin de obtener el cumplimiento de una determinada obligación.

Se trata de una MEDIDA COERCITIVA y no de una Pena.

A este respecto es menester consignar que el artículo 62 del D.L. N° 825 sobre impuesto a las Ventas y Servicios, establece que : “ Los libros

---

<sup>171</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 86

<sup>172</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 86

exigidos en el presente párrafo deberán ser mantenidos permanentemente en el negocio o establecimiento, debiendo anotarse en ellos, día a día, las operaciones cuyo registro se ordena en los artículos anteriores”.

#### **4.3.3.5.- Infracciones previstas en el N° 7 del artículo 97 del Código Tributario<sup>173</sup>**

Se establecen las siguientes infracciones: “ El hecho de no llevar contabilidad o los libros auxiliares exigidos por el Director o el Director Regional de acuerdo con las disposiciones legales, o de mantenerlos atrasados, o de llevarlos en forma distinta a la ordenada o autorizada por la ley, y siempre que no se dé cumplimiento a las obligaciones respectivas dentro del plazo que señale el Servicio, que no podrá ser inferior a 10 días , con multa de 1 UTM a 1 UTA.”

En relación con este tipo penal cabe hacer mención lo siguiente:

Son los artículos 16 al 20 del Código Tributario y los artículos 25 a 44 del Código de Comercio las normas que establecen la forma en que deben llevarse la contabilidad y los libros auxiliares exigidos por el Director Nacional o por el Director Regional.

Conviene tener presente que por las infracciones del N° 7 , también se puede solicitar EL APREMIO del infractor. Así lo dispone el artículo 95 del Código Tributario.

#### **4.3.3.6.- Infracciones previstas en el N° 10 del artículo 97 del Código Tributario<sup>174</sup>**

La norma en cuestión sanciona: “ El no otorgamiento de guías de despacho, de facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas en los casos y en la forma exigidos por las leyes, el uso de boletas no autorizadas o de facturas, notas de débito, notas de crédito o guías de despacho sin el timbre correspondiente, el fraccionamiento del monto de las ventas o el de otras operaciones para eludir el otorgamiento de boletas, con multa del cincuenta por ciento al quinientos por ciento del monto de la operación, con un mínimo de 2 unidades tributarias mensuales y un máximo de 40 unidades tributarias anuales”.

“En el caso de las infracciones señaladas en el inciso primero, éstas deberán ser, además, sancionadas con clausura de hasta veinte días de la

---

<sup>173</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 88

<sup>174</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 89



oficina, estudio, establecimiento o sucursal en que se hubiere cometido la infracción”.

“La reiteración de las infracciones señaladas en el inciso primero se sancionará además con presidio o relegación menor en su grado máximo. Para estos efectos se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a tres años”.

Para los efectos de aplicar la clausura, el Servicio podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, la que será concedida sin ningún trámite previo por el Cuerpo de Carabineros, pudiendo procederse con allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario. En todo caso, se pondrán sellos oficiales y carteles en los establecimientos clausurados”.

“Cada sucursal se entenderá como establecimiento distinto para los efectos de este número”.

“En los casos de clausura, el infractor deberá pagar a sus dependientes las correspondientes remuneraciones mientras dure aquélla. No tendrán este derecho los dependientes que hubieren hecho incurrir al contribuyente en la sanción.”

Con respecto a esta norma, luego de analizar varios fallos de los Tribunales Superiores de Justicia, don ALEJANDRO DUMAY PEÑA , concluye que: **“ Por lo tanto, debe concluirse que el N° 10 del artículo 97 del Código Tributario sanciona “el no otorgamiento” de los documentos en referencia y, por extensión, la emisión de éstos en condiciones tales que sean equivalentes a su omisión- por ejemplo, extenderlos en formularios no timbrados-, en tanto que los errores sin mayor relevancia, es decir, la emisión simplemente defectuosa, escapa de la conducta tipificada en dicha norma y sólo puede ser sancionada, en cuanto resulte constitutiva de infracción, a través del artículo 109 del mismo Código<sup>175</sup>”.**

El autor Rodrigo Ugalde P. concuerda con dicha opinión, por cuanto el verbo rector de la figura es EL NO OTORGAMIENTO, de modo que no resulta posible equiparar a ello conductas que implican un otorgamiento defectuoso, como errores de individualización en la mercadería enajenada, en la fecha o en el nombre del comprador.<sup>176</sup>

Otros autores como García Escobar estima que las conductas que significan un otorgamiento defectuoso del documento, si deben ser sancionados a

---

<sup>175</sup> Dumay Peña, Alejandro, “Penalidad que corresponde a la infracción tributaria consistente en la emisión defectuosa de alguno de los documentos que establece el d.L. N° 825”, Revista de Impuestos N° 7.

<sup>176</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime , ob. cit. Página 90

través de la disposición en comento, toda vez que esta castiga el no otorgamiento de documentos en los casos y en la forma exigidas por las leyes. Por lo demás, así lo ha interpretado el Servicio de Impuestos Internos en la Circular N°1 , de 2 de enero de 2004.<sup>177</sup>

#### **4.3.3.7.- Infracciones previstas en el N° 11 del artículo 97 del Código Tributario<sup>178</sup>**

Se establecen allí las siguientes infracciones:

g1).- Infracción del inciso 1° del N° 11 del artículo 97:

Se sanciona : “ El retardo en enterar en Tesorería impuestos sujetos a retención o recargo, con multa de un 10% de los impuestos adeudados. La multa indicada se aumentará en un 2% por cada mes o fracción de mes de retardo, no pudiendo exceder el total de ella del 30% de los impuestos adeudados”

g2).- Aumento de las multas. Nuevo inciso 2° del N° 11 del artículo 97 del Código Tributario, incorporado por la Ley N° 19.378 de 19 de junio de 2001.

“En los casos en que la omisión de la declaración en todo o parte de los impuestos que se encuentren retenidos o recargados haya sido detectada por el Servicio en procesos de fiscalización, la multa prevista en este número y su límite máximo, serán de 20% y 60%, respectivamente”.

#### **4.3.3.8.- Infracción del N° 15 del artículo 97 del Código Tributario<sup>179</sup>**

En esta norma se castiga: “El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en los artículos 34 y 60 inciso penúltimo, con multa del 20% al 100% de 1 UTA”.

Esta disposición hay que relacionarla con el artículo 34 y 60 del Código Tributario que en general establecen la obligación de los contribuyentes , de sus mandatarios o de cualquier persona de atestiguar bajo juramento sobre los hechos, datos o antecedentes de cualquier naturaleza relacionados con terceras personas, con la excepciones que las mismas normas establecen.

---

<sup>177</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. Página 91

<sup>178</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 103

<sup>179</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 103

#### 4.3.3.9.- **Infracciones del N° 16 del artículo 97 del Código Tributario**<sup>180</sup>

De la lectura del nuevo texto del N°16 del artículo 97 , resultante de la Ley N° 19.506, de 31 de Julio de 1997, podemos señalar que actualmente allí existen TRES INFRACCIONES, que podemos resumir del siguiente modo:

**Primera infracción:** Inciso 1° del N° 16 del artículo 97 del Código Tributario.

“La pérdida o inutilización de los libros de contabilidad o documentos que sirvan para acreditar las anotaciones contables o que estén relacionados con las actividades afectas a cualquier impuesto, con multa de hasta el 20% del capital efectivo con un tope de 30 unidades tributarias anuales, a menos que la pérdida o inutilización sea calificada de fortuita por el Director Regional.

Se sanciona con multa de hasta un 20% del capital efectivo con un tope de 30 UTA, a menos que el Director Regional califique de fortuita la pérdida o inutilización” El concepto de Capital Efectivo se encuentra en el N° 2 del artículo 5 de la Ley de La Renta.

Ante la imposibilidad de determinar el CAPITAL EFECTIVO , se sancionará dicha pérdida o inutilización con una multa de hasta 30 UTA.

Las referidas obligaciones que deben cumplir los contribuyentes en todos los casos de pérdida o inutilización son los siguientes:

- Dar aviso al Servicio dentro de los 10 días siguientes
- Reconstituir la contabilidad dentro del plazo y conforma alas normas que fije el Servicio, plazo que no podrá ser inferior a 30 días.
- A tales obligaciones la Dirección Nacional del S.I.I. agregó la de ordenar la publicación por 3 días consecutivos de un aviso en un Diario de circulación nacional. Ello tratándose de extravío , robo o hurto de talonarios completos o parciales de facturas, notas de débito y notas de crédito legalmente autorizadas. (Resolución Exenta N° 109 , publicada en el D.O. con fecha 04 de febrero de 1976).

**Segunda Infracción:** Inciso 3° del N° 16 del artículo 97 del Código Tributario.

La omisión de dar aviso dentro del plazo de 10 días de la pérdida o inutilización de los libros de contabilidad o documentos que sirvan para acreditar las anotaciones contables o que estén relacionados con las actividades afectas a cualquier impuesto, se sancionará con una multa de 10 UTM.

---

<sup>180</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 105 y ss.

**Tercera Infracción:** Inciso 3° del N° 16 del artículo 97.

La omisión de reconstituir la contabilidad en los plazos y en la forma que disponga el Director Regional, se sancionará con una multa de 10 UTM.

El inciso 4° del N° 16 del artículo 97 del Código Tributario establece una presunción legal de pérdida no fortuita en el caso que se de aviso de la pérdida de documentación o se detecte con posterioridad a una citación, notificación o cualquier otro requerimiento del Servicio .

El bien jurídicamente protegido con estas figuras legales es: impedir la afectación de la función fiscalizadora que la ley le encomienda al Servicio de Impuestos Internos.

#### **4.3.3.10.- Infracciones del N° 17 del artículo 97 del Código Tributario<sup>181</sup>**

“La movilización o traslado de bienes corporales muebles realizado en vehículos destinados al transporte de carga sin la correspondiente guía de

despacho o factura, otorgadas en las formas exigidas por las leyes”. Esta norma hay que relacionarla con el artículo 55 del D.L. N° 825 que se refiere a la obligación de emitir guías de despacho y a la obligación de exhibirlas durante el traslado de bienes.

#### **4.3.3.11.- Infracciones del N°19 del artículo 97<sup>182</sup>**

El incumplimiento de la obligación de exigir el otorgamiento de la factura o boleta, en su caso, y de retirarla del local o establecimiento emisor.

La SANCION es la siguiente: Multa de hasta 1 UTM en los casos de boletas y hasta de 20 UTM en el caso de facturas.

#### **4.3.3.12.- Infracciones del N° 20 del artículo 97<sup>183</sup>**

Primera Infracción: La deducción como gasto de la base imponible del impuesto de primera categoría, en forma reiterada, de desembolsos que sean rechazados, por el hecho de ceder en beneficio personal y gratuito del propietario o socio de la empresa, su cónyuge o hijos, o de una tercera persona que no tenga relación laboral o de servicios con la empresa que lo justifique.

---

<sup>181</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 121

<sup>182</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 122

<sup>183</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 123

Segunda Infracción: El uso del crédito fiscal, en forma reiterada, correspondiente a desembolsos que no den este derecho, por el hecho de ceder el desembolso en beneficio personal y gratuito del propietario o socio de la empresa , su cónyuge o hijos, o de una tercera persona que no tenga relación laboral o de servicios con la empresa que justifique el uso del crédito fiscal.

La SANCIÓN es de MULTA de hasta 200% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar la deducción indebida.

#### 4.3.3.13.- **Infracción del N° 21 del artículo 97 del Código Tributario**<sup>184</sup>

“La no comparecencia injustificada ante el Servicio, a un segundo requerimiento notificado al contribuyente conforme a lo dispuesto en el artículo 11, transcurridos 20 días desde el plazo de comparecencia indicado en la segunda notificación. El Servicio deberá certificar la concurrencia del contribuyente al requerimiento notificado”

La Sanción es de una MULTA de 1 UTM a 1 UTA, la que se aplicará en relación al perjuicio fiscal comprometido.

---

<sup>184</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 125

## Capítulo V

### 5.-La participación en los delitos Tributarios

#### 5.1.- La participación criminal en los delitos especiales propios

Los delitos comunes, no presentan mayores discusiones doctrinarias en el ámbito de la participación criminal, contrariamente a lo que sucede con los delitos especiales. Así, en los delitos especiales propios, los problemas se presentan cuando junto con el sujeto cualificado o intraneus interviene en el delito un sujeto que no posee la cualidad exigida por el tipo penal, centrándose por consiguiente la discusión en torno a la posibilidad de que el sujeto activo cualificado de intraneus pueda comunicar<sup>185</sup> su especial calidad al sujeto pasivo no cualificado o extraneus.

Dicho de otra forma, si el partícipe sujeto no cualificado, debe ser castigado bajo el mismo título de imputación que se aplica al autor que posee la especial calidad requerida por el tipo penal (comunicabilidad), o por el contrario debe quedar impune, por no poseer la cualidad especial del mismo (incomunicabilidad).

Esta discusión, no se da sin embargo, en los delitos especiales impropios, desde que la calidad especial del intraneus poseería únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor<sup>186</sup>, siendo perfectamente aplicable la regla de la incomunicabilidad establecida en el artículo 64 del Código Penal, quedando por consiguiente asegurado siempre el castigo del extraneus, ya que éste podrá siempre responder como partícipe en el delito subyacente o paralelo, es decir cada uno responde por sus respectivos títulos de imputación, rompiéndose de este modo, la llamada unidad del título de imputación.

En nuestra doctrina nacional<sup>187</sup> el tema de la comunicabilidad es

---

<sup>185</sup> La comunicabilidad es una doctrina en cuya virtud se pretende responsabilizar al partícipe (en sentido amplio) extraño, llamado *extraneus*, por el mismo delito especial que le corresponde al autor cualificado, denominado *intraneus*. Grisolfá, Francisco, “*La Comunicabilidad en los Delitos de Malversación y Fraude*”, página. 1

<sup>186</sup> Quintero Olivares, *Delitos Especiales*, página 31

<sup>187</sup> Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho (Parte General)*, p. 425. En el mismo sentido se pronuncia Novoa40, para quien la comunicabilidad se basaría en la unidad del hecho a que concurren los distintospartícipes, y en otras razones como es la que mira a la naturaleza misma y fin de la ley penal, que sería la protección de bienes jurídicos de gran valía social; y en el hecho de que el legislador ha sistematizado

particularmente intrincado y varía de la comunicabilidad a la incomunicabilidad de acuerdo lo analizaremos más adelante en un acápite especial.

En España , la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente se han pronunciado a favor de sancionar al *extraneus* que participa en la comisión de un delito especial propio, aceptando sin embargo una atenuación de la pena, tesis que era sostenida incluso aún antes de la modificación legal introducida por la LO 15/2003. En efecto, la doctrina asentada por el Tribunal Supremo a partir del año 1994, establecía que cuando los elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad no concurrían en el partícipe, debía procederse a una atenuación de la pena del *extraneus*, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal.

## **5.2.- Los Delitos Especiales y la Participación Criminal en los Delitos Tributarios**

El problema de la intervención delictiva en el ámbito económico y empresarial es especialmente complejo y ha sido objeto de viva discusión.

La dogmática , ha hecho presente lo conveniente que resultaría una atenuación de la pena a favor del *extraneus* en los delitos especiales propios, fundando aquello, en que el interviniente *extraneus* no posee aquellas características personales que fundamentarían el ilícito y en particular, a que el *extraneus* no

---

los diversos tipos delictivos precisamente considerando los diversos bienes jurídicos cuya protección pretende la ley penal. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 3ª Edición, 2005. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 210 y ss. En el mismo sentido GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 330 y ss. CURY, por otro lado, en un comienzo se pronunció en contra de esta tesis, sin embargo, dio un giro en ciento ochenta grados, cambiando su antiguo criterio, sosteniendo ahora la tesis de la comunicabilidad. Este autor fundamenta su cambio, señalando que la incomunicabilidad se sustentaba en una errónea interpretación del artículo 64 inc. 1º del Código Penal y en segundo lugar que desde el punto de vista material la incomunicabilidad extrema provocaría lagunas de punibilidad que actualmente no le parecen defendibles. CURY, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, 7ª Edición, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 646 y ss. 41 Nuestra jurisprudencia, pareciera ser vacilante a la hora de pronunciarse sobre la participación criminal del *extraneus* en los delitos especiales propios. Un reciente fallo de nuestros tribunales dio un interesante argumento a favor de dicha postura, basándose en la historia fidedigna de la ley penal tributaria, expresando que: “en cuanto a que la calidad de contribuyente no se comunica, lo da la historia fidedigna de la ley. El inciso final del 97 número 4 del Código Tributario, fue agregado por la Ley 19.738, de 2001, y su historia fidedigna demuestra que precisamente lo que se quiso con ella evitar fue que los terceros que colaboraran con contribuyentes proporcionando documentos falsos para que estos cometieran delitos tributarios, quedaran impunes o fueran sancionados por delitos generales de menor penalidad. De ello se deriva que el legislador no era partidario de la comunicabilidad, por lo que creo una norma expresa para sancionar al *extraneus*. De haber sido antes coautor del ilícito tributario, carecería igualmente de sentido la creación de un tipo específico para sancionar al *extraneus*”. Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 2020.602, de 05.08.2002. En sentido contrario el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 18.05.2005. *Boletín del Servicio de Impuestos Internos*. Santiago, n° 621, agosto de 2005.

infringe un deber específico del autor, tal como lo ha ido sosteniendo tanto la doctrina como la jurisprudencia española. Sin embargo, creemos que este argumento es sólo parcialmente aceptable, ello ya que consideramos que en no todos los delitos especiales propios se da que el contenido de antijuridicidad del hecho del *intraneus* es superior al del *extraneus*<sup>188</sup>

Efectivamente, dentro de los delitos especiales propios, deberíamos distinguir aquellas figuras delictivas en las cuales los autores son titulares de ciertos deberes especiales que no alcanzan a los demás intervinientes, de los delitos especiales propios en los cuales el sujeto activo no es portador de un deber especial ajeno a los demás sujetos.

Si ponemos atención a las primeras referencias legales expresas, que se tiene conocimiento sobre estos delitos, las cuales se encuentran en las figuras de “*delicia propria*”, opuesta a los “*delicia communia*”- categoría equivalente a los actuales delitos comunes-, prevista para los militares, en el importante texto de derecho penal romano clásico del Digesto de Ariud Menader (1.2 pr.D. de re militari 49.16), descubriremos que se referían a delitos que sólo podían ser cometidos por sujetos que poseían la calidad de funcionarios públicos. En efecto, los *delicia propria*, correspondían a todos aquellos delitos que tan solo podrían ser cometidos por los militares, distinguiéndolos así de los delitos que podían ser cometidos por cualquier ciudadano. Más adelante, durante buena parte del siglo XIX, también se identificó la categoría de delito especial con unas muy concretas especies de infracciones; primordialmente a los delitos de funcionarios e igualmente los delitos militares.

Como se advierte, dichos delitos históricamente tenían relación con individuos que eran depositarios de cierta confianza especial, conferida por la comunidad y sobre quienes recaían además ciertos deberes especiales para el desarrollo de su cargo. Esto nos mostraría, que el fundamento de estas normas era sancionar precisamente el quebrantamiento de dicha investidura y confianza especial<sup>189</sup>, quebrantamiento que llenaría de contenido el delito –verdadera calificación especial -, y que en definitiva se traducía en un aumento cualitativo de la antijuridicidad del injusto.

---

<sup>188</sup> Alguna doctrina ha entendido que los sujetos activos de los delitos especiales propios son titulares de deberes especiales que no llegan a los *extraneus*. Así por ejemplo, para CURY, todos los delitos especiales propios constituyen delitos de infracción de deber. CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 616 y 647. En el mismo sentido, Trillo Navarro, Jesús Pórfilo. “El *extraneus* y el nuevo artículo 65.3 del Código Penal”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. nº 2, 2005, p. 1672.

<sup>189</sup> Bacigalupo, entiende que en ciertos delitos cometidos por funcionarios públicos, el bien jurídico dañado sería la confianza de todos los ciudadanos en el ejercicio de la función administrativa o judicial según los principios constitucionales. BACIGALUPO, Enrique. *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Akal, 1991, páginas . 353 y ss.



Un reflejo de lo anterior, queda de manifiesto actualmente al observar el mayor quantum de las penas que poseen ciertos delitos en que su autor es un sujeto especial titular de ciertos deberes, específicamente funcionarios, en comparación con las penas contempladas para delitos similares, pero cometidos por sujetos que no poseen dichas cualidades especiales.

En el caso de que una legislación como la nuestra no prevea una norma especial para distribuir la responsabilidad penal entre quienes poseen la cualidad especial y quienes no la posean, la solución más factible y orientada a evitar violentar *el principio de LA PROPORCIONALIDAD*, sería declarar sin más la impunidad del partícipe no cualificado.

A este respecto, existe la opinión de que no sería lógico establecer algún tipo de atenuación para todos los delitos especiales propios, ya que no se debe olvidar que dentro de la clásica definición de éstos, también caben entre otros delitos el de autoaborto, falso testimonio, depositario alzado, etc., figuras penales cuyos sujetos activos no son titulares de un deber específico ajeno a los demás intervinientes, por lo que respecto de ellos hay que aplicar las reglas generales, esto es, el partícipe debe ser sancionado tomando como base el mismo marco penal que el autor.

A conclusiones similares arriba Robles Planas, para quien debe distinguirse, entre los delitos especiales, los denominados **delitos especiales de deber**, en los que se tipifica la vulneración de normas de conducta específicamente vinculadas al ejercicio de determinadas funciones, en los cuales la infracción de un deber es el núcleo de la conducta típica, de los que el llama **delitos de posición**, esto es aquellos en que la restricción a ciertos sujetos activos obedece a que se hallarían en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, posición que operaría, como requisito para otorgar relevancia penal a la conducta; no poseyendo ninguna otra diferencia con los delitos comunes. Por consiguiente, sin la intervención del sujeto que ocupa la posición necesaria para el tipo no habría delito. Tratándose de delitos, entonces, en que el legislador tan sólo está describiendo las formas de ataque idóneas o relevantes a través del señalamiento (por razones de técnica legislativa) de determinadas posiciones<sup>190</sup>.

La primera consecuencia que surge al aceptar la existencia de delitos especiales propios, cuyos sujetos activos no son titulares de deberes especiales ajenos al resto de las personas – delitos de posición –, sería que no habría motivo alguno para atenuar la pena del partícipe *extraneus*, que participa en

---

<sup>190</sup>Cfr. Robles Planas, Ricardo. *Garantes y Cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007, página 129

ellos; ya que al sancionarlo tomando como base el marco penal del autor, no se violaría el principio de la proporcionalidad, por cuanto el injusto del autor no sería tributario de un mayor desvalor.

La segunda consecuencia de ello, es que cabría admitirse la imputación del delito a título de autor a sujetos que, aunque ajenos de entrada a esa posición de dominio social típico, puedan acceder a ella controlándola. Así, en los casos de delitos especiales de dominio debería admitirse la posibilidad de autoría mediata de un *extraneus*, que instrumentaliza el error del intraneus. En suma, ellos correrían las reglas generales de intervención, residiendo su particularidad únicamente, en que para la constitución del tipo es necesaria la posición que otorga idoneidad o relevancia típica al hecho.<sup>191</sup>

### **5.3.-Dependencia de la cuestión del bien jurídico**

En relación con la dependencia del bien jurídico protegido, que es otra problemática relevante con relación a la participación, existen argumentos a favor de una y otra tesis. A favor de una consideración de los delitos tributarios especiales como delitos cualificados propios o especiales en sentido estricto, como lo son por ejemplo los delitos de funcionarios, habla el hecho de que la ley aparentemente sólo querría castigar con las penas previstas para el autor en el Código Tributario a quien detenta el estatus especial de contribuyente en la obligación de que se trata: es a quién se dirigen primordialmente los mandatos y prohibiciones, y los artículos 98 y 99 del Código del ramo son claros en el sentido de que las sanciones “se aplicarán a quien debió cumplir la obligación”. Se trataría por tanto de un deber positivo de contribuir al bien común en la forma del cumplimiento de las obligaciones tributarias, que iría más allá del deber negativo contenido en el precepto fundamental de no dañar a otro.

No obstante lo anterior, autores como el profesor Alex Van Weezel, opinan que aparece más plausible, en cambio, la tesis del delito común, pues la expresión contribuyente no designa ningún estatus distinto de la condición de ciudadano, pues la obligación tributaria no es más que la obligación común de contribuir mediante aportes en dinero a mantener en funcionamiento el aparato estatal, del cual todo ciudadano se beneficia, sin especificaciones o

---

<sup>191</sup> Cfr. Robles Planas. Ob.cit., página 131

sectorializaciones como ocurre en los delitos de infracción de deber o de deber positivo. Utilizando una expresión de Isensee, la obligación tributaria es uno de los “deberes fundamentales” del ciudadano<sup>192</sup>.

A las consideraciones anteriores se suma un argumento sistemático de importancia no menor; respecto del delito tributario proceden acuerdos reparatorios como salida alternativa en el proceso penal (artículo 162 del Código Tributario), lo que al menos sitúa estos delitos en la cercanía de los que atentan contra bienes jurídicos “disponibles” de carácter patrimonial. No se trata siempre, por tanto de los intereses inviolables del Estado como comunidad políticamente organizada en cuanto tal.

Los tipos penales especiales del Código Tributario, en relación con el artículo 99 del mismo cuerpo legal, parecen no obstante sugerir – al menos desde una perspectiva meramente formal- la idea de que la calidad de contribuyente constituye una característica personal para imponer la pena de autor, como en el caso del deudor no comerciante que se alza con los bienes, sancionado en el artículo 466 del Código Penal.

De modo que, por un lado, no procede buscar un “tipo genérico” para sancionar a los intervinientes en el hecho que no revisten la calidad de contribuyente- la cualidad personal se comunica a todos los intervinientes, en la medida que lo son-, pero, por otro, sólo este podría ser sancionado con la pena prevista para el autor en la figura correspondiente del Código Tributario. Este criterio, se aplica también a la figura del artículo 100 del Código Tributario, relativa al contador que en la confección o firma de una declaración o balance incurre en falsedad. Ni siquiera en este caso, en que se menciona expresamente la cualificación, consideraría la ley el hecho como un delito especial, pues establece que el contador puede ser castigado bien por la falsedad del artículo 100 del Código del ramo, bien accesoriamente como partícipe en el delito del contribuyente. Por estas razones, la ley descarta la posibilidad de considerar al contador a toda costa como sujeto cualificado especial, es decir, como infractor de un deber positivo, lo que está en juego es el delito del contribuyente.

#### **5.4.- Delito tributario, delito de infracción de deber o delito de posición**

Una naciente corriente doctrinal, ha sostenido que los delitos fiscales, corresponderían materialmente a un delito de infracción deber, argumentando que la conducta desplegada por el obligado tributario, no se trataría de un acto de organización de su propia esfera, sino de vinculación de la esfera individual

---

<sup>192</sup> Van Weezel, Alex, ob. cit. Páginas 117 y 118

con otra- la constituida por La Hacienda Pública-. De esta manera, el delito se construiría esencialmente sobre la base de un deber extrapenal específico, que consistiría en el deber de contribuir al sistema de recaudación fiscal.

Para Jakobs <sup>193</sup> en cambio, a pesar de que este delito sólo puede ser cometido por el obligado tributario, a título de autor, no sería un delito especial, agregando que:

“Los deberes aislados, por ejemplo el deber de realizar la prestación de un deudor de derecho patrimonial, no fundamenta por su parte el estatus de un “obligado” ; en el ejemplo, no fundamentan un “estatus de deudor”, ni siquiera cuando están asistidos de deberes secundarios. La mera cualidad de deudor en el delito fiscal que lo establece como deber de declaración y pago, no convierte al delito en especial. Un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario, padre, madre, tutor, la persona en quien se deposita confianza, etc. ), o bien integra una institución (el testigo, en los delitos de testimonio, como cooperador con la administración de justicia, obligado en virtud de reglamentos internos...)”

Otros argumentos, dados en contra de la tesis que considera a los delitos tributarios como delitos de infracción de deber los da Choclan Montalvo <sup>194</sup>, quien apunta que:

“El delito Fiscal , aunque es un delito especial, el elemento objetivo de la autoría no es personalísimo, y cabe su delegación, el acceso a la posición del obligado tributario con relación al bien jurídico por parte de terceros. Por el contrario, los delitos especiales que consisten en la infracción de un deber incorporan elementos personales de autoría no accesibles al dominio de un extraño y respecto de los cuales no cabe la delegación, la actuación a nombre de otro”.

---

<sup>193</sup> Jakobs, Günther, ob.cit, páginas 877 y 878

<sup>194</sup> Choclan Montalvo, José Antonio. *Responsabilidad de Auditores de Cuentas y Asesores Fiscales, Tratamiento penal de la información societaria inveraz*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 173. En contra se pronuncia García Cavero, quien señala que: “La posibilidad de delegar el deber especial en otra persona resulta posible, ya que la actual complejidad social limita la capacidad de cumplir personalmente en todo momento con todas las competencias institucionales...” “...en determinados casos determinados deberes no son delegables. Si los deberes especiales pueden ser cumplidos por terceras personas, podrá presentarse una actuación en lugar de otro que permita una responsabilidad penal del que no es titular originario del deber institucional. Pero la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio del hecho, sino en la traslación al *extraneus* de un deber institucional de un *intraneus*”. GARCÍA CAVERO, *El Actuar en lugar de otro*, p. 69 y 70. En el mismo sentido PONT CLEMENTE, Joan-Francesc. *Responsabilidad penal del asesor fiscal. Incidencia de la normativa relativa al blanqueo de capitales*, Madrid: *Temas Tributarios de Actualidad*. Madrid: n° 30, diciembre de 2004, p. 86

Una posición intermedia es la sostenida por Silva Sánchez<sup>195</sup>, quien entiende que el delito tributario es un delito especial de infracción de deber con elementos de dominio, anotando que el tipo delictivo se constituye, por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes tributarios y la producción de perjuicio. En este sentido sería uno de los delitos especiales en los que, a la organización se le suma efectivamente la infracción de un deber institucional, comprendiendo, por tanto ambas dimensiones.

Sin perjuicio de las objeciones desde el punto de vista del Principio de la legalidad que presenta la teoría del delito de infracción de deber<sup>196</sup>, que trataremos en otro acápite, diremos no obstante, que no pareciera que los delitos tributarios en general pertenezcan a dicha categoría de delitos, ello por cuanto, el deber de carácter extrapenal que pesa sobre el obligado tributario accesorio, no representa una vinculación de la esfera individual de éste con la constituida por El Fisco, dado que dicho deber no lo vincula con el en forma personalísima, institucionalizada y diferente de la que posee cualquier sujeto – rol general - . No existe por tanto, un estatus especial del que se deriven un haz de deberes institucionalizados. Por consiguiente, no estamos en presencia de un rol especial, que imponga al obligado tributario accesorio la promoción y cuidado solidario del bien o de la institución – Hacienda Pública -. Aún más, todas las personas , son por imperativo constitucional potenciales obligados tributarios, poseyendo además todas ellas la calidad de contribuyentes. Así el principio constitucional que consagra la igualdad tributaria<sup>197</sup>, nos dice que todo ciudadano posee el deber de contribuir a las cargas públicas, de lo cual fluye que estamos en presencia de un mandato general que incumbe a toda persona.

Cabe agregar, que si bien sobre el sujeto activo de los delitos tributarios – obligado tributario accesorio- pesan obligaciones que le impone la ley tributaria, como son las de declarar, llevar contabilidad, emitir facturas, etc., tampoco ello es suficiente para entender al delito fiscal en un delito de infracción de deber o un delito especial de deber. En efecto, existen muchos tipos penales, en los cuales el sujeto activo posee un determinado deber, sin embargo no por ello se transforman *per se* en delitos de infracción de deber o delitos especiales de deber. A modo de ejemplo, podemos señalar los delitos de desacato, depositario alzado y de hurto de hallazgo, delitos en que a pesar

---

<sup>195</sup> Cfr. Silva Sánchez, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, página 71.

<sup>196</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco, en la presentación del libro: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Roxin, Claus. Barcelona: Bosch, 1972, p. 11 y ss. y Robles Planas, *Participación*, páginas 229 y ss.

<sup>197</sup> El artículo 19 número 20 de la Constitución Política de la República dispone: La Constitución asegura a todas las personas: n° 20: “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”.

de que el sujeto activo posee un determinado deber: cumplir la resolución judicial, hacer entrega del bien y devolver la cosa encontrada respectivamente, son delitos en los cuales el sujeto activo no se encuentra vinculado institucionalmente, ni posee un rol especial dentro de la sociedad que los obligue a contribuir en forma positiva y solidaria hacia una institución determinada, en forma diferente al resto de las personas.

Otro aspecto importante que debe ser mencionado, es que tanto el deber de contribuir a las cargas públicas, como el deber de contribuir con el sistema de recaudación fiscal, no son deberes exclusivos del obligado tributario, sino que de todas las personas en general. Así por ejemplo el denominado Impuesto al Valor Agregado, establecido por el D.L. N° 825 de 1976, es un tributo de retención y recargo, lo que significa que la carga económica del impuesto es de cargo del consumidor, siendo el deber del obligado tributario, retenerlo, comunicarlo y traspasarlo al Servicio de Impuestos internos. Los ejemplos se multiplican, así tenemos el denominado Impuesto a la Renta, D.L. N° 824 de 1974, cuando el pago es de cargo de un contribuyente sociedad, el correspondiente obligado tributario sólo tiene el deber de declarar, liquidar y traspasar fondos, por lo que tampoco pesa sobre él el deber de contribuir.

Por los argumentos precedentes, cierta parte de la doctrina se inclina por la tesis que considera los delitos tributarios, como delitos de posición<sup>198</sup>. Opinan, no obstante, que respecto a nuestra legislación en particular, ello debe de ser matizado, desde el momento en que en ésta, los delitos tributarios no pueden ser cometidos a título de autor por quien no posea la calidad de obligado tributario accesorio, ello por disposición expresa del artículo 99 del Código Tributario. Por consiguiente, en nuestro ordenamiento jurídico, si un sujeto de entrada ajeno a esa posición – obligado tributario accesorio- de dominio social típico, accede a ella controlándola, sólo traería como consecuencia que dicho sujeto, quedaría impune, dado que el citado artículo 99 del Código en comento expresamente restringe el círculo de posibles autores a los obligados tributarios accesorios; salvo claro, que pueda responder como partícipe.

---

<sup>198</sup> Postura sostenida por Robles Planas, quien anota: "...el delito fiscal es un delito de posición, (al contrario de cómo lo viene interpretando el Tribunal Supremo) si se tiene en cuenta que lo descrito no es un "elemento personal", sino la situación que da lugar a la lesión relevante a la Hacienda Pública. Robles Planas, *ob.cit*, página 130

## 5.5.- Formas de participación sancionadas expresamente en el Código Tributario

El Código Tributario, como suele suceder en el ámbito del Derecho Penal Especial, contiene una serie de normas excepcionales en materia de participación, que constituyen otros tantos intentos de expandir la punibilidad y llenar posibles lagunas.

1.- La ley castiga en primer lugar ciertos actos preparatorios en el inciso 5º del artículo 97 N° 4 del Código Tributario. Se trata de la sanción de etapas de ejecución previas a la tentativa y, por tanto, de conductas que no constituyen intervención delictiva en sentido estricto. Por ello las comentaré al tratar del *iter criminis*.

2.- En segundo lugar, se castiga expresamente una forma de complicidad en el inciso 2º del artículo 97 N° 23 del Código Tributario, relativo a la declaración inicial y sus modificaciones ( artículo 68 incisos 4º y 5 º del Código Tributario ) , y las declaraciones para obtener la autorización de documentación tributaria: el que concertado facilitare los medios para que en las referidas presentaciones se incluyan maliciosamente datos o antecedentes falsos, será sancionado con la pena de presidio en su grado mínimo y con multa de una U.T.M. a una U.T.A. lo que resulta extraño, por decir lo menos, ya que supone un tratamiento más benigno que el que corresponde en general para la complicidad en el artículo 51 del Código Penal. Su aplicación es restringida, pues como es sabido el Código Penal sanciona la mayor parte de los casos de auténtica complicidad con la pena correspondiente a los autores , según el artículo 15 del Código Punitivo.

3.- Finalmente, se castiga un caso de la llamada “participación necesaria” en el inciso 1º del artículo 97 N° 25 del Código Tributario, relativo al abuso de las franquicias correspondientes a Zonas Francas. La ley sanciona con las penas establecidas en el inciso 1º para el destinatario principal de la norma, a quien efectúe transacciones con una persona que actúe como usuario de zona franca sabiendo que no cuenta con la habilitación correspondiente o que, teniéndola, la utiliza con la finalidad de defraudar al Fisco. Como en este delito “de encuentro” ninguno de los intervinientes es al mismo tiempo víctima no se presentan problemas de de carácter dogmático. La norma sólo busca ampliar el sujeto activo, que en el inciso 1º había restringido con buenas razones.

## 5.6.- *Iter criminis* en los delitos tributarios

El autor ,Alex Van Weezel señala que respecto de los delitos del Código Tributario no puede darse la hipótesis del delito frustrado, salvo en el caso del artículo 97 N°4 inciso 3º<sup>199</sup>. A continuación, veremos, adicionalmente, dos problemas especiales de *iter criminis* en el ámbito penal tributario: las hipótesis de desistimiento y los actos preparatorios especialmente sancionados en la ley.

a).- El desistimiento de la tentativa: Según el artículo 7º del Código Penal hay tentativa cuando el autor ha dado principio de ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Las cuestiones más debatidas al respecto tienen que ver con la determinación de lo que se entiende por “hechos directos” (problema de la inmediatez) y con el parámetro que ha de servir para enjuiciar “la falta” de una acción para complementar la ejecución del crimen o simple delito ( problema de la perspectiva). En ambos casos se trata de problemas generales de la teoría de la tentativa, que han dado lugar a múltiples opiniones en la doctrina . Ciertamente parece existir en cuanto a que el parámetro no ha de ser la mera subjetividad del autor. Su representación de los hechos es decisiva en lo que respecta a la sucesión de acontecimientos, pero la decisión acerca de sí- supuesta tal sucesión- el sujeto ha llegado tan lejos como para poder afirmar un comienzo de ejecución en el sentido del tipo de tentativa, es una decisión que ha de tomar el juez desde una perspectiva objetiva *ex ante*. En cuanto al principio de ejecución por hechos directos, parece también claro que no es necesaria la realización de actos explícitamente descritos en el tipo penal, sino que basta con el despliegue de un comportamiento que ha de desembocar en forma inmediata en la realización del tipo.

La doctrina nacional y extranjera, suele distinguir entre el desistimiento de la tentativa y el desistimiento de lo que nuestro sistema conoce como delito frustrado. Esta última institución suele asumir en el ámbito penal tributario la forma de **autodenuncia**<sup>200</sup>.

ai).- Requisitos del desistimiento : Nuestro Código Penal no contiene normas expresas acerca del desistimiento de la tentativa. No obstante ello, la doctrina suele abogar por el reconocimiento de esta institución sobre la base de consideraciones político-criminales y le asigna, por consiguiente, el carácter

---

<sup>199</sup> Van Weezel, Alex, ob. cit., página 128

<sup>200</sup> Van Weezel, Alex, ob. cit. página 128



de excusa legal absoluta de efecto individual.

Generalmente se consideran los siguientes requisitos para que opere el desistimiento con efecto liberador de la pena. La discusión está referida, más bien, al contenido específico de cada una de estas exigencias.

1.- No debe tratarse de una tentativa fallida, es decir, de un caso en que la consumación (ya) no es posible, como cuando la simulación de la operación destinada a obtener una devolución improcedente ha sido descubierta y denunciada por el Servicio.

2.- Deben faltar hechos directos para completar el comportamiento típico, teniendo como parámetro la representación del autor sobre la sucesión de los acontecimientos.

3.- El autor debe abandonar la ejecución del hecho y de todos los actos que, respecto de una determinada realización típica, podrían constituir un supuesto de unidad de acción.

4.- Este abandono debe ser voluntario, tomando como punto de referencia lo ya realizado y no lo que podría ocurrir.

5.- Muy discutidos son los requisitos del desistimiento en los casos de intervención delictiva. En general, se exige que el sujeto despliegue una cierta actividad destinada a impedir la continuación del hecho ( sin que sea indispensable que tenga éxito ) o bien se abstenga de realizar un aporte necesario para que el hecho se consuma.

aii).- La autodenuncia : En algunos países, la ley prevé una causa de extinción de la responsabilidad penal específica para el ámbito fiscal conocida como autodenuncia. Se trata de la renuncia a la imposición de una pena, bajo ciertos presupuestos, en los casos en que el deudor tributario corrige o completa declaraciones.

Los requisitos generales de la autodenuncia con efecto extintivo de la responsabilidad penal se pueden resumir en los siguientes;

- El pago de la diferencia de impuestos
- Un elemento semejante a la voluntariedad en el desistimiento, a saber, que al

momento de la autodenuncia el hecho no haya sido descubierto, ni se haya iniciado una investigación o procedimiento en contra del infractor.

Nuestro sistema no conoce la institución de la autodenuncia. La única forma de arrepentimiento activo que conoce el Código Tributario se haya en el artículo 106 del Código Tributario, relativo a las sanciones pecuniarias de carácter administrativo, que en su inciso 1º confiere al Director Regional la facultad de remitir, rebajar, suspender las sanciones pecuniarias cuando “el

implicado ha denunciado y confesado la infracción y sus circunstancias”. La norma le autoriza también, en el inciso 2º, a anular denuncias por infracciones “que no constituyan amenazas para el interés fiscal”, incluso si ya han sido notificadas, o a “omitir los giros de las multas que se apliquen en estos casos”, aplicando el Servicio, al respecto, un procedimiento simplificado.

La ausencia de normas expresas, lleva a la conclusión de que en este ámbito tienen plena aplicación las circunstancias 8ª y 9ª del artículo 11 del Código Penal<sup>201</sup>. Ello implica que tanto la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos como la circunstancia de denunciarse y confesar el delito pudiendo haber eludido la acción de la justicia, constituyen atenuantes de responsabilidad penal y no motivos de renuncia a la persecución penal. Lo anterior es coherente con el hecho de que la mayor parte de los delitos sancionados en el Código Tributario son delitos cuya consumación requiere de la producción de un resultado en sentido tradicional, y respecto de los cuales, por lo tanto, la institución del desistimiento *per definitionem* no puede aplicarse. Este razonamiento pierde fuerza, en cambio, cuando se trata de la figura del inciso 3º del artículo 97 N° 4 del Código tributario, en donde un desistimiento del delito frustrado no sólo es imaginable, sino a juicio de Van Weezel, procedente de acuerdo a los principios generales de la dogmática de la tentativa y a la regulación legal, si se verifican *mutatis mutandis* los requisitos objetivos y subjetivos que se han explicado al tratar del desistimiento de la tentativa.

b).- Actos preparatorios especialmente sancionados (artículo 97 N° 4 inciso 5º del Código Tributario) : Una característica del régimen sancionatorio del Código Tributario es la criminalización de estadios previos al comienzo de la tentativa. La citada norma del artículo 97 N° 4 inciso 5º establece que. El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de crédito o boletas falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en el mismo número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 U.T.A<sup>202</sup>. La pena es, como se puede apreciar, extraordinariamente alta.

La norma contiene una incriminación autónoma de meros actos preparatorios y no un supuesto de participación en la etapa previa a la tentativa ( en general. Complicidad). El hecho de que el precepto no regula el actuar conjunto es, en

---

<sup>201</sup> Van Weezel, ob.cit. página 130

<sup>202</sup> La ley castiga también otros supuestos de preparación, e incluso de conspiración, en los arts. 100 (actos dolosos del contador) y 101 (el funcionario del Servicio que ofrece su intervención a cambio de una remuneración) del Código Tributario. Cfr. Van Weezel, Alex, ob.cit. página 131

efecto, evidente si se tiene en cuenta que la sanción se impone sin consideración a que los documentos falsos sean utilizados alguna vez, así como la redacción del texto legal: el tipo describe tanto las conductas realizadas con el objeto de cometer ( es decir, por sí mismo) o posibilitar ( es decir, para otros) la comisión de los delitos en cuestión. El legislador también parece ser consciente de que la incriminación de meros actos preparatorios merece una justificación especial, y por esta razón ha reforzado semánticamente la exigencia normal de dolo mediante la expresión “maliciosamente” y una mención explícita ( aunque superflua )del contenido intencional de la voluntad : la intención de cometer o posibilitar la comisión de los delitos de que trata el N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Lo anterior conduce necesariamente a la pregunta acerca de los casos en que las conductas descritas en la norma en comentario se realizan precisamente en el contexto de una relación de intervención delictiva. La diferencia entre ambas hipótesis desde el punto de vista material es grande. En los casos de intervención delictiva, la punibilidad de quien no realiza el tipo en forma inmediata y directa depende de la existencia de un hecho típico, es decir, de un “hecho principal” en la nomenclatura habitual, respecto del cual la conducta del interviniente puede ser considerada como un “aporte”. Ello implica que si no se verifica al menos una tentativa del delito tributario en cuestión ( incisos 1° a 3° del artículo 97 N° 4 del Código Tributario), tampoco concurre una forma de participación punible en el despliegue de las conductas preparatorias descritas en el inciso 5°. Por otra parte, la exigencia de una especie de doble dolo es, en los casos de intervención delictiva, completamente superflua, pues basta el dolo respecto de la consumación del “hecho principal”.

Las formas concretas de actuación descritas en la norma en comentario ( confeccionar, vender, facilitar maliciosamente, a cualquier título, etc.), no pueden, con otras palabras, dar lugar a una hipótesis de participación, sino que por disposición expresa de la ley constituyen siempre autoría en solitario de un ilícito diferente. Es ilícito , ha señalado la jurisprudencia , en sentencia de 6 de Diciembre de 2004 dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Ovalle<sup>203</sup>, un delito de mera actividad, de modo que “no es necesario que se cause efectivamente un perjuicio a la Hacienda Pública, ni- en general- que se produzca un resultado o efecto material determinado, diverso al actuar prohibido del sujeto activo.

---

<sup>203</sup> Expresamente en este sentido el tribunal de juicio Oral de Ovalle, sentencia de 6.XII.2004.Cfr. Van Weezel, Alex, ob.cit. página 131

## Capítulo VI

### 6.- Concurso de delitos tributarios

#### 6.1.- El concurso material o real de delitos tributarios

El concurso Material o Real : “Se produce cuando hay varios hechos, realizados por la misma persona, cada uno de ellos constitutivo de delito, no conectados entre sí, y sin que haya mediado entre ellos una condena<sup>204</sup> .

En materia tributaria, se encuentra regulado- como regla general- por el actual inciso 2º del artículo 112 del Código Tributario que dispone:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el N°10 del artículo 97 en los demás casos de infracciones de las leyes tributarias, sancionadas con pena corporal, se entenderá que existe reiteración cuando se incurra en cualquiera de ellas en más de un ejercicio comercial anual”

En consecuencia, no hay reiteración , cuando se incurre en varios delitos tributarios en menos de un año ejercicio comercial anual.<sup>205</sup>

Esta norma debemos relacionarla con el N°8 del artículo 2º de La Ley sobre Impuesto a La Renta , que dispone:

**“Artículo 2º: Para los efectos de la presente ley se aplicarán, en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en el código tributario y, además, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá: 8.-Por “año comercial”, el período de doce meses que termina el 31 de Diciembre o el 30 de Junio y, en los casos de término de giro, del primer ejercicio del contribuyente o de aquel en que opere por primera vez la autorización de cambio de fecha de balance, el período que abarque el ejercicio respectivo según las normas de los incisos séptimo y octavo del artículo 16 del Código Tributario”**

De este modo, dada la naturaleza de los delitos tributarios, puesto que algunos de ellos pueden cometerse mensualmente, el texto de esta norma produce un efecto que no deja de ser importante y a veces injusto, ya que si los delitos se cometen mensualmente, durante todo un año comercial no hay reiteración, sino que *delito continuado* . En cambio, si se cometen en el mes de Diciembre de un año comercial y en el mes de enero del año siguiente, hay reiteración. Así se ha entendido tradicionalmente el concepto de reiteración señalado en el artículo 112 del Código Tributario, cuyo

---

<sup>204</sup> Etcheberry, Alfredo, ob. cit. Tomo II , página 115

<sup>205</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar , Jaime, ob. cit. , página 115

inciso 1º dispone:

“En los casos de reiteración de infracción a las leyes tributarias, sancionadas con pena corporal, se aplicará la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándolas en su caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal”.

Como se observa, la norma se remite al artículo 351 del Código Procesal Penal, que contiene las siguientes reglas:

a).- Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. El inciso 1º señala que se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándolas en uno o dos grados. Por su parte, el inciso 4º del artículo 351 establece: “ Para los efectos de este artículo , se considerará delitos de una misma especie a aquellos que afectaren al mismo bien jurídico”.

b).- Reiteración de infracciones que por su naturaleza no puedan estimarse como un solo delito: El inciso 2º dispone que el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos;

c).- Aplicación de las reglas del artículo 74 del Código Penal: El inciso 3º de la norma en análisis, establece que:

“Podrá , con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor” .

En consecuencia , si la regla de la acumulación material de las penas es más conveniente al imputado, se aplicará esta última en vez de la acumulación jurídica.

Lo anterior es sin perjuicio de las reglas especiales de reiteración que se encuentran en las figuras de los números 10 y 24 del artículo 97 del Código Impositivo.

La sentencia de fecha 18 de Marzo de 2005<sup>206</sup>, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, tratada precedentemente al revisar el delito del inciso 5º del N°4 del artículo 97 del Código Tributario, señala en su considerando 15º una novedosa doctrina sobre la materia y que es la siguiente;

---

<sup>206</sup> Cfr. Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime, ob.cit. página 67

“Que, en consecuencia, para resolver este extremo de la pretensión punitiva formulada por los acusadores, corresponde dilucidar , primeramente, que debe entenderse, para estos efectos, por “ejercicio comercial anual”, lo que supone determinar el fundamento de esta especial norma de agravación”.

“En opinión de estos sentenciadores, el fundamento de la norma que se analiza radica en un criterio temporal, pues lo que el legislador repudia son las conductas que se extienden por un lapso apreciable, lapso que ha fijado normativamente en un ejercicio comercial anual, exasperándose la penalidad reglada en el artículo 112 del Código Tributario, la circunstancia de que los varios actos ilícitos constitutivos de delito tributario se prolonguen por más del término de un ejercicio comercial anual; y , no que los actos típicos hayan sido cometidos en años calendarios diversos (como parecen entenderlo los acusadores), pues esta segunda solución conduciría al absurdo de que quien ejecuta una infracción tributaria el día 31 de Diciembre de un año y una segunda el 01 de enero de inmediatamente siguiente incurriría en reiteración, en tanto que el que ha tenido la precaución de perpetrarlas todas en un mismo año calendario (aunque las infracciones ejecutadas lo sean por centenares) sólo habría incurrido en un hecho típico”.

“El artículo 2º N° 8 del decreto Ley N° 824, de 27 de diciembre de 1974, que contiene el texto de la Ley sobre Impuesto a La Renta, para los efectos de la aplicación de este cuerpo legal define el “año comercial” como un “período de doce meses”, agregando- en lo pertinente- que ese período puede terminar “el 30 de diciembre o el 30 de Junio”.

“De este modo, habiéndose acreditado que la primera de las facturas es de fecha 30 de Noviembre de 2001 y las otras son de 30 de Enero de 2002, entendiendo que el período de doce meses termina el 30 de Junio, las tres facturas falsas fueron confeccionadas y facilitadas a la Sociedad ya individualizada, con el objeto de cometer el delito previsto en el inciso segundo del mismo número 4 del artículo 97 del Código Tributario, durante un mismo año comercial, es decir, su proceder ilícito no se prolongó por el lapso de un año sino, por el contrario, las 3 tienen una diferencia de 2 meses”<sup>207</sup>.

Sin duda que estamos frente a una doctrina novedosa y que seguramente se discutirá en el futuro, ya que no es la tesis fiscal.

---

<sup>207</sup> La sentencia de fecha 18 de Marzo de 2005<sup>207</sup>, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, tratada precedentemente al revisar el delito del inciso 5º del N°4 del artículo 97 del Código Tributario

## 6.2.- Concurso ideal de delitos<sup>208</sup>

Existe cuando con un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos.

Los casos de concurso ideal no serán frecuentes en este tipo de delitos. Sí lo serán **las situaciones de concurso aparente de leyes penales** .

La diferencia entre ambos es relevante, ya que en el concurso ideal se sanciona por ambos delitos de acuerdo al artículo 75 del Código Penal. En cambio en el concurso aparente de leyes penales, solamente se podrá sancionar por uno de ellos.

Respecto del concurso ideal se aplica la norma del artículo 75 del citado cuerpo legal, por cuanto no existe norma especial en el Código Tributario.

Por ello nos referimos – a continuación- a ambos conceptos.

Respecto de los efectos de CONCURSO IDEAL , a lo que señala don Enrique Cury U.

“La ley otorga al concurso ideal un tratamiento más benigno que el concebido en la generalidad de los casos al concurso real. En efecto, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 75 del Código Penal, se lo castiga siempre conforme al sistema de la absorción de penas, esto es, imponiendo la pena mayor al delito más grave”.<sup>209</sup>

Como un buen ejemplo de concurso ideal se puede citar el considerando 25° de la sentencia de 29 de Enero de 2004, del tribunal Oral en lo Penal de Arica (Causa Rol 44-2003) que se revisó a propósito del delito previsto en el N°9 del artículo 97<sup>210</sup> . Señala el referido considerando:

“VIGÉSIMO QUINTO: Que conforme se ha establecido, las acusadas con el propósito de extraer del territorio nacional una mercadería prohibida, esto es, cometer el delito de contrabando , debieron para ello procurarse de dicho recurso mediante la extracción, apozamiento, compra, almacenamiento y, por ende, resulta necesario para el fin propuesto la comisión de los delitos previstos en el artículo 139 de la Ley de Pesca y Acuicultura y el delito tributario del artículo 97 N° 9 del Código Tributario, y en consecuencia , se está en presencia del llamado concurso medial, esto es, uno de ellos ha sido medio necesario para cometer el otro, que

---

<sup>208</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime, ob.cit. página 68.

<sup>209</sup> cfr. Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, Página 68 y Cury Urzúa, Enrique, “Derecho Penal”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile 1992, página 279.

<sup>210</sup> Buen ejemplo de concurso ideal se puede citar el considerando 25° de la sentencia de 29 de Enero de 2004, del tribunal Oral en lo Penal de Arica (Causa Rol 44-2003) que se revisó a propósito del delito previsto en el N°9 del artículo 97 del Código Tributario.

doctrinariamente se ha denominado “concurso ideal impropio”, por lo que la penalidad se rige por la norma del artículo 75 del Código Penal, esto es, se sanciona con la pena mayor asignada al delito más grave, que en este caso corresponde a las penas dispuestas en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, por ser ésta de un grado de una pena divisible, esto es, presidio menor en su grado medio, siendo los delitos restantes sancionados con multa (delito pesquero) y dos grados de una pena divisible inferior (el delito de contrabando), que se sanciona con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

Respecto del concurso ideal entre un delito tributario y un delito de contrabando, conviene citar el considerando 7° de la sentencia de fecha 29 de Octubre de 2003, pronunciada por el Juez de garantía de Calama, don Rodrigo Palma Ruiz, que señala la siguiente doctrina:

“SÉPTIMO: Que, en la especie se está en frente al denominado concurso ideal de delitos impropio, ya que el ilícito de contrabando constituyó el medio necesario para cometer el delito tributario que se ha tipificado, corresponde en consecuencia imponer la pena mayor asignada al delito más grave, o se a la infracción del artículo 97 N° 9 del Código Tributario, por lo que no se accederá a la solicitud de pena que plantea el Servicio Nacional de Aduanas en su libelo de acusación”. (R.U.C. N° 0200130113-9).

En cuanto al **CONCURSO APARENTE** – que será común en este tipo de delitos- transcribimos lo que expresa el mismo autor, don Enrique Cury U.<sup>211</sup>

“El Concurso Aparente de la Leyes Penales”

1.- Concepto y Naturaleza.

Hay un concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto los demás serán desplazados por causas lógicas o valorativas.

“En rigor, por consiguiente, aquí no hay concurso alguno. No lo hay de hechos, puesto que el que se enjuicia es solamente uno. No lo hay tampoco de leyes, pues la concurrencia de éstas es puramente aparente y, al cabo, sólo una de ellas regirá la conducta de que se trata. No lo hay, por fin, de delitos, ya que en suma, se entenderá que únicamente fue cometido uno.”.

“Así pues se trata de un problema de interpretación, como, en efecto, ya se

---

<sup>211</sup> Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 281



anticipó .Lo que se plantea es tan sólo un conflicto entre varias disposiciones , cada una de las cuales parece adecuada en principio para normar el hecho, no obstante lo cual es preciso, mediante la aplicación de los recursos hermenéuticos, determinar cuál es la que de veras se acomoda precisamente a todas sus particularidades fácticas y aprehende por completo su significado de valor”.

“Sin embargo, esta cuestión interpretativa se encuentra entrelazada en forma estrecha con la teoría del concurso de delitos. Pues, en efecto, la decisión relativa a cuál de los tipos recibirá aplicación en el caso de que se trate, está lógicamente precedida por si en realidad éste ha de ser regido por una sólo de ellas o si, más bien, nos hallamos frente a una pluralidad de delitos con unidad de hecho , esto es ante un concurso ideal. En la práctica, además ambas interrogantes se condicionan de manera recíproca, de manera que ni conceptualmente es posible separarla , por eso no sólo desde el punto de vista didáctico, sino que en obsequio a consideraciones técnicas y sistemáticas, es preferible hacerse cargo del asunto en este lugar, aún reconociendo que teóricamente no pertenece a él”.

Principios para solucionar el CONCURSO APARENTE DE LEYES<sup>212</sup>.

a).- Principio de especialidad

El principio de especialidad es de carácter lógico y, por tal razón, su manejo es relativamente más sencillo que el siguiente principio – de la consunción - . De conformidad con el primero, hay un concurso ideal de delitos cuando el hecho parece ser captado por dos normas, pero éstas se encuentran en relación de género a especie y es la ley especial la que lo aprehende de manera más perfecta en todas sus particularidades. En tal caso la norma general será desplazada y el hecho será regulado sólo por la especial . Así por ejemplo, cuando un empleado público sustrae caudales o efectos públicos o de particulares que tenía a su cargo , la conducta ejecutada se acomoda tanto a la descripción contenida en el artículo 233 del Código Penal (malversación de caudales), como a lo que ofrece el artículo 432, última parte (hurto) o, quizá al artículo 470 N°1 (apropiación indebida); como el precepto que incrimina la malversación esb el que capta el hecho de una forma más completa y específica, sólo el artículo 233 recibirá aplicación en el caso concreto y los artículos 432 y 470 N°1 del Código Penal habrán de ser desestimados.

---

<sup>212</sup> Cury Urzúa, Enrique, ob.cit., páginas 282,283,284 y 285

Si bien este principio no se encuentra expresamente consagrado en la ley penal , está formulado de manera amplia, para regular las relaciones del ordenamiento jurídico en general en los artículos 4º, 13 y 22 del Código Civil.

b).- Principio de la consunción

También denominado principio de la absorción , es de carácter axiológico y su aplicación , por ende, presenta más dificultades que el de la “especialidad”. De conformidad con éste, hay también un concurso aparente de leyes penales, y no un concurso ideal de delitos, cuando el hecho parece ser captado por dos o más tipos penales; pero como el disvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la relación de otro u otros, aquél consume o absorbe a éstos, desplazándolos. Así por ejemplo, cuando alguien intenta penetrar por la ventana a una casa ajena para robar, pero fracasa, luego de lo cual fractura una puerta, logrando de éste modo su propósito, pareciera que el hecho puede ser aprehendido tanto por el tipo de la tentativa del robo como por el robo consumado. Ahora bien, el disvalor delictivo del delito consumado absorbe a y de la tentativa , pues mientras ésta no es portadora sino de un disvalor de acción, aquél contiene también ése y, además , el de resultado.

c).- Principio de Subsidiariedad

Este principio se funda exclusivamente en una decisión del derecho positivo. De acuerdo con el hay un concurso aparente y no un concurso ideal de delitos cuando un hecho pareciera ser captado por dos tipos, pero, por expresa disposición de la ley, uno de ellos resulta desplazado, porque su aplicación se subordina precisamente a que el otro no ocurra.

d).- Principio de accesoriedad

Este principio ha sido formulado de muchas diferentes maneras, sin que hasta el presente se haya encontrado una manera de expresarlo correctamente. En el fondo lo que se expresa con este rótulo no es más que una forma específica de aplicación del principio de la consunción a situaciones planteadas por tipos con pluralidad de hipótesis. Cuando el sujeto , en efecto, haya realizado simultáneamente varias de éstas, la cuestión de si ha de castigárgelo por un concurso de delitos o por un solo hecho punible (tipicidad reforzada) exigirá una apreciación valorativa para

cuya solución el principio de alternatividad no brinda una regla prácticamente aprovechable, limitándose a plantear el problema.

Dado que los delitos tributarios, especialmente los previstos en el artículo 97 N°4, contienen un NÚCLEO CENTRAL al cual se le van agregando circunstancias que desplazan la tipicidad de una figura a otra, los temas de concurso aparente generalmente se resolverán por el principio de la especialidad.

Por ejemplo, si un contribuyente incorpora facturas falsas en su libro de contabilidad y, por esa vía, aumenta indebidamente sus créditos fiscales en el IVA, está presentando una declaración maliciosamente falsa, delito sancionado en el inciso primero del referido número. Asimismo, está incurriendo en el inciso 2° del N°4 del mismo artículo 97. Este problema se soluciona por la vía de aplicar el principio de la especialidad, conforme al cual el delito del inciso 1° cede a favor del delito del inciso 2°, ya que esta última norma abarca sólo parte de las conductas descritas en el inciso 1° y las describe en forma circunstanciada.

Otro ejemplo, esta vez entre un delito del Código Penal y un delito del Código Tributario, lo tenemos en el caso del contribuyente que maliciosamente proporciona datos o antecedentes falsos en la declaración inicial de actividades. Dicha persona incurre en el delito del N° 23 del artículo 97 y, asimismo en el delito de perjurio previsto en el artículo 210 del Código Penal. Existe un concurso aparente de leyes penales que se resuelve a favor de la norma del Código Tributario.

### **6.3.-LA COMUNICABILIDAD<sup>213</sup>**

Interesa revisar este tema, dado que es bastante común que en los casos de los delitos tributarios concurren personas que no reúnen la calidad de contribuyentes, en circunstancias que en los más importantes de aquellos tipos penales se requiere que el sujeto activo sea CONTRIBUYENTE. Así ocurre, por ejemplo, en el delito previsto en el inciso 2° del N° 4 del artículo 97 del Código tributario.

Además existen otros tipos calificados, que exigen calidades diversas a las de contribuyente, como lo es el N° 25 del artículo 97, que requiere la calidad de USUARIO DE ZONA FRANCA y el artículo 100 del Código tributario, que requiere la calidad de CONTADOR.

A este respecto don Mario Garrido Montt en el Tomo II de su obra

---

<sup>213</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime; ob.ci. páginas 72 y ss.

Derecho Penal, Parte General , detalla su opinión sobre la materia que este autor denomina PRINCIPIO DE LA COMUNICABILIDAD<sup>214</sup>.

Su enunciado ha sido objeto de amplios debates en cuanto a su alcance y aplicación, lo que demuestra que no puede constituir “un principio”, sino un asunto en extremo discutible.

El principio que en verdad existe es el de “La Incomunicabilidad” que se puede resumir en los siguientes términos: No se extiende a los coautores ni a los partícipes las calidades personales ni los elementos subjetivos del tipo- que ellos no cumplan, que estén comprendidos en la descripción del delito y que sólo se den en algunos de los autores o coautores.

Esta sería la regla general (así el parentesco en las lesiones del artículo 400 del Código Penal). Pero este principio queda limitado - a su vez- por el que establece cada sujeto que interviene en el delito responde de su propio dolo.

Para una mejor exposición es necesario distinguir dos situaciones: La de las circunstancias atenuantes y agravantes propiamente tales ( en general la de los artículos 11,12 y 13 del Código Penal ) y las de las circunstancias personales del sujeto, que son elementos del delito comprendidos en su descripción (situación que se presenta en los delitos calificados y especiales).

En cuanto a la circunstancias atenuantes y agravantes propiamente tales, también denominadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, el Código Penal regló la situación en el artículo 64. En esta disposición se califican dichas circunstancias en personales y materiales.

a).- Circunstancias personales (subjetivas) son aquellas que consisten en la disposición moral del delincuente , en sus relaciones personales con el ofendido o en otra causa personal.

b).- Circunstancias materiales (objetivas), son las que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo.

Las personales afectan sólo al autor en quien concurren, no se comunican a los demás intervinientes; las materiales a todos aquellos que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de ejecutar el delito: se pueden comunicar.

Del artículo 64 del Código penal no se desprende un problema de

---

<sup>214</sup> Garrido Montt, Mario , “Derecho Penal” Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, páginas 330, 331, 332

comunicabilidad de circunstancias, sino el principio de que cada uno responde de su propio injusto. En todo caso, es útil hacer algunas precisiones sobre el alcance de esta disposición:

Está dirigida expresa y categóricamente a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal denominadas atenuantes y agravantes, y no a otras circunstancias, menos aún a los elementos del tipo. Esto no sólo es así por que lo dispone el citado artículo 64, sino porque , además, en el artículo 63 se lee literalmente que dejan de ser circunstancias modificatorias aquellas por sí solas constituyen un delito o han sido comprendidas al describirlo, como también las que sean tan inherentes al mismo , que sin su concurrencia no habría podido cometerse ( en el delito de violación la diferencia del sexo y fuerza ; artículo 12 N° 6 del Código Penal)

Por consiguiente no corresponde aplicar el artículo 64 cuando se trata de circunstancias que el tipo penal contiene para describir la acción que castiga (el parentesco en el parricidio, artículo 390 del Código Penal; la calidad de empleado público en la malversación, artículo 233, y en el fraude, artículo 239 del Código Penal).

De manera que **el principio general debe ser el de la incomunicabilidad de las circunstancias**<sup>215</sup>, pero con las modalidades que se pasan a indicar:

a).- En cuanto a las circunstancias atenuantes y agravantes, entendiendo por como tales las que describen los artículos 11,12 y 13 y demás disposiciones especiales del Código Penal, se rigen por el artículo 64 en relación con el artículo 63 del Código Penal.

b).- Respecto de los elementos subjetivos y circunstancias personales comprendidas por el tipo penal en su descripción particular, no es aplicable aquí la norma contenida en el artículo 64 del Código Penal; aquí se aplican los principios estudiados en relación al tipo penal, en particular su fase subjetiva en cuanto a cada cual responde de su propio “injusto”, que es personal, lo que permite la división del hecho único para imputarlo a los autores y partícipes a títulos diversos. Esto no es posible en la coautoría. La imputación es única al conjunto, como un todo, con sus circunstancias y modalidades típicas, porque el hecho es común. El cómplice y el instigador, por consiguiente responderán por el tipo penal en que hayan intervenido tanto objetiva como subjetivamente; el instigador por el hecho que instigó, y el cómplice por aquél en que colaboró, considerando su

---

<sup>215</sup> Cfr. Ugalde Prieto, rodrigo/García Escobar, Jaime, ob.cit. página 73 . Garrido Montt, Mario. Ob.cit.

subjetividad, o sea el dolo de su particular acción de inducción o colaboración. Si su actividad se dirigió a cooperar en un parricidio, será cómplice de parricidio: si sólo lo fue de un homicidio- por ignorar el vínculo de parentesco-, será cómplice de un homicidio. No son equivalentes las conductas del extraño que ayuda a un hijo a matar un padre y del que presta igual colaboración para matar a un tercero; en la primera conducta hay un mayor desvalor , criterio que vale para la generalidad de las figuras calificadas y especiales.

En esta materia existen opiniones encontradas:

El profesor Alfredo Etcheberry extiende la aplicación del principio que consagra el artículo 64 del Código Penal de incomunicabilidad de las circunstancias personales a la hipótesis en que la figura penal contiene en su descripción típica una circunstancia de agravación o atenuación, y para distinguirlas de los demás elementos del delito, aconseja “suprimir mentalmente la circunstancia que se analiza: si la descripción legal, separada hipotéticamente de tal circunstancia, sigue constituyendo un delito (aunque sea a otro título), quiere decir que se trata de una agravante que se ha incorporado a la figura”; al contrario, si sin esa circunstancia deja de existir un delito, quiere decir que no es una agravante, sino la esencia misma del delito, caso en el cual no regiría el artículo 64 del Código Penal, y la circunstancia en cuestión no se comunicaría.

Francisco Grisolia participa de la opinión de que la noción de circunstancias del artículo 64 comprende aquellas descritas por el tipo, y por consiguiente las circunstancias personales serían incomunicables; pero ofrece una visión particular sobre esta materia<sup>216</sup>.

Enrique Cury<sup>217</sup> se inclina por la absoluta incomunicabilidad de los elementos subjetivos y calidades personales que integran el tipo penal delictivo, de modo que: “quien concurre con el funcionario público a sustraer fondos públicos o particulares que éste tiene a su cargo, no es coautor del delito de malversación de caudales públicos, sino de hurto, apropiación indebida o estafa...”; “quien coopera o induce a un miembro de los tribunales de justicia para que a sabiendas falle contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil, ha de quedar impune.”

---

<sup>216</sup> Revista de Ciencias Penales, t. XXXIV, 1976, pág. 3.

<sup>217</sup> Cfr. Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime, ob.cit. página 74. Cury Urzúa, Enrique, derecho Penal Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, páginas 646 a 648

Por su parte , don Eduardo Novoa Monreal <sup>218</sup> tiene una opinión en el tenor siguiente:

“Regla general y casos particulares de comunicabilidad” ,

El principio general , es que la calidad, función o condición especial reclamada por un tipo especial para el sujeto activo, se comunica a los que colaboran juntamente en alguna de las diversas formas que puede presentar un concurso de personas, siempre que en la ejecución directa del tipo intervenga algún sujeto cualificado. Bajo tal condición, los demás que intervienen y que no insten la calidad, función o relación especial, pueden ser considerados como autores o partícipes accesorios del hecho punible cometido por el cualificado.

Pero aunque el señalado es el principio general , hay casos especiales que hacen excepción o que promueven nuevas dificultades. Para verlo más claro es menester distinguir varios casos:

-La comunicabilidad exige el conocimiento del no cualificado.

En efecto, nuestro sistema penal, que se apoya tanto en la objetividad del hecho como en lo subjetivo del individuo para responsabilizar a éste , no puede satisfacerse para disponer la extensión al no cualificado de la calificación jurídica que el cualificado imprime al hecho que realiza como ejecutor principal, con que objetivamente haya un hecho único que ha sido caracterizado por la conducta de su realizador directo. Es necesario que el no cualificado tenga conocimiento que concurre en el autor principal la calidad, función o condición que va a tipificar el hecho. *Dicho conocimiento marca, así, el límite de la comunicabilidad.*

Tal exigencia de conocimiento del elemento típico especial el partícipe que es atraído por el tipo que fija el ejecutor directo, resulta no solamente de los principios generales del derecho, sino precisamente de dos fuentes: a) **la culpabilidad que será necesaria en el partícipe** , la que supone un claro conocimiento de los hechos y elementos que integran el tipo conforme al cual se pretende la responsabilización, y b) el principio que fluye del artículo 64 del Código Penal , que si bien no es aplicable en el caso, exterioriza el criterio legislativo en materia semejante, cuando se trata de circunstancias que no están en el mismo imputado.

Cuando el *extraneus* desconozca la condición especial que hace punible el hecho en el que participa, no podrá ser responsabilizado por falta de culpabilidad. Pero , si su propio hecho , mirado aisladamente, fuera

---

<sup>218</sup> cfr. Novoa Monreal, Eduardo, Curso de derecho Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año 1966, páginas 244 y 245. Nota; Según este autor los casos que deben distinguirse se transcriben en las páginas 245, 246 y 247

constitutivo de delito aún sin considerar la condición especial que ignora, podría sancionársele penalmente por él, en forma independiente, conforme a las reglas generales, pues su desconocimiento de un elemento típico del hecho que realiza el *intranets* destruiría la convergencia subjetiva de las acciones y permitiría romper la unidad del hecho. No habría concurso de personas, en tal caso, sino pluralidad de hecho y de personas, que admitiría consideración jurídica independiente<sup>219</sup>.

### **-Intervención accesoria del cualificado**

Si el *intranets* no realiza el hecho en forma inmediata y directa, no pueden regir las reglas precedentes en materia de comunicabilidad de los elementos del tipo. La razón es que, como se expresó, es la actuación del ejecutor material y directo la que caracteriza legalmente el hecho único y lo tipifica.

De manera tal, que si es el *extraneus* el ejecutor principal y el *intranets* se queda en condición de mero partícipe accesorio, el hecho no podrá ser caracterizado como el tipo especial ( que exige al *intranets* como sujeto activo).

Sin embargo, en el afán de proteger bienes jurídicos muy estimables, la ley positiva ha alterado en ciertos casos la situación señalada y ha caracterizado el hecho como delito especial, aun cuando el *intranets* pueda haberse limitado a acciones secundarias. Así podemos advertirlo en los tipos de los artículos 233, 239, 243 y 244 del Código Penal, en que el legislador no sólo se ha puesto de que actúe principalmente el *intranets*, sino que también ha incluido en el tipo los casos en que él deja actuar al *extraneus* o consiente de que éste desarrolle la acción principal. Por eso los preceptos señalados contienen la alternativa de que el empleado público obre o de que consienta en que otro obre.

Hay, no obstante, un caso fuera de las excepciones consignadas, en que la acción principal, puede ser realizada materialmente por un *extraneus* y en que, a pesar de ellos, habrá de tener el hecho por un delito especial cometido por el *intranets*. Es aquel en que el no cualificado obre como mero instrumento del cualificado, o sea, en que se produzca la llamada “autoría mediata”<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup>Novoa, Eduardo, ob.cit. páginas 247 y 248

<sup>220</sup>Novoa, Eduardo, ob.cit. página 248



### 6.3.1. LA COMUNICABILIDAD EN MATERIA DE DELITOS TRIBUTARIOS

Tomando en consideración la doctrina de los principales autores nacionales, que se ha resumido precedentemente, es pertinentes referirse a esta materia en los delitos tributarios de mayor relevancia, ya que en algunos de ellos se requiere de una calidad especial, como ocurre en el inciso 2º del N°4 del artículo 97 del Código Tributario, que habla de: “Los contribuyentes afectos al Impuesto a Las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo...”

Para referirse al tema de la comunicabilidad, lo primero que debe hacerse es ubicar cada una de las conductas dentro de la categoría que penalmente corresponde y luego, necesariamente se deberá tomar partido por alguna de las tesis sobre la materia de la comunicabilidad y decidir como se sanciona a los copartícipes que sean extraños<sup>221</sup>.

Como una manera de aproximarse mejor al asunto es útil tener presente algunos conceptos básicos en la doctrina penal; concretamente, los relacionados con la clasificación de los tipos en atención a las modalidades del sujeto activo.

Desde este punto de vista los tipos penales pueden ser:

a).- Tipos comunes o de sujeto activo indiferentes: Representan la mayor parte. En los tipos penales el sujeto activo puede ser, en principio, cualquier persona en la medida que reúna las exigencias generales sobre imputabilidad. Normalmente la ley se refiere al sujeto activo con las expresiones “el que”.

b).- Tipos especiales o de sujeto activo determinado o especial: Excepcionalmente la ley penal exige que en el sujeto activo concurren ciertas características lo que hace que el delito respectivo sólo pueda ser cometido por determinadas personas. Estos a su vez , los podemos clasificar en tres categorías.

bi).- Delitos especiales propios: En estos tipos penales la ley exige que el autor o protagonista tenga una calidad especial que puede ser fáctica o jurídica. Esta calidad especial es el fundamento de la ilicitud de la conducta

---

<sup>221</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime. Ob.cit. página 79

y determinante en la existencia del ilícito como tal.

Si la calidad especial no concurre el hecho realizado es atípico, pues se trata de casos en los cuales no subyace un delito tipo común o básico que pueda ser realizado por cualquier persona sin aquella especial condición o calidad. Por ejemplo: La dictación negligente o con ignorancia inexcusable de una sentencia manifiestamente injusta en causa criminal (artículo 224 N° 1 del Código Penal) requiere la condición de juez. Un particular nunca podrá dictar sentencia.

bii).- Delitos especiales impropios : en estos tipos penales la ley también exige en el autor una calidad especial fáctica o jurídica , *ésta no es el fundamento de la ilicitud* de la conducta y sólo determina una menor o mayor agravación de la pena. Si la calidad o condición no existe, siempre estará presente en la realización del hecho un delito común o básico. Por ejemplo: La detención ilegal (artículo 148 del Código Penal), requiere en el sujeto activo la calidad de empleado público. Sin embargo , la detención que practica un particular es también delictiva a título de secuestro (artículo 141 del Código Penal).

biii).- Delitos especiales de propia mano: Se exige, al autor , por naturaleza del hecho, que sea él quien realice personalmente la conducta prohibida<sup>222</sup> .

Precisado lo anterior, procede hacerse cargo del problema que aquí nos ocupa. En concreto éste consiste en saber de que manera responden aquellos que concurriendo con otros a la realización de un hecho delictivo, no tienen la calidad o especial condición que la ley exige para el autor del mismo.

Porque una cosa es aceptar y reconocer que el concurso de delincuentes se da respecto de un hecho que, objetivamente, es uno y otra distinta que todos quienes concurren al hecho en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan de ser tratados conforme a un patrón jurídico uniforme. Según acertadamente anota Novoa, la cuestión se suscita porque se trata de establecer: “si el hecho material único en el que interviene una pluralidad de personas va a marcar con una misma etiqueta o sello jurídico a todos los que en él intervienen, aun cuando alguno no reúna en su persona la exigencia que el tipo penal reclama o invoque”.

En nuestra opinión en aquellos tipos penales en que el Código Tributario

---

<sup>222</sup> Náquira, Jaime. Derecho Penal. Teoría del Delito, Editorial Mc Graw – Hill. Interamericana de Chile. Tomo I. páginas 86 y 87

exige la calidad de contribuyente, u otra especial, para que proceda la comunicabilidad a quienes no poseen dicha calidad, **debe existir un autor que tenga la calidad de contribuyente o la otra calidad especial requerida por el legislador**<sup>223</sup>.

En el mismo sentido se pronunció La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt en sentencia de 18 de mayo de 2005<sup>224</sup>, condenatoria por el delito previsto en el inciso 2º del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, que- en lo pertinente- se publicó en las páginas 132 a 134 del Boletín del Servicios de Impuestos Internos N° 621, correspondiente al mes de agosto de 2005, en cuyo considerando segundo se expresa:

“ Que el hecho que haya fallecido el acusado de ser autor del delito, no constituye eximente de responsabilidad para los acusados de ser cómplices del ilícito, siendo bastante para establecer su responsabilidad el hecho que hayan cooperado en la perpetración del ilícito sub - lite por actos anteriores al mismo. Por otra parte la calidad de contribuyente del autor se comunica a los cómplices por lo que en tal calidad le es plenamente aplicable el artículo 97 del Código Tributario.”

Si ello ocurre y el extraño cumple con los demás elementos del tipo penal específico de que trata, tanto objetivos como subjetivos podrá ser copartícipe junto con el “*intrañeus*”. Su grado de participación dependerá de cuál haya sido su actuación, de acuerdo con los artículos 15,16 y 17 del Código Penal.

En cuanto al grado de participación, aun cuando en el último tiempo se ha hecho gran caudal del procesamiento de algunas personas como CÓMPLICES de delitos tributarios, lo cierto que no es la primera vez que ellos ocurre. Así por ejemplo, la I. Corte de Apelaciones de Santiago , en sentencia de segunda instancia de 6 de Julio de 1993, dictada en autos Rol 128.320-A del 1º Juzgado del Crimen de Santiago, condenó a una persona como CÓMPLICE señalando en lo pertinente del considerando 7º:

“Que , sin embargo, la participación de XXX en tales hechos, deberá ser calificada como de cómplice, puesto que si bien cooperó a la ejecución del hecho, prestándose para aparecer como productor minero, lo cierto es que no intervino inmediata y directamente en la comisión del señalado ilícito; ni hay antecedentes en el proceso que permitan deducir un concierto...”

En síntesis, la cuestión podría resumirse señalando que en los casos en los cuales la ley exija una condición especial en el sujeto activo, contribuyente del IVA, aquellos que con él concurren a la realización de las acciones

---

<sup>223</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, ob. cit. , página 80

<sup>224</sup> Boletín del Servicios de Impuestos Internos N° 621, correspondiente al mes de agosto de 2005,páginas 132 a 134

incriminadas, podrán ser sancionados ya sea como autores en alguna de las formas del artículo 15 del Código Penal, o bien como cómplices o encubridores.

Naturalmente para ello deberán concurrir no sólo las circunstancias objetivas del tipo, sino que también las de naturaleza subjetiva.

Por ejemplo; En la hipótesis delictiva señalada más arriba, en la cual el *intraneus* es contribuyente del IVA, el “*extraneus*” debe saber que está participando en un ilícito de naturaleza tributaria y debe conocer la calidad de contribuyente del impuesto al valor agregado de aquel que ejecuta la conducta principal.

Cumpléndose tales exigencias, quienes concurren a la realización maliciosa de las maniobras tendientes a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tenga derecho a hacer valer, sabiendo que quien realiza dichas maniobras es un contribuyente de aquellos sancionados en el inciso 2º del N°4 del artículo 97 del Código Tributario, podrán ser sancionados también en virtud de esta disposición legal.

Si ello no ocurre no podrían ser sancionados como partícipes de delito tributario<sup>225</sup>. En tal evento, su conducta solamente podría configurar alguno de los ilícitos previstos en el Código Penal, de encuadrar en aquellos tipos penales.

---

<sup>225</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo/García Escobar, Jaime. Ob.cit. página 82

## Capítulo VII

### Conclusiones

En el presente trabajo, he analizado el hecho , que estimo de fundamental relevancia a la luz de la evolución de nuestro derecho Penal, cual es, que el derecho administrativo sancionador ha experimentado un fuerte crecimiento, tal es, que en nuestro país el legislador ha establecido penas, cada vez más gravosas ante las infracciones o ilícitos tributarios, incluyendo en muchos casos, no sólo sanciones pecuniarias, sino también, privativas de libertad. Sin embargo, la actual tendencia del Derecho Penal Tributario, como lo han calificado en la doctrina española, no puede pasar indiferente ante la realidad empírica, pues , en el intento del Estado Empresario ( Fisco ), de resguardar sus intereses y proteger el cobro de los impuestos, ha desconocido la naturaleza jurídica del *ius puniendi*, y que en su más amplia expresión, es la de ser *la última ratio legis*.

1.- En mi opinión, la sistemática de la teoría del delito , los principios básicos sobre los cuales se sustenta el derecho penal , y las actuales normas adecuadoras en materia punitiva, tanto constitucionales como legales , deben ajustarse con el Derecho Penal Tributario, sea ; a través del trabajo interpretativo de la dogmática, como también de la jurisprudencia, de forma tal, que leyes dictadas sobre la materia, incluso con anterioridad a la Constitución Política del Estado de 1980, como es el caso del D.L. N°830 de 1974, actual Código Tributario, D.L. N° 824 de 1974, sobre Ley de Impuesto a la Renta D.L. N° 825 sobre Ley del IVA, de 1974, entre otras , se encuadren a la legalidad vigente, llámese principio de la legalidad y todas sus restantes consecuencias jurídicas.

2.- A tales efectos, en esta presentación desarrollé en principio un panorama de los aspectos generales sobre la ordenación fiscal y los delitos tributarios, subrayando sus paralelismos y su carácter pluridisciplinario, procurando a continuación sugerir posibles cursos de acción que

contribuyan a crear un enfoque apropiado para la determinación de la localización del derecho penal tributario, en cuanto *ius puniendi* de naturaleza pluriofensiva o uniofensiva. Al efecto , se discute febrilmente en la dogmática nacional y comparada si, el delito fiscal es un ilícito de mera actividad, o de resultado; tomando el suscrito postura por ésta última especie de delito, toda vez que estimo que el perjuicio fiscal es un elemento del tipo penal de los delitos tributarios pues concluyo, al igual que los autores españoles y siguiendo a Ayala Pérez que, de no considerar el resultado (perjuicio), como elemento esencial del delito en comento se desdibuja la referencia de la conducta a prohibición establecida por la norma penal : la de realizar conductas defraudatorias que importen una lesión por dicha cantidad. Afirmando su carácter de condición objetiva de punibilidad se niega la pertenencia al tipo del injusto y de la culpabilidad, con lo que se produce la incongruencia de establecer que una defraudación que no cause perjuicio es típica y antijurídica (tipo de injusto), culpable, pero no punible .

3.- A esta altura de mi presentación , me gustaría acercar al presente trabajo un párrafo perteneciente a Manuel González Sánchez<sup>226</sup> : "*El Derecho presenta manifestaciones que permiten considerarlo como ciencia y como arte. Una ciencia basada en datos empíricos y de los cuales se deben extraer experiencias para plasmarlas en normas jurídicas con el fin de poder ordenar conductas y también dirigir las tendencias sociales en determinados sentidos.*

*Como arte el Derecho atrae la atención de teóricos y de prácticos y les permite manejar los instrumentos e instituciones jurídicas con cierta ilusión y elegancia unas veces guiados por la idea de lo bueno y lo lícito y otros con la intención de perseguir algo atractivo de dudosa licitud e incluso de manifiesta ilicitud más o menos querida, es decir se pretende un resultado no importando su licitud o ilicitud o, sencillamente, se busca directa y manifiestamente la ilicitud."*

Como fruto de los conceptos vertidos en el párrafo precedente, resulta pertinente traer a colación la imagen alegórica de la Justicia sosteniendo los simbólicos platillos de su balanza.

De este modo, la idea de justicia es la que debe presidir el quehacer en general, creando normas ajustadas y de aplicación correcta a fin de

---

<sup>226</sup> González Sánchez, Manuel , "El Fraude de Ley en materia tributaria", Editorial Plaza Univ. Ediciones, Salamanca 1993

encauzar acciones y corregir irregularidades.

Y se trata aquí de principios que rigen tanto para el Derecho en su sentido amplio, como para el ámbito del Derecho Tributario.

4.- Siguiendo con el desarrollo de la presente memoria, como una cuestión preliminar pero no por ello con menos detalle, analizo la teoría contemporánea del delito y sus diferentes exponentes. Con aquello pretendo , con humildad, que la presente tesis sea práctica y útil, de tal manera que tenga la virtud de que los conceptos utilizados sobre los delitos tributarios sean complementados y debidamente desarrollados, pudiendo el lector tener una amplia posibilidad de comprender y emitir sus propias opiniones sobre conceptos genéricos de los elementos del delito en general, como también de manera específica respecto de las infracciones tributarias. Por esta razón, el ilícito penal con todos sus elementos ( acción, tipo, justificación y culpabilidad), con más; las teorías del error de prohibición , las variadas teorías sobre la culpabilidad; como asimismo la autoría , la participación criminal, el iter criminis y los concurso de delitos, han sido explicados con esmero y asumiendo la pluralidad de la evolución actual y constante, de la dogmática sobre el tema.

5.- Con relación directa a los delitos tributarios, trato en esta exposición los temas que dicen relación con la potestad punitiva del Estado y la potestad tributaria, entendida la primera como un poderoso instrumento de estabilización social, cuya eficacia está indisolublemente ligada a su autorrestricción mediante reglas de prudencia que en definitiva implica la formulación de ciertos principios político-criminales limitativos del ius puniendi que detenta el Estado, siendo algo similar que ocurre con la potestad referida a materia tributaria, pues el ejercicio de ésta sólo podemos entenderla como posible en la medida que los contribuyentes no sean sometidos a una carga excesiva que ahogue su potencial rendimiento (principio de conservación de las fuentes). A este respecto, pongo un especial énfasis, pues el fisco en mi concepto , con la aplicación de su política impositiva conculca gravemente el principio mencionado de la conservación de las fuentes, pues, *a priori*, y sin mediar justificación alguna, aquél vulnera los derechos de los contribuyentes considerándolos delincuentes tributarios antes de que se determine por sentencia ejecutoriada la calidad de infractor, excediéndose, en mi opinión, en el ejercicio de sus facultades de fiscalización y de sanción con lo cual obstaculiza el libre ejercicio de la actividad económica de los obligados tributarios que actúan honestamente, transgrediendo el principio de la

legalidad.

En fin , opino que, no es congruente la legislación tributaria, y las facultades de fiscalización y sancionatorias de las que se encuentra dotado un órgano administrativo como lo es el Servicio de Impuestos Internos, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, en específico los principios sobre los cuales éste se sustenta., pues no obstante sea justificable la existencia del Estado y su autoridad, de esta, la disposición natural del hombre no se deduce, ni siquiera en forma mediata , mucho menos entonces la existencia del fisco.

Intrínsecamente ligado con lo anterior, a lo que indefinitiva debe, entonces aspirar el Estado y su potestad tributaria, es a poner de manifiesto el logro de la forma en que pueden hacerse compatibles los requerimientos de “UN ESTADO SOCIAL” , que por definición tiende a desarrollar una actividad de intervención en la economía, con los del Estado de Derecho, en el cual se les debe procurar a los intervinientes particulares las garantías necesarias para ejecutar en igualdad una actividad económica libre y lícita, en otras palabras el llamado por la doctrina “ESTADO IMPOSITIVO”, debe tender a que los ingresos provenientes de los impuestos en sus diversas formas han de ser suficientes para asegurar los fines estatales o, desde otra perspectiva, de que las necesidades fiscales no justifican por sí solas ninguna otra intervención en las libertades de los ciudadanos en el ámbito económico, es decir, tiene como presupuesto la idea de que la voluntad de los agentes económicos privados en el sentido de obtener rendimientos de su trabajo es lo suficientemente fuerte como para asegurar al mismo tiempo la obtención de rendimientos tributarios. En otros términos, Estado impositivo y economía social de mercado son las dos caras de la misma moneda y se corresponden en cuanto presuponen el dualismo Estado – Sociedad.

Nuestra Constitución Política, si bien no establece expresamente un ESTADO IMPOSITIVO, en mi opinión de sus diversas normas ( artículo 19 N°3, artículo 19 N° 20; artículo 19 N° 21 , Artículo 19 N° 26, artículo 63 N° 14 entre otros) se puede concluir un marco teórico que dan cuenta inequívocamente de un modelo económico- estatal acorde con las libertades y principios de un Estado de Derecho.

6.- Previo a revisar los tipos penales tributarios, paso revista en general, a cada uno de los elementos del delito fiscal ( tipo penal, antijuridicidad y culpabilidad) en relación a los ilícitos de que nos ocupamos en esta tesis, considerando relevante recalcar que nuestra doctrina y jurisprudencia aún no logra un consenso en relación con esta materia, pero en general tomo



postura porque en general son delitos especiales propios, de resultado, y que en relación a su faz subjetiva es menester dolo directo e incluso en figuras como la del inciso final del artículo 97 N° 4 del Código Tributario un dolo específico relativo a la finalidad con la que se ha perpetrado la faz objetiva del tipo, esto es el conocer y el querer que las facturas se destinen al ilícito del inciso 1° del mismo artículo . En cuanto a su penalidad estimo que transgreden el principio de proporcionalidad, pues están convirtiendo una deuda o un ilícito contra el patrimonio fiscal más importante que la vida u otros bienes jurídicos de relevancia social. Al respecto , merece especial énfasis, el tratamiento e interpretación dogmática de los elementos normativos de la faz subjetiva del tipo en los delitos tributarios, pues ; especialmente en esta materia, el legislador al efectuar la descripción de la figura penal específica ha recurrido a una serie de conceptos técnico-jurídicos relativos a materia impositiva ( la factura, liquidación, giro, boletas, notas de crédito, notas de débito, etc) y que trasuntan en que; en mi opinión como en la de varios autores nacionales y extranjeros; cuando la definición del elemento normativo del tipo la realiza, no una ley sino una norma de jerarquía inferior, nos encontramos ante una ley penal en blanco. En el mismo sentido, opino que el perjuicio fiscal como elemento de la faz objetiva del tipo, no sólo le es esencial , sino que el mismo , importaría , además un elemento normativo que merece especial atención, pues; para su determinación es menester un minucioso procedimiento establecido por el Código Tributario en los artículos 60 y siguientes, de modo tal , que de efectuarse aquél debidamente y en su totalidad estimo que el delito tributario no se encuentra tipificado o a lo menos consumado.

7.-El acápite de la culpabilidad y con ello de la adecuación típica de los delitos tributarios merece una especial mención. En la presente tesis cuido de exponer con detalle y acuciosidad todas y cada una de las figuras penales prescritas en el Código Tributario. En mi opinión, muchas de las figuras penales tributarias estudiadas, transgreden, en sí mismas, los principios de inocencia y de legalidad, generando consecuencias objetivas de punibilidad que son inexcusables en un estado de derecho como entendemos, claro está, que es el nuestro. Asimismo; atendida la deficiente redacción de los tipos contenidos en el artículo 97 del Código Tributario, nefastas consecuencias podrían recaer sobre los signados como sujetos activos de los mencionados ilícitos, lo que en definitiva presenta entuertos de difícil solución y que han denotado claras discrepancias en la dogmática y la jurisprudencia.

8.- En relación al bien jurídico protegido con las infracciones tributarias, honestamente, asumo que es la hacienda pública como concepto amplio y, es el que en definitiva trasunta , en el denominado “patrimonio fiscal funcional”, pues en el caso de evasión o defraudación de impuestos, es la nación toda la que se ve privada de los recursos que le son necesarios para su mejor y más eficiente desarrollo.

En estricto rigor, es necesario seguir avanzando en la constructo de un real y efectivo Derecho Penal Tributario, que es la posición que considero la óptima con respecto a la naturaleza de la rama del derecho que le es aplicable a las conductas ilícitas objeto de análisis; sin perjuicio, también, de que los tribunales de justicia deben aportar , a través de una interpretación judicial integral, una correcta y consecuente aplicación del principio de legalidad, tantas veces vulnerado en nuestro entendido por la administración en uso de sus facultades fiscalizadoras, lo que ha traído como consecuencia la vulneración del principio señalado y de otros importantes en materia penal, como el principio de proporcionalidad de las sanciones, el principio de inocencia y el del *ne bis in idem*.

9.- Asimismo y en detalle paso revista de otro problema práctico y , a su vez, intrínsecamente ligado a la sistemática de la teoría del delito en relación a los delitos tributarios, cual es, la problemática de la autoría y la participación , segmento en el que he planteado las diversas opiniones de los tratadistas , los que no se han puesto de acuerdo a su respecto , acarreando consigo la interesantísima y a su vez controversial determinación, de sí, efectivamente los delitos tributarios , son de resultado , o bien meramente formales, pues de estimarse como estos últimos podríamos incluso alegar su inconstitucionalidad . Otra controversia que se ha planteado en la doctrina, tanto nacional como internacional, y de suma importancia práctica , es la de determinar si los delitos tributarios, tienen la naturaleza jurídica de comunes , de deber positivo o especiales propios, optando por esta última posición atendidos los argumentos de texto y dogmáticos esgrimidos en esta tesis en detalle.

10.- El último capítulo, trata de una cuestión sustantiva, colateral, pero no menos importante en la conjunción de la teoría del delito con los delitos tributarios, siendo el concurso y la comunicabilidad una problemática discutible, empero que podemos sintetizar diciendo que, es el

contribuyente fundamentalmente el sujeto activo en las conductas sancionadas, sin perjuicio; que de acuerdo al artículo 99 del Código Tributario , se ha entendido por parte de la doctrina , por la cual tomo postura, que es el obligado tributario en un sentido amplio quien es en definitiva el sujeto activo del los ilícitos tributarios, es decir son responsables y sancionables con pena corporal; no sólo el contribuyente, sino también, su representante, o bien los gerentes y administradores de las personas jurídicas a las cuales representen, actores respecto de los cuales su carácter concursal está específicamente reglado en la legislación, sin obviar que a un *extraneus* se le puede comunicar la calidad de autor o de partícipe , siempre y cuando tengan aquellos conciencia de la ilicitud que está cometiendo.

Para finalizar estas palabras, es menester decir que considero a éste, con mucha humildad, un completo y didáctico trabajo de sistematización de la teoría del delito en relación a nuestra legislación relativa a los principales tipos penales en materia tributaria , el que por su objetividad ,será, así lo espero, de ayuda a estudiantes de derecho, abogados, profesores de derecho, jueces , fiscales entre otros, tarea que no me ha sido fácil y que me ha planteado un duro pero agradable esfuerzo , que con mucho ha valido la pena realizar.

## Capítulo VII

### BIBLIOGRAFIA

#### Nacional:

- Bullemore, Vivian / Mackinnon, John ; Curso de Derecho Penal, Tomos I y II, 1ª ed., 2005, Santiago
- Cousiño Mac Iver, Luis; Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomos I, II,III, Santiago, 1975-1992
- Cury Urzúa, Enrique ; Derecho Penal, Parte General, 1992 y 7ª ed., 2005, Santiago
- Dumay, Alejandro; El Delito Tributario , 1968, Texto de Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Concepción.
- Etcheberry, Alfredo; Derecho Penal, Parte General, Tomo II.-
- Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte general, nociones fundamentales de la teoría del delito, 3ª Ed., Santiago, 2003.
- Hadwa Issa, Marcelo. “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los Problemas relativos a la participación criminal”. Monografía 2007.
- Massone, Pedro; Principios de Derecho Tributario, Valparaíso, 1979.
- Náquira, Jaime. Derecho Penal. Teoría del Delito, Editorial Mc Graw-Hill. Interamericana de Chile. Tomo I.
- Novoa Monreal, Eduardo; Curso de Derecho Penal Chileno, Tomos I y II, Santiago, 1960 y 1966.

- Politoff, Sergio/ Grisolía, Francisco/ Bustos, Juan; Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2ª ed. , Santiago, 2004.
- Palominos Olivares, Rodrigo y Scharfstein Levy , Ariel, Delitos Tributarios, Adecuación Típica del artículo 97 del Código Tributario. Memoria de Prueba
- Ugalde, Rodrigo / García, Jaime; Curso sobre delitos e infracciones tributarias, Santiago, 2005.
- Van Weezel, Alex; Delitos Tributarios, 1ª ed., Santiago, 2007

### **Extranjera :**

- Aparicio Pérez, J.; “El delito fiscal a través de la jurisprudencia”, editorial Aranzadi, 1997
- Ayala Gómez, I., “El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal”, Civitas, 1998
- Bacigalupo Zapater, Enrique ; Principios de Derecho Penal. Parte General. 5ª Ed. Madrid. 1998.
- Bacigalupo Zapater, Enrique; Lineamientos de la Teoría del Delito. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1986
- Banacloche Pérez-Roldán , Julio. “Dolo o cuantía como requisitos en la calificación del delito fiscal”, Crónica Tributaria, núm. 42,
- Beccaria, Cesare, De los delitos y las penas, Madrid, Alianza, 1990 (quinta reimpresión), trad. de De las Casas, Juan Antonio de *Dei deliti e delle penne*.
- Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Teoría Jurídica del Delito, Tomo II. 6ª ed. Editorial Teknos . Madrid 1999 .

- Choclan Montalvo, José Antonio. Responsabilidad de Auditores de Cuentas y Asesores Fiscales, Tratamiento penal de la información societaria Barcelona: Bosch, 2003,
- Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- González Sánchez, Manuel , “*El Fraude de Ley en materia tributaria*”, Editorial Plaza Univ. Ediciones, Salamanca 1993
- Jakobs , Günther ; La imputación objetiva en Derecho Penal. Traducido por Cancio Melia, Manuel.
- Jakobs, Günther : Dogmática del Derecho Penal y La Configuración Normativa De la Sociedad
- Jarach, Dino. “Curso superior de derecho tributario”, Buenos Aires . Ed. Linceo Profesional Cima, 1957 . V. I. y II.
- Jescheck , Hans Heinrich : Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad. De la 5ª edición Alemana de 1996, Madrid 2002.
- Mir ,Puig; Derecho Penal, Barcelona 1998.
- Muñoz Conde, Francisco; Introducción al Derecho Penal. Barcelona 1975.
- Muñoz Conde, Francisco, Introducción al Estudio de La Criminología y El Derecho Penal, Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 1989.
- Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, 1998.
- Pérez De Ayala, J.L. y Eusebio González, “Derecho Tributario I”, Plaza Universitaria, Ediciones Salamanca, 1998,
- Quintero Olivares, Gonzalo ; Los Delitos Especiales y la Teoría de la Participación en el Derecho Penal Español.
- Quintero Olivares , Gonzalo; Curso de Derecho Penal.

- Robles Planas, Ricardo. “Garantes y Cómplices: La intervención por omisión en los delitos especiales”. Barcelona: Atelier, 2007
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo “Derecho Penal” - Parte General, Madrid. 1978 .
- Roxin, Claus; Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal traducido por Cuello
- Roxin, Claus ; Tratado de Derecho Penal. 1996
- Roxin, Claus; Jakobs , Günther y otros, Sobre el Estado Actual de la Teoría del Delito, Madrid, Civitas, 2000.-
- Tiedemann , Klaus ; Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, Español, Alemán), Editorial PPU S.A. Barcelona, España , 1993.
- Welzel, Hans; Derecho Penal Alemán, Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión 2002.





## LA DESPENALIZACIÓN DE LA SIMULACIÓN POR LA LEY N° 20.780 *SHAM DECRIMINALIZATION OF THE ACT 20,780*

### **Gonzalo Vergara Quezada**

Gerente en PWC Consultores, Auditores y Cía. Ltda.  
Máster en Derecho con Mención en Derecho Tributario PUC  
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
gavergara@uc.cl



**Resumen:** El artículo analiza los efectos de la normativa antielusiva general de la Ley N° 20.780 sobre las conductas que estaban previamente tipificadas como los delitos tributarios en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario chileno.

**Palabras claves:** Simulación, delitos tributarios, evasión, elusión tributaria.

**Abstract:** *The article analyzes the effects of the general anti-avoidance rule of the Act 20,780 over behaviours previously described as tax crimes by the article 97 number 4 of the Chilean Tax Code.*

**Keywords:** *Sham, simulation, tax crimes, evasion, tax avoidance.*

### **1.- INTRODUCCIÓN**

En nuestro derecho la simulación era una infracción directa de la ley penal tributaria, es decir, constituía una contravención a la letra de la ley, porque dicha conducta estaba tipificada en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario. Por ello es necesario determinar cuál es el efecto de volver a describir la misma conducta, dejando esta vez sin castigo

al autor y estableciendo una sanción menos gravosa para el coautor, que era la calidad que le habría correspondido al asesor, es decir, a quien diseña o planifica simular un acto.

El efecto jurídico de esta acción del Congreso debe ser determinado utilizando los principios que informan nuestro sistema jurídico en materia penal, los que parecen tener dos consecuencias necesarias respecto de la simulación como conducta típica del artículo 97 N° 4 del Código Tributario: Se despenaliza la conducta del autor y se establece una sanción menos gravosa para el coautor.

En dos estudios anteriores, que fueron publicados en esta revista,<sup>1</sup> quedó pendiente analizar el efecto de la nueva normativa antielusiva general sobre los delitos tributarios. En las siguientes líneas se intenta llenar aquel vacío. Es necesario advertir al lector que nos adentraremos en instituciones y principios del derecho penal, rama jurídica que no hemos abordado en esta sede, pero que ahora resulta indispensable para poder ir avanzando en el estudio de la nueva normativa antielusiva general.

Entonces, analizaremos en detalle un efecto de la Ley N° 20.780 que puede ser considerado un error, porque parece ser altamente improbable que se deseara que esto ocurriera. Sin embargo, como veremos al analizar los principios constitucionales llamados a determinar los efectos de los actos del legislador, no parece ser plausible un resultado diverso que la despenalización de la simulación.

Así, todo indica que este error requiere una corrección legal, debido a que afecta principios fundamentales de nuestro derecho tributario, penal y constitucional, y la despenalización de la simulación que tiene efectos tributarios no parece ser deseable, pero son aún menos deseables las posibles soluciones alternativas, como veremos.

Desde una perspectiva doctrinal, la elusión es una violación indirecta de la ley impositiva,<sup>2</sup> es decir, la elusión tributaria es una infracción a los propósitos de la regulación legal, pero no a su letra. A lo dicho se agrega que la contradicción con el propósito de la ley es la esencia de la definición del término elusión (*avoidance*) de la

---

<sup>1</sup>En los números 12 y 14.

<sup>2</sup>KRUSE, Wilhelm. "El ahorro de impuesto, la elusión fiscal y la evasión", en: AMATUCCI, Andrea (coord.) Tratado de derecho tributario. Bogotá, Temis, 2001, Tomo II, p. 592-595; UCKMAR, Victor "Los tratados internacionales en materia tributaria", en UCKMAR, Victor (coord.) Curso de derecho tributario internacional. Bogotá, Temis, 2003, Tomo I, pp. 110-114; TAVEIRA T., Heleno. Derecho tributario y derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria. Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 156.

OCDE, organismo al que declaró seguir el Ejecutivo al proponer esta regulación al Congreso.<sup>3</sup> Por lo indicado, si la simulación es ahora elusión, la conclusión necesaria es que la simulación, como ha quedado tras la Ley N° 20.780, no puede seguir siendo una infracción directa de la ley penal tributaria, entre otros motivos que se analizarán más adelante, debido a que en esta materia la ley posterior más beneficiosa deroga a la más gravosa anterior.<sup>4</sup>

Entonces, considerando la necesidad de que las conductas estén tipificadas en la ley para que sean un delito, la simulación no puede ser, al mismo tiempo, elusión y evasión, en este artículo examinaremos si es posible o no sostener con éxito la postura del Servicio de Impuestos Internos, que ha intentado resolver la contradicción antes mencionada (que la simulación es, al mismo tiempo, elusión y evasión), afirmando que la diferencia entre la simulación como evasión y la simulación como elusión, se encontraría en la presencia del dolo o malicia, y en los procedimientos destinados a calificarlas. Para ello revisaremos los principios penales, tributarios y constitucionales involucrados en la materia, y analizaremos las sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia.

No es el propósito de estas líneas agotar el tema en discusión, sino que se intentará explicar la contradicción elemental que surge de haber incluido la simulación en la normativa antielusiva general, sin haber tenido en cuenta que ella estaba sancionada penalmente. Además, en esta investigación se tratará de determinar, en conformidad a los principios llamados a informar la materia, cómo se debería resolver esta contradicción.

## **2.- SOBRE LOS ERRORES LEGISLATIVOS**

Es relevante para el estudio de la materia demostrar en este punto que el legislador al modificar las leyes tributarias comete errores importantes. Ello debido al problema hermenéutico que estas equivocaciones provocan, en vista de la tendencia natural del intérprete de tratar de aplicar el aforismo que el legislador no actúa sin un motivo.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup>Glosario de términos tributarios [en línea] <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>> [fecha de consulta: 22 de junio de 2015].

<sup>4</sup> Artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

<sup>5</sup>Esto puede ser profundizado por el lector en VERGARA Q., Gonzalo. Norma antielusiva general. Santiago, Libromar, pp. 113-132.

Al respecto, el destacado jurista galo F. Géný, refiriéndose a la universalmente admirada codificación civil de su país, decía que la ley es una manifestación imperfecta del derecho inmanente a ella.<sup>6</sup> Esta imperfección, típica de toda obra humana, se presenta en todas las ramas del derecho, pero en el derecho impositivo suele llegar, como veremos, a niveles más profundos. La técnica legislativa fiscal, como se ha destacado, suele ser afectada gravemente por el apuro de los gobiernos por obtener recursos para realizar sus programas, y de la necesidad de lograr acuerdos con las demás fuerzas políticas dentro de esos espacios de tiempo reducidos.<sup>7</sup> Por esto, es común que las leyes impositivas, tanto nacionales como extranjeras, contengan muchos errores.<sup>8</sup>

Tal como antiguamente ocurría en Europa central con el llamado derecho común, que era rico en contradicciones que su jurisprudencia debía resolver,<sup>9</sup> actualmente en nuestro derecho, algunos errores del legislador pueden, hasta cierto punto, ser corregidos por el intérprete de la ley. Esto es así, entre otros motivos, porque las normas de hermenéutica legal del Código Civil permiten utilizar materiales que están fuera del texto de la regla interpretada, con los cuales es posible, dadas ciertas condiciones, establecer su verdadero sentido y alcance, muchas veces oscurecido por una deficiente técnica legislativa en la que no se dice lo que se intentaba comunicar.<sup>10</sup> De esta manera, el intérprete puede ser capaz de lograr que el objetivo buscado por el legislador se cumpla, a pesar de la imperfección de la norma dictada. Veamos algunos ejemplos de lo indicado.

---

<sup>6</sup>GÉNY, François. Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Granada, Comares, 2000.

<sup>7</sup>Mirrlees et al. (2011) LXII-LXVI y 1-3, FELIÚ de O., Olga. “Tributos, ¿por Circulares del SII?”. Diario Financiero, Santiago, Chile, 23 de julio de 2015 [en línea].<<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/olga-feliu/tributos-por-circulares-del-sii/2015-07-22/182357.html>> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2016].

<sup>8</sup>KRUSE, Heinrich W. Derecho tributario alemán. Madrid, trad. de la 3ª edición alemana de 1973 de Perfecto Yebra Martul-Ortega, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 182, MASSONE P., Pedro. Principios de derecho tributario, 3ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2013, Tomo I pp. 201-204, FLORES D., Gloria y VERGARA Q., Gonzalo. Desafíos en tiempos de reformas tributarias. Fundamentos, objetivos y control, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 283-294.

<sup>9</sup>VON SAVIGNY, Friedrich C. Sistema del derecho romano actual, 2º ed. española, Madrid, , trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Cía. Tomo I pp. 197-202.

<sup>10</sup>GUZMÁN B., Alejandro. Las reglas del ‘Código Civil’ de Chile sobre interpretación de las leyes, Santiago, LexisNexis, 200, pp. 67 y ss.

Uno de estos errores lo examinamos en otra oportunidad, al tratar la exención del impuesto adicional a los libros electrónicos. Resumiendo lo previamente expuesto, es posible indicar que los libros electrónicos son obras protegidas diferentes de los programas computacionales y, a pesar de ello, el legislador creyó que ambas quedaban comprendidas en una misma definición, a pesar que ella se limitaba a estos últimos. Este error obligó al Servicio de Impuestos Internos a aclarar que, a pesar de no ser mencionados en la ley, los libros electrónicos quedan exentos del impuesto adicional, debido a que la clara intención del legislador era eximirlos. Ello, evidentemente, cumpliendo con los demás requisitos del inciso 1° del art. 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.<sup>11</sup> Es importante destacar que esta interpretación oficial de la norma está conforme con las reglas del Código Civil, las que permiten recurrir a elementos que no quedan incluidos en la ley, pero que pueden ser objetivamente acreditados, develando el verdadero sentido y alcance de una norma imperfecta, que tenía como propósito dejar exentos de impuestos a estos libros.

Otro caso de una corrección de un error legislativo por vía interpretativa, lo encontramos en la instrucción administrativa que invitaba a los contribuyentes a desagregar, dentro del procedimiento de determinación de la renta líquida imponible del impuesto de primera categoría, los gastos pagados que estaban afectos al impuesto del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, para “preservar la calidad de único”<sup>12</sup> del tributo de aquel artículo. Más tarde, las leyes N° 20.630 y N° 20.780 modificaron este tratamiento, pero mantuvieron el mismo efecto que se había logrado antes mediante una interpretación administrativa contenida en una circular.

A pesar de lo dicho, existen otros errores que, sea por su gravedad o porque involucran principios fundamentales de nuestro derecho, requieren que el legislador se haga cargo de enmendarlos. Lo dicho es fácil de probar en materia impositiva. De hecho, basta con recordar algunos casos de errores legislativos que debieron ser corregidos de la misma forma que fueron cometidos. A continuación, los pasamos a examinar.

El primer caso que podemos mencionar, es el de la Ley N° 19.801, que rectificó el antiguo artículo 18 ter de la Ley sobre Impuesto a la Renta, porque el legislador de la Ley N° 19.768 había olvidado, nada más ni nada menos, la diferencia entre un ingreso

---

<sup>11</sup>FLORES D., Gloria y VERGARA Q., Gonzalo. Desafíos en tiempos de reformas tributarias. Fundamentos, objetivos y control, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 294-301.

<sup>12</sup>SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 37 del 25 de septiembre de 1995, Capítulo III título B letra d). [en línea] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/1995/37.htm>> [consulta: julio de 2016].

no renta y un ingreso exento,<sup>13</sup> cuando se implementó la nueva tributación de las ganancias de capital de la enajenación de acciones con presencia bursátil, lo que llevó a la primera ley mencionada a agregar en aquel artículo que la renta obtenida no se gravará “ni se declarará”.

En otro caso, la Ley N° 18.489 corrigió algunas de las falencias de la Ley N° 18.293, entre las que podemos destacar un olvido procedimental. En los hechos, esta última ley estableció la posibilidad de rebajar las llamadas pérdidas de arrastre, sin tope de tiempo, de las utilidades futuras, sean del negocio respectivo o provenientes de dividendos, retiros y reinversiones de otras empresas, pero no reguló cómo se devolverían estos tributos previamente pagados, por lo que el legislador de la Ley N° 18.489 se vio en la obligación de corregir esa falla.

Lo propio ha hecho la Ley N° 20.899 con algunos de los errores de la Ley N° 20.780, como por ejemplo, no haber dispuesto la suspensión de la prescripción de la acción para aplicar la multa a los asesores. Este error requería una corrección legal, considerando que la interpretación administrativa<sup>14</sup> es inoponible a los tribunales.<sup>15</sup> Si bien volveremos más adelante sobre esto, es posible adelantar que el origen del problema es que la Ley N° 20.780 creó un sistema procedimental, que podríamos llamar híbrido, a falta de un mejor término,<sup>16</sup> en el que la multa es aplicada por la administración fiscal, y no por el juez. El adjetivo utilizado obedece a que la participación en la conducta sancionada por la administración se determina en un procedimiento judicial, que precede a la aplicación de la multa administrativa. Por lo mismo, no existían normas para integrar esta peculiar regulación, considerando que en nuestro derecho, la multa es impuesta por un juez, o es aplicada por la administración. En este último caso, el juez controla el acto administrativo sancionatorio al conocer del contencioso-administrativo. Por lo dicho, esta superposición de sistemas, excluyentes

---

<sup>13</sup>A diferencia de los ingresos no renta, los ingresos exentos de impuestos son considerados para determinar la tasa progresiva del impuesto global complementario, tal como lo dispone el artículo 54 N° 3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

<sup>14</sup> El Servicio de Impuestos Internos sostuvo que la acción para aplicar la multa se interrumpía por la interposición de la acción para establecer la participación de los asesores, para lo que recurría al artículo 2518 del Código Civil. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 65 del 23 de julio de 2015, Capítulo IX N° 6 [en línea] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu65.pdf>> [consulta: julio de 2016]

<sup>15</sup>*Inversiones Las Cruces Limitada con SII* (2015) considerando segundo sentencia de reemplazo.

<sup>16</sup> Realmente es el producto de elementos de distinta naturaleza.

entre sí, hacía casi imposible la integración del derecho común, por ejemplo, para establecer la interrupción o la suspensión de la prescripción, si consideramos que tanto el procedimiento judicial como el administrativo presuponen que la multa será impuesta por quien conoce del procedimiento, no por un tercero.

De esta forma, en las siguientes páginas serán expuestos los argumentos que permiten sostener que fue un error del legislador el haber derogado tácitamente parte del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, el que debe ser corregido legalmente, considerando los importantes principios y reglas del derecho penal y constitucional que se ven involucrados en esta materia.

### 3.- LA SIMULACIÓN

Debemos comenzar estableciendo qué se entiende en nuestro derecho por simulación, de manera de delimitar el fenómeno estudiado.

Si bien en nuestro medio importantes académicos dedicados al estudio del derecho civil habían abordado diferentes aspectos de la simulación al explicar el acto jurídico y las declaraciones de voluntad,<sup>17</sup> es en el trabajo del destacado abogado Raúl Diez Duarte dónde encontramos un tratamiento integral de la institución frente a nuestro Código Civil. Por lo mismo, la obra de aquel autor llegó a ser un referente obligado para estudiar esta materia en nuestro país. Diez Duarte presentó en 1944 su memoria de prueba precisamente respecto de esta materia, basándose sobre la obra del destacado jurista italiano Francisco Ferrara,<sup>18</sup> quien es, a su vez, el autor del libro *La simulación de los negocios jurídicos*,<sup>19</sup> cuya primera edición en español se publicó en 1926. En ella Ferrara desarrolla la institución desde una perspectiva que intenta encontrar un punto mesurado frente a las teorías voluntaristas francesas y

---

<sup>17</sup> Por ejemplo CLARO S., Luis. Derecho civil chileno y comparado, 1ª ed., Santiago, Nascimento Tomo undécimo, 1937, pp. 121-127, PESCIO V., Victorio. Manual de derecho civil, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1948, pp. 250-276, LEÓN H., Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952, pp. 151-170, VIAL DEL RÍO. Teoría general del acto jurídico, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 139-154, etc.

<sup>18</sup> Como lo hace ver el profesor Eduardo Novoa Monreal en el prólogo de la obra. DIEZ D., Raúl. La simulación de contrato en el Código Civil chileno, 2ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982, p. 6.

<sup>19</sup> La primera edición italiana data de 1900.

declaracionistas alemanas en conflicto en aquella época.<sup>20</sup> Volviendo a Diez Duarte, en 1957 su memoria de prueba se convertirá en la obra *La simulación de contrato en el Código Civil chileno*, cuya segunda edición de 1982 dará cuenta de la madurez de la institución de la simulación en nuestro medio, en la que ciertamente influyó el trabajo de Diez Duarte.

En lo que resulta relevante del estudio de la simulación en el derecho chileno, para efectos de determinar sus efectos tributarios, podemos mencionar que hace bastante tiempo nuestros autores han llegado a un consenso sobre algunos puntos esenciales de la institución, entre ellos, la definición de la simulación.

Así lo dicho, es posible constatar que la mayoría de los juristas nacionales entiende que, en consideración de las reglas del Código Civil chileno y de los principios que informan a nuestro derecho, la simulación es una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del real.<sup>21</sup> Esta definición coincide, a grandes rasgos, con las características esenciales de la institución comentada que nos entregó Ferrara.<sup>22</sup>

Lo anterior es relevante por dos motivos. El primero es que la propia administración fiscal recurrió a la definición de Ferrara en su instrucción sobre la nueva regulación antielusiva general, por lo que no cabe lugar a dudas que estamos hablando de la misma institución jurídica.<sup>23</sup> El segundo motivo que vuelve importante lo indicado, es que esto descarta la aplicación a la normativa nacional antielusiva general de teorías que podríamos calificar frente a nuestro derecho vigente como *de lege ferenda*,<sup>24</sup> que

---

<sup>20</sup>FERRARA, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pp. 2-40.

<sup>21</sup>DIEZ D., Raúl. *La simulación de contrato en el Código Civil chileno*, 2ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982, pp. 60-64, NIÑO T., Eduardo. *La simulación*. *Revista de Derecho* 14, 1991, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 74, ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Tratado de derecho civil*, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 360-361, ABELIUK M., René. *Las obligaciones*, Tomo I, 6ª ed., Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters, 2014, p. 185, etc.

<sup>22</sup>FERRARA, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pp. 41-50.

<sup>23</sup>SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 65 del 23 de julio de 2015 [en línea] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu65.pdf>> [consulta: julio de 2016], p. 14.

<sup>24</sup> Es decir, no es derecho vigente, sino el derecho que desearía estuviera vigente un autor determinado.



se construyen a partir de conceptos jurídicos que expresamente rechazan la definición de Ferrara,<sup>25</sup> que como hemos visto, es la que de mejor manera se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente, los autores concuerdan en que la simulación puede ser lícita o puede ser ilícita, dependiendo de la intención de causar un perjuicio a un tercero.<sup>26</sup> Cuando la simulación no es lícita, ella puede llegar a ser un ilícito penal en la medida que se presenten los elementos del respectivo hecho punible. Así, por ejemplo, si se otorgan contratos simulados en perjuicio de los acreedores, como lo dispone el inciso 2° del artículo 466 del Código Penal, o se otorga un contrato simulado, simplemente, en perjuicio de otro, como lo exige el más genérico N° 2 del artículo 471 del mismo código,<sup>27</sup> estaremos frente a un acto sancionado penalmente.

En Chile, los tribunales superiores de justicia concuerdan con nuestros principales autores respecto de la definición de simulación y de la posibilidad que ella sea lícita o ilícita.<sup>28</sup>

#### **4.- SIMULACIÓN, DELITO TRIBUTARIO Y ELUSIÓN**

La simulación tuvo el privilegio de estar involucrada en el primer caso registrado de elusión en nuestra historia. Resulta que los primeros habitantes españoles de la ciudad de Santiago eludían el pago del diezmo, que durante la colonia era un tributo

---

<sup>25</sup>TAVEIRA T., Heleno. Derecho tributario y derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria. Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 239-269.

<sup>26</sup>DIEZ D., Raúl. La simulación de contrato en el Código Civil chileno, 2ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982, pp. 101-107, NIÑO T., Eduardo. La simulación. Revista de Derecho 14, 1991, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 79-80, ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. Tratado de derecho civil, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 362, ABELIUK M., René. Las obligaciones, Tomo I, 6ª ed., Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters, 2014, pp. 185-186.

<sup>27</sup> Una diferencia importante de estos delitos con los delitos tributarios es que ellos tienen una condición objetiva de punibilidad, a saber, que el perjuicio patrimonial ocurra. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, pp. 462-463.

<sup>28</sup>Claudia González Barrientos con Henry Gamboa Bahamondes (2011), Castle Gold Investment Corp con Inmobiliaria Los Nogales Ltda. y otros (2011), Francisco Javier Ebel Vial con Liliana Kotliarenko Azerman (2007), Patricio Aylwin Oyarzún con Renta Equipos y Vehículos Especiales S.A. (2011), entre otras.

establecido a favor de la iglesia, simulando haber enajenado a sus hijos los animales de granja que les pertenecían. Con estas enajenaciones simuladas cada individuo aparecía con 10 ó menos de estos animales, con lo que lograban la impresión de estar exentos de aquella penosa<sup>29</sup> carga. Esto llevó al Cabildo de Santiago a establecer lo que ahora veríamos como la primera norma antielusiva específica, que limitó, para efectos de la aplicación del diezmo, la titularidad del ganado dentro de una misma familia.<sup>30</sup> Entonces, siendo la simulación el truco más viejo del libro, como dicen coloquialmente los anglosajones, ella hace mucho tiempo que no resultaba útil para eludir un tributo en nuestro país, porque la simulación en materia tributaria era, al menos desde que se dictó el Código Tributario, una infracción directa a normas tributarias penales, como pasamos a revisar.

Como indicamos al inicio, la simulación ha sido sancionada en el Código Penal como un delito, el que requiere que ella se realice en perjuicio de otro.<sup>31</sup> La Corte Suprema ha destacado que el delito de simulación de contrato es, en esencia, una variante del delito de estafa.<sup>32</sup> La principal diferencia entre los delitos del Código Penal y del Código Tributario en los cuales la simulación es sancionada, está en que los primeros exigen que se produzca el daño patrimonial como consecuencia de la simulación, sin el cual no es sancionable la simulación,<sup>33</sup> en cambio, los delitos tributarios que se podían cometer al simular actos jurídicos bilaterales no requerían de un resultado para que el delito se consumara.<sup>34</sup>

El fraude tributario común, ha estado contemplado en lo que ahora<sup>35</sup> es el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario. Procede de la redacción del texto original la parte del mencionado número que indica “el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o

---

<sup>29</sup> Si consideramos la pobreza de los primeros conquistadores.

<sup>30</sup> BARROS Arana, Diego. Historia general de Chile, Tomo I, 2ª ed., Santiago, Editorial Universitaria, 2000, pp. 277-278.

<sup>31</sup> Un caso reciente de simulación ilícita penal puede ser analizado en la sentencia *Eduardo David Monasterio Lara y otros querellante Corfo* (2012).

<sup>32</sup> Claudio Soto Barría y otros querellante Fisco (2009) considerando trigésimo tercero.

<sup>33</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, pp. 462-463.

<sup>34</sup> VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 46.

<sup>35</sup> Por años fue el único inciso de aquel número. UGAS C., Luis. El Código Tributario. Sus normas complementarias y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 169.

burlar el impuesto”. La norma reproducida resulta evidentemente útil para sancionar todo tipo de fraudes tributarios, porque está apropiadamente descrita la conducta reprochada,<sup>36</sup> a saber, ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas, por lo que no parece razonable la existencia de otros tipos penales tributarios, a menos que ellos demuestren una conducta que tenga mayor reproche o mayor peligrosidad. Del texto transcrito es fácil criticar el uso del término doloso, sobre el que luego volveremos, pero es posible adelantar que esa palabra simplemente da cuenta del tipo de reproche de la acción tipificada, pero aquel término no describe conducta alguna.

Como vimos hace un momento, la simulación es una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del real. Si a lo dicho agregamos que, para efectos penales, existe consenso en nuestro medio que cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad es, en esencia, un medio suficiente para considerar aquel engaño como una conducta defraudatoria,<sup>37</sup> podremos comprender con facilidad por qué la simulación fue siempre perfectamente sancionable en Chile al configurar la conducta descrita en el inciso primero del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, previamente transcrito.

A pesar de ello, la política criminal en materia de impuestos ha sido generosa en establecer nuevos supuestos especiales que van separando conductas que, previamente, eran perfectamente sancionables, sea por aplicación de las reglas del Código Penal o del Código Tributario. Esta expansión de los tipos penales especiales va creando toda clase de problemas técnicos. Por ejemplo, vuelve más difícil la aplicación de las reglas sobre el concurso de delitos,<sup>38</sup> se presta para discutir si estaba o no antes sancionada la conducta contemplada en un nuevo delito,<sup>39</sup> etc. Por exceder con creces el ámbito de este estudio, no analizaremos estas dificultades en la aplicación de la ley penal impositiva, más que en lo que sea relevante para este estudio.

---

<sup>36</sup>VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 54.

<sup>37</sup>POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 423.

<sup>38</sup> Ej. *Herrera Valdebenito José Antonio y otros querellante SII* (2012), *Peña Díaz Mauricio Cristian querellante SII* (2012).

<sup>39</sup> Ej. *Emilio González Uriarte querellante SII* (2009).

Así lo dicho, en 1980 se agregó<sup>40</sup> al artículo 97 N° 4 del Código Tributario el inciso 3° que se refiere expresamente a la simulación. El inciso sanciona con una pena mayor que la contemplada en el inciso 1° a quien “simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan”. Sin entrar en el análisis de lo poco afortunada que es la expresión “una operación tributaria”, en condiciones que lo que se simula es un acto jurídico bilateral,<sup>41</sup> del que normalmente da cuenta una factura,<sup>42</sup> es posible señalar que desde la vigencia de aquella nueva regulación la simulación pudo ser utilizada para cometer dos delitos tributarios diferentes. De esta manera, si la simulación tenía por efecto rebajar la base imponible de cualquier tributo, pero no se obtenía una devolución de impuestos, era aplicable el inciso 1° del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario; en cambio, si de la simulación, además, tenía por efecto obtener una devolución de impuestos, se configura el ilícito del inciso 3° del número antes mencionado, que contempla una pena más alta.

Por su parte, nuestros tribunales superiores de justicia sancionaron penalmente la simulación que tenía por efecto el menor pago de impuestos o la devolución de ellos. Así, podemos constatar que la simulación que presenta ante el fisco un contrato no real, con el objetivo de pagar menos impuestos fue sancionado, precisamente, utilizando el inciso primero del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, como se puede observar, por ejemplo, en la causa *Manuel Antonio Segura Covarrubias querellante SII*, en la que fue negado un recurso de amparo teniendo a la vista que la venta simulada de piezas de vehículos en perjuicio del fisco configuraba el delito contemplado en el inciso previamente mencionado.<sup>43</sup> Por su parte, en el caso *Alfredo Cardoso Ledesma y otro querellante SII*, la Corte Suprema acogió un recurso de queja de la administración fiscal porque se encontraba acreditada la simulación de compra de

---

<sup>40</sup> Decreto Ley N° 3.443, de Hacienda, de 1980, publicado en el Diario Oficial el 2 de julio de 1980.

<sup>41</sup> El acto jurídico unilateral no admite simulación. FERRARA, Francesco. La simulación de los negocios jurídicos, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 47.

<sup>42</sup> Es preciso recordar que la factura es un documento mercantil que da cuenta del resumen de una transacción. Por lo mismo, antiguamente la administración se querrelaba por el delito de falsificación de documento mercantil en casos de facturas falsas en las que se usaban los datos de un tercero que no participaba en el delito. *José Toledo Espinosa querellante SII* (2006), *Pedro Alquilino Torres Espejo querellante SII* (2007) y *Raúl Francisco Marín Sotomayor y otros querellante SII*(2012), entre otras.

<sup>43</sup>*Manuel Antonio Segura Covarrubias querellante SII* (1993).

licores que permitieron obtener una devolución indebida de impuestos, lo que configuraba el delito del artículo 97 N° 4 inciso tercero.<sup>44</sup>

La administración fiscal estuvo conteste con lo que hemos antes indicado, por lo mismo presentó las acciones penales que llevaron a nuestros tribunales a resolver los casos anteriores de la forma que lo hicieron.<sup>45</sup> Además, podemos observar lo que hemos señalado al leer las palabras del director del Servicio de Impuestos Internos, quien durante la discusión de una importante modificación a los delitos tributarios expuso al Congreso que “en la aplicación del impuesto al valor agregado es muy frecuente la comisión de delito tributario mediante la simulación de compras utilizando facturas falsas que las aparecen respaldando, lo que luego les permite a esas personas incluirlas en su contabilidad y pagar un menor impuesto”.<sup>46</sup>

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago recaído sobre la causa *Guillermo Vilches Mallorga y otro querellante Silva Puentes Vilma* es muy claro respecto a lo que hemos explicado hasta ahora. El tribunal de alzada capitalino estableció en su sentencia que al acusado le fueron entregadas facturas para que “simulara transacciones comerciales inexistentes que le permitiese rebajar fraudulentamente el impuesto al valor agregado, [lo que] configura el delito de fraude tributario previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso 2° y 3° del Código Tributario”.<sup>47</sup> Luego agregó la corte que de conformidad a lo prevenido en el artículo 97 N° 4 del mismo cuerpo legal, los contribuyentes afectos al impuesto a las ventas y servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente, cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación a las cantidades que deban pagar, serán sancionadas en la forma que la misma disposición establece. Concluyó señalando que el inciso tercero expresa que el que simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le

---

<sup>44</sup> *Alfredo Cardoso Ledesma y otro querellante SII* (1995).

<sup>45</sup> Un ejemplo de las acciones que presentaba la administración en casos de simulación, lo podemos observar en una querrela citada en una sentencia de primera instancia, la que describe parte de los ilícitos detectados de la siguiente manera: “El contribuyente investigado también emitió facturas de ventas ideológicamente falsas a seis presuntos clientes, simulando ventas a estos últimos, generando de esta mismas manera Crédito Fiscal [sic] IVA ficticio”. *Mario Hernán Fritis Mauna querellante SII*(2006).

<sup>46</sup> Historia de la Ley N° 19.738 p. 545.

<sup>47</sup> *Guillermo Vilches Mallorga y otro querellante Silva Puentes Vilma* (2010).

correspondan serán sancionados en la forma que indica este precepto. Volveremos sobre esta sentencia más adelante.

Analicemos un momento la relación de la falsedad con la simulación. Si bien, como vimos al inicio, la simulación de contrato, fuera del ámbito tributario, puede llegar a configurar un delito específico, ella podría perfectamente ser utilizada para cometer el delito de estafa.<sup>48</sup> Ello es un ejemplo de cómo los delitos especiales pueden contener elemento de otros delitos que sancionan conductas más genéricas.

Respecto de la falsedad es necesario indicar que no existe un deber genérico de decir la verdad,<sup>49</sup> lo que también puede ser visto como el hecho que no toda declaración no veraz es punible.<sup>50</sup> Por lo mismo, la falta de veracidad en una declaración es castigada cuando alguien se encuentra compelido por la ley a decir la verdad. Estas obligaciones legales están formuladas de un modo negativo, es decir, la ley no dispone “se prohíbe matar”, ni ordena “se debe no matar”, sino que ella aplica una sanción penal al que mate a otro.<sup>51</sup> De esta forma, los delitos que sancionan conductas en las que se incurre en falsedad, como los delitos tributarios, implícitamente contienen la obligación de decir la verdad, en este caso, se debe declarar el verdadero monto del impuesto adeudado al fisco.<sup>52</sup>

Ahora, pasando a analizar los efectos de la simulación en materia tributaria, es posible indicar que como el delincuente tributario desea no ser detectado en una fiscalización, recurre a documentos que pueden contener datos falsos.<sup>53</sup> Por ello, como lo ha señalado la doctrina respecto de otros delitos especiales, la falsedad es un medio para

---

<sup>48</sup>ROJAS A., Luis E. Historia dogmática de la falsedad documental. Revista de Derecho 39, 2012, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>49</sup> Lo dicho es el consenso en nuestro derecho y lo sostenemos sin perjuicio de las posturas alternativas que se han planteado al respecto.ROJAS A., Luis E. Historia dogmática de la falsedad documental. Revista de Derecho 39, 2012, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>50</sup> Por lo mismo, la doctrina hace grandes esfuerzos para establecer cuándo la falta de veracidad se convierte en un engaño típico.PASTOR M., Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa.Ahora en: Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edición especial. Del fraude a la responsabilidad penal de la empresa, Tomo I, 2013, pp. 113-134.

<sup>51</sup> Ver los artículos 390 y 391 del Código Penal.

<sup>52</sup>VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 73.

<sup>53</sup> Es diferente adulterar un documento existente para agregar datos falsos que no estaban antes contenidos en él.

cometer el delito, no es un fin en sí misma.<sup>54</sup> La referida falsedad, ligada a la obligación de declarar la verdad al fisco, puede ser simplemente ideológica, es decir, los documentos han sido emitidos y suscritos por quienes aparecen haciéndolo, pero los datos que proporcionan los documentos son falsos. La falsedad puede ser, además, material, es decir, junto con no ser reales los hechos, el emisor de los documentos o el que los suscribe es una persona diferente de aquella que aparece en el documento.

Así las cosas, desde la perspectiva del derecho tributario, la simulación supone una falsedad ideológica, debido a que, a pesar que se encuentra obligado a declarar el verdadero monto del tributo, el delinciente tributario se pone de acuerdo con alguien más para hacer creer que un acto jurídico que no existe, es real, o que el acto que existe es diferente al real, ello, con el objeto de engañar a la administración fiscal. Es importante destacar que en materia de delitos tributarios esto puede ocurrir antes o después que ocurra el hecho gravado, sin ir más lejos, las devoluciones de impuestos fraudulentas por exportaciones requieren en la práctica del delinciente tributario una extensa actividad previa a la ocurrencia del delito, a saber, la creación de una cadena de sociedades que aparecen como proveedores regulares no impugnados por el Servicio de Impuestos Internos.

Veamos ejemplos hipotéticos y simples de simulación para analizar sus consecuencias tributarias. En un caso de simulación relativa, es decir, cuando existe un acto real, pero se presenta ante terceros con la apariencia de otro diferente,<sup>55</sup> las partes, dos personas naturales que no determinan su resultado según contabilidad completa, se pueden poner de acuerdo para hacer creer a la administración que han celebrado un comodato respecto de un yate u otro bien de gran valor, en condiciones que el contrato real es un arrendamiento, con ello ocultan el ingreso de una de ellas, que luego no se declara en perjuicio (al menos potencial) del interés fiscal.

En un caso de simulación absoluta, o sea, cuando las partes declaran que existe un acto, pero realmente no existe acto alguno,<sup>56</sup> si quienes figuran como partes son dos contribuyentes del impuesto al valor agregado, una puede tener en un período mensual

---

<sup>54</sup>MAYER L., Laura. Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. Revista de Derecho 32, 2009, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 297.

<sup>55</sup>DIEZ D., Raúl. La simulación de contrato en el Código Civil chileno, 2ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982, p. 116.

<sup>56</sup>DIEZ D., Raúl. La simulación de contrato en el Código Civil chileno, 2ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982, p. 108.

un crédito fiscal del impuesto al valor agregado de tal magnitud, que le permita simular con otra parte una compraventa afecta a aquel tributo, lo que tendrá por efecto que para él el débito ocasionado por la operación absolutamente simulada se limite a rebajar el crédito del período respectivo, por lo que no deberá realizar ningún desembolso porque no tiene que pagar tributo alguno, pero para su contraparte en la simulación, el crédito por la compra simulada tendrá por efecto que aparecerá como que no debe pagar tributo alguno en el período correspondiente, produciendo de esta forma un perjuicio al interés fiscal.

En cambio, en el caso de la falsedad material, ella normalmente escapará a la simulación en su significado civil, porque supone que el emisor o el suscriptor del documento es diferente, de manera que quien aparece como parte en el documento, no lo es. Igualmente se puede tratar de la adulteración posterior de un documento después de haber sido suscrito, por ejemplo, agregando un cero de más al monto pagado para crear la impresión que los gastos son mayores. En estos casos no existe un acuerdo entre quien figura como suscriptor del documento con quien lo presenta ante la administración. Es más, normalmente en estos casos quien figura como titular del documento ignora que sus datos han sido utilizados para cometer un delito.<sup>57</sup>

Alguien podría pensar que al ser la simulación una institución civil, la existencia de ella sería una cuestión prejudicial civil, pero ello es incorrecto. Al efecto, debemos recordar en este punto que en materia penal no se ejerce la llamada acción de simulación, es decir, no persigue la declaración de nulidad del acto simulado y tampoco se busca determinar la validez o no del mismo. En sede penal la controversia es más simple que eso, ya que ella versa sobre la existencia o no del engaño que implica la simulación, y si ese engaño habría permitido un menor pago de tributos o la obtención de una devolución de impuestos. Así, en estos casos, como acertadamente indica Diez Duarte, la simulación para el tercero perjudicado es un hecho jurídico, no un acto jurídico<sup>58</sup>.

Sin perjuicio de lo previamente indicado, es muy importante señalar en este punto que existe otro elemento normativo que se puede prestar para más de una confusión, en la

---

<sup>57</sup> Ejemplos de falsificación de documentos en las que no participaron quienes figuraban como emisores de ellos los podemos consultar en *Daniel Castro Carrillo y otro con SII* (2007), *Juan Pablo González Zúñiga y otros con SII* (2007) y *Rogelio Aburto Urrutia con SII* (2007).

<sup>58</sup> DIEZ D., Raúl. La simulación de contrato en el Código Civil chileno, 2ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982, pp. 171-173.



que fácilmente podría caer quien revise por primera vez la jurisprudencia judicial sobre la materia que analizamos. A saber, nuestra ley separa los procedimientos penales y de cobro de los impuestos adeudados.<sup>59</sup> Por eso, es a veces difícil lograr ubicar la correspondiente sentencia penal en un caso en el que se discute la validez de las liquidaciones de impuestos expedidas tras la respectiva denuncia o querrela por delito tributario. Para demostrar lo dicho examinemos unos ejemplos.

En *Comercial Comepal S.A. con SII*, la Corte Suprema resolvió que fueron correctamente liquidados los tributos que correspondían tras prescindir de los actos simulados del contribuyente,<sup>60</sup> lo que podría parecer desconcertante si no se tuviera a la vista que se trata del cobro de los impuestos en un caso de delitos tributarios.<sup>61</sup>

Algo similar ocurrió en la causa *Metales del Pacífico con SII*, en la que también se falló que se encontraban bien liquidados los tributos resultantes de no considerar las operaciones simuladas por el contribuyente,<sup>62</sup> lo que, igualmente, sería muy perturbador para un jurista si no se examinara aquella sentencia de forma conjunta con la recaída en la causa *Raquel María Romero García y otros querellante SII y otros*, que da cuenta de la causa penal por los mismos hechos.<sup>63</sup>

Lo dicho ha presentado otro problema práctico, originado en la separación de procedimientos. Si consideramos que en materia penal, tanto la carga como los estándares probatorios para obtener una sentencia condenatoria son completamente diferentes de aquellos aplicables en el procedimiento general de reclamaciones, en el que se somete al control jurisdiccional a una liquidación de impuestos, no es muy difícil prever que los resultados pueden ser incluso contradictorios. Por lo mismo, una persona puede ser absuelta en un juicio penal, mientras que en el juicio de cobro se pueden mantener las liquidaciones emitidas por los mismos hechos.

---

<sup>59</sup> Lo hace el inciso 5° del artículo 162 del Código Tributario.

<sup>60</sup> *Comercial Comepal S.A. con SII* (2014).

<sup>61</sup> Ver en la causa rol N° 2.479-13 del Tribunal Constitucional la p. 40 del Informe N° 62-C, del año 2009, del Departamento de Delitos-SII adjunto en el expediente.

<sup>62</sup> *Metales del Pacífico S.A. con SII* (2014).

<sup>63</sup> *Raquel María Romero García y otros querellante SII y otros* (2013).

Lo antes descrito ocurrió en el caso *Sociedad Comercial Araucanía S.A. con SII*,<sup>64</sup> en el que la Corte Suprema resolvió que la sentencia absolutoria penal<sup>65</sup> no tiene efectos sobre la acción de cobro.

Es igualmente compleja la circunstancia que se presenta cuando concluye la causa penal antes de la revisión judicial de las liquidaciones de impuestos. En casos recientes, la Corte Suprema ha sugerido una posible revisión de la denegación de la devolución del impuesto al valor agregado por exportaciones, ello, tras la conclusión de las causas penales pendientes que tienen influencia en el período tributario objeto de la negativa de la administración a devolver los tributos.<sup>66</sup>

Así las cosas, como explicamos previamente en esta revista,<sup>67</sup> la elusión es una infracción indirecta a una norma tributaria, en la que se ven quebrantados sus propósitos pero no su letra, de esta forma, la simulación de contratos que rebajen la carga tributaria, o que permitan obtener una devolución de impuestos, son infracciones directas a normas tributarias penales contempladas en el artículo 97 N° 4 incisos 1° y 3°, respectivamente, del Código Tributario. Por lo mismo, en nuestro país la simulación no servía para eludir los tributos, por lo menos desde que fue dictado el Código Tributario en 1960, porque ella era una infracción directa de la ley penal tributaria, por lo mismo, cruzaba el umbral de la elusión, al ser, precisamente, evasión.

Es por ello, que cada vez que la administración fiscal detectó que podía presentarse un caso de simulación, recurrió a la antigua facultad de investigar los delitos tributarios, ahora llamada recopilación de antecedentes, y presentó acciones penales, cobrando, además, los tributos que procedían.<sup>68</sup> Esto, porque la simulación, en definitiva, solamente es una herramienta para desfigurar el verdadero monto del tributo, presentando ante la administración fiscal un acto jurídico que no es real, lo que crea la apariencia, por ejemplo, que los gastos son mayores que los reales, por lo que el tributo parece ser menor al adeudado.

---

<sup>64</sup>*Sociedad Comercial Araucanía S.A. con SII* (2015).

<sup>65</sup> La sentencia absolutoria *Darwin Isidoro Astudillo Parada con SII* (2009).

<sup>66</sup>*Sociedad Comercial Recmetal Compañía Limitada con SII* (2015) y *Sociedad Comercial Jomex Ltda. con SII* (2015).

<sup>67</sup>VERGARA Q., Gonzalo. ¿Se han resuelto en Chile casos de lo que doctrinariamente podemos considerar elusión? *Revista de Estudios Tributarios* 14:199-238, 2015. Santiago, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.

<sup>68</sup> Como precisamente ocurrió en las causas que citamos antes.

## **5.- LA UNIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN DE LOS TRIBUTOS COMO PARTE DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL**

A continuación, debemos analizar los principios constitucionales que informan el llamado *ius puniendi*, es decir, el derecho sancionatorio estatal o potestad pública para imponer sanciones, debido a que dichos principios determinan los efectos de las acciones del legislador.

En 1987 el profesor Luis Rodríguez Collao publicó su artículo “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, en el que demostró la unidad de la potestad sancionadora del Estado en la Constitución Política de la República, que en nuestro sistema jurídico está dividida entre la judicatura y la administración.<sup>69</sup> Expone el mencionado profesor que el concepto de pena en nuestra carta fundamental tiene un sentido amplio, de manera que las sanciones administrativas se reputan penas.<sup>70</sup> La consecuencia necesaria de ello es que los principios del derecho sancionatorio son comunes a las sanciones administrativas y a las sanciones criminales.

Un ejemplo muy útil para la demostración de lo antes indicado es la naturaleza de los castigos que la administración puede imponer a sus propios funcionarios. Si estas sanciones no fueran penas, el fiscal a cargo de un sumario administrativo no estaría obligado a sujetar su actuar a los principios del debido proceso, y no viciaría el procedimiento, por ejemplo, el negarse a recibir los antecedentes que pueda querer acompañar al expediente el afectado para acreditar que no es culpable de la falta que se le atribuye.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> De hecho, como hace presente el mencionado profesor, en ningún país de Europa la administración renunció completamente a su potestad sancionatoria, por lo que la separación de poderes quedó como una aspiración de los ideales políticos de la Ilustración. RODRÍGUEZ C., Luis. Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. Revista de Derecho 11, 1987, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 120.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ C., Luis. Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. Revista de Derecho 11, 1987, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 122-124.

<sup>71</sup> Existen innumerables pronunciamientos del órgano contralor que no dejan lugar a dudas sobre la obligación de la administración de sujetarse a las normas del debido proceso al aplicar sanciones a sus funcionarios. Ver CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N°103.271 del 31 de diciembre de 2015, CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N°8 del 4 de enero de 2016, CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N°1.795 del 8 de enero de 2016, CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N°3.426 del 14 de enero de 2016, etc.

Por esto, la única diferencia fundamental entre una infracción administrativa y una criminal es el órgano encargado de aplicarla. En consecuencia, cuando la administración aplica una pena, entendiendo por ella una reacción frente a una conducta que se considera contraria a la ley, en esencia, está actuando como tribunal. El corolario de lo anterior, como expone el destacado profesor, es que tanto a la administración como al poder judicial les resultan aplicables los mismos principios cuando llevan a cabo su actividad sancionadora.<sup>72</sup> Es importante indicar en este punto que nuestra Corte Suprema ha acogido esta tesis, sin perjuicio que ha adaptado, en casos especiales, los principios del derecho sancionatorio a algunas particularidades del derecho administrativo.<sup>73</sup>

Dicho lo anterior, debemos recordar que la actividad fiscalizadora del Estado es parte integrante del llamado *ius puniendi*, tal como lo podemos ver en la causa *Comercial Hual Limitada con SII*, en la que nuestro máximo tribunal resolvió que el conjunto de tareas y actividades necesarias para asegurar el cumplimiento íntegro, regular, preciso y oportuno de las obligaciones tributarias por los contribuyentes, no es sino una manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.<sup>74</sup> Lo resuelto por el máximo tribunal es más fácil de corroborar tan solo al considerar que en nuestro país la actividad de fiscalización de los impuestos está ligada de forma casi inseparable a la aplicación de multas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha confirmado que la potestad sancionadora del Estado es unitaria, por lo mismo, a ella se aplican los mismos principios y garantías que la Constitución Política de la República contempla respecto del *ius puniendi*, a saber, el principio de legalidad, el principio de tipicidad, el principio de irretroactividad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia, el principio *non bis in ídem*, etc.<sup>75</sup>

---

Consultar también CORDERO V., Luis. Casos destacados. Derecho administrativo. Tomo III, Santiago, Thomson Reuters, 2015 pp. 1199-1207.

<sup>72</sup>RODRÍGUEZ C., Luis. Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. Revista de Derecho 11, 1987, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 117-163.

<sup>73</sup>*Consejo de Defensa del Estado con Empresa de Servicios Sanitarios Essbio S.A.* (2013), *Inmobiliaria Parque Cruz de Froward S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Magallanes* (2015), CORDERO V., Luis. Casos destacados. Derecho administrativo. Tomo III, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 1190-1198.

<sup>74</sup>*Comercial Hual Limitada con SII* (2015) sentencia de reemplazo.

<sup>75</sup>NAVARRO B., Enrique. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: ARANCIBIA M., Jaime y ALARCÓN J., Pablo (coord.) Sanciones

El principio *non bis in ídem*<sup>76</sup> es muy importante en este análisis. Él, en esencia, establece que no procede castigar a alguien dos o más veces por un mismo hecho, ni ponderar en más de una ocasión una misma circunstancia en perjuicio de quien es sancionado.<sup>77</sup>

Sobre esta materia el Tribunal Constitucional ha destacado que si bien el principio *non bis in ídem* no está contemplado en nuestra carta fundamental, se ha resuelto que los órganos del Estado deben respetar y promover aquel principio en virtud del mandato contenido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, que le otorga valor normativo a los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Por su lado, nuestra Corte Suprema ha resuelto que aquel principio es una consecuencia necesaria de la aplicación de la exigencia constitucional de un debido proceso.<sup>78</sup>

Es apropiado aclarar en este punto que los tributos no son penas, ni la ley tributaria es propiamente una ley odiosa, lo que tiene varias implicancias. Sin embargo, a pesar de no ser una pena, el impuesto es una obligación legal, por lo mismo, la ley debe fijar todos sus elementos, sin que sea admisible que ello se haga mediante un acto inferior a una ley, como un reglamento o una instrucción de la administración fiscal. Otra implicancia de lo dicho es que la ley tributaria no es una norma odiosa o de excepción, por lo mismo, el axioma que reza que las excepciones son de derecho estricto no tiene aplicación.

A esto último, debemos agregar que tampoco se aplica el mencionado axioma a las exenciones establecidas en leyes tributarias,<sup>79</sup> porque como lo ha explicado nuestra

---

administrativas, Santiago, AbeledoPerrot / Thomson Reuters, 2014, pp. 17-38, KRAUSE M, María Soledad. Caso 'Ley de Caza'. Tipicidad y reconocimiento del derecho administrativo sancionador. En: VARGAS P., Tatiana (dir.) Casos destacados de derecho penal. Parte general, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 463-473, CORDERO V., Luis. Casos destacados. Derecho administrativo. Tomo III, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 1160-1189.

<sup>76</sup>Para quienes no sean abogados podríamos traducir la expresión como *no dos veces en lo mismo*.

<sup>77</sup>OLIVER C., Guillermo. La aplicabilidad de la agravante de uso o porte de armas en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. comentario a un fallo. Revista de Derecho 28, 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 141-154.

<sup>78</sup>NAVARRO B., Enrique. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: ARANCIBIA M., Jaime y ALARCÓN J., Pablo (coord.) Sanciones administrativas, Santiago, AbeledoPerrot / Thomson Reuters, 2014, pp. 31-32.

<sup>79</sup> Por lo mismo, no pueden ser aceptadas como válidas varias interpretaciones de la administración fiscal que se sustentan sobre aquel axioma, por ejemplo, aquellas expresadas en

doctrina civil más autorizada, él no puede ser sino rechazado en nuestro derecho en general, debido a que la regla del artículo 23 del Código Civil lo repudia expresamente al disponer que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir una interpretación. Así, cuando se afirma que una exención es de derecho estricto, simplemente se encubre la calificación de odiosa de una norma, en este caso, odiosa para el fisco.<sup>80</sup>

Si bien se ha criticado que la administración mantenga parte de la potestad sancionadora del Estado, ella ha sido justificada debido al crecimiento de las llamadas regulaciones sectoriales, que hacen extremadamente difícil la posibilidad real de separar completamente el poder de juzgar del poder de administrar los recursos del Estado.<sup>81</sup>

## **6.- CONFUSIÓN ENTRE EL HECHO PUNIBLE Y LA IMPUTABILIDAD DE LA CONDUCTA TÍPICA**

Procede ahora aclarar una materia que ha sido objeto de una confusión conceptual en la instrucción de la administración fiscal sobre la elusión: la malicia y el dolo no son parte de la conducta típica.

Nuestro derecho penal castiga hechos, los que sirven de presupuesto para la aplicación de la sanción penal, por ello, los autores se refieren al actor, que es el individuo que realizó la conducta tipificada por la ley. Entonces, los hechos punibles son conductas del hombre, por lo mismo, el Código Penal define delito como toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.<sup>82</sup>

Ahora, la palabra malicia es un sinónimo del término dolo, y el dolo, en nuestro sistema jurídico, es el elemento esencial de la teoría de la culpabilidad la que, en

---

Servicio de Impuestos Internos. Oficio N° 2.256 de 1991, Servicio de Impuestos Internos. Oficio N° 3.394 de 1991 y Servicio de Impuestos Internos. Oficio N° 3.024 del 10 de noviembre de 1998. [en línea] <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/1998/renta/nov05.htm>> [consulta: julio de 2016].

<sup>80</sup> GUZMÁN B., Alejandro. Las reglas del 'Código Civil' de Chile sobre interpretación de las leyes, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 177-182.

<sup>81</sup> CAMACHO C., Gladys. Tratado de derecho administrativo. La actividad sustancial de la administración del Estado, Santiago, AbeledoPerrot / LegalPublishing, 2010, pp. 184-192.

<sup>82</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, pp. 157-158.

esencia, no permite castigar a alguien a menos que su conducta, tipificada previamente en la ley, le pueda ser reprochada porque, pudiendo obrar de una forma diferente, decidió realizar la conducta sancionada.<sup>83</sup> Por esto, nuestros más autorizados tratadistas, teniendo a la vista otros principios y normas que no es del caso analizar en este momento, definen el delito como una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable.<sup>84</sup>

Dicho lo anterior, debemos indicar que uno de los problemas de la técnica legislativa utilizada en el artículo 97 del Código Tributario y en otras leyes penales especiales, entendiéndose por estas las no contenidas en el Código Penal, es el uso del término malicia o maliciosamente en el tipo penal.<sup>85</sup> En nuestro derecho penal la culpabilidad es un requisito para poder aplicar una pena, debido a que los principios jurídicos que lo informan rechazan la imputación objetiva de la conducta, por lo mismo, en el Código Penal no se utilizan la palabra dolo ni malicia en la tipificación de las conductas antijurídicas que son sancionadas, porque ello implicaría establecer una regla redundante, a menos que se requiera alguna forma especial de intención del actor, en cuyo caso se presentan toda otra gama de problemas, a saber, el error de tipo, la preterintención, etc.<sup>86</sup>

Respecto del uso del término maliciosamente en las leyes penales tributarias, como explicamos en otra ocasión,<sup>87</sup> la Comisión Redactora del Código Tributario señaló que aquella palabra fue utilizada en el artículo 97 del Código Tributario con el objetivo de

---

<sup>83</sup>POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 243 y VAN WEEZEL, Alex. La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, AbeledoPerrot / LegalPublishing, 2011, pp. 5-11.

<sup>84</sup>POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, pp. 158-159.

<sup>85</sup>Estas referencias a elementos propios del dolo en la descripción de conductas típicas ha sido objeto de extensas críticas de la doctrina, que propuso hace bastante tiempo que el legislador resolviera el problema. Como veremos, el legislador hizo lo contrario a lo sugerido por la doctrina y continuó incluyendo referencias a la malicia en leyes penales especiales, por lo que los tribunales han debido solucionar esta materia caso a caso. AMUNÁTEGUI S., Felipe. 'Maliciosamente' y 'a sabiendas' en el Código Penal chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pp. 41-64.

<sup>86</sup>POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, pp. 254-281.

<sup>87</sup>FLORES D., Gloria y VERGARA Q., Gonzalo. Desafíos en tiempos de reformas tributarias. Fundamentos, objetivos y control, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 144-145.

dejar establecido que solamente las acciones dolosas quedaban comprendidas, lo que tiene como consecuencia no sancionar el cuasidelito, llamado por la doctrina delito culposo, es decir, la negligencia o el descuido no está sancionada penalmente en materia tributaria. Además, indicamos que la referida comisión con el uso del término maliciosamente deseaba establecer una excepción a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° de Código Penal que, entonces, era considerado ampliamente como una presunción de dolo. Dicha norma dispone que las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario.<sup>88</sup> Desde que comenzó a regir en Chile el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas el 29 de abril de 1989, cuyo artículo 14 consagró la presunción de inocencia, se ha cuestionado fuertemente tanto la validez como el sentido de ese artículo, sin perjuicio que se ha indicado que él no sería necesariamente inconstitucional, porque es una presunción que admite prueba en contrario.<sup>89</sup>

Si revisamos las causas judiciales, podremos constatar que la referencia a este elemento, que permite reprochar al actor su conducta (malicia, maliciosamente, dolosamente) en la tipificación de los delitos tributarios, se ha prestado para toda clase de discusiones en nuestros tribunales superiores de justicia. Por ejemplo, de su análisis se ha resuelto que la ley tributaria exige el llamado dolo directo,<sup>90</sup> es decir, una conducta orientada a evadir el impuesto,<sup>91</sup> lo que descartaría el dolo eventual<sup>92</sup> y la culpa.<sup>93</sup> También se ha fallado que la expresión maliciosamente exige acreditar de manera fehaciente que el sujeto activo estaba en perfecto dominio de la antijuridicidad de la conducta que se le imputa,<sup>94</sup> es decir, que estaba consciente de la ilicitud de sus acciones. Sobre el problema del tipo de culpabilidad exigida por la ley tributaria volveremos más adelante.

---

<sup>88</sup>DUMAY P., Alejandro. El delito tributario, Concepción, Ediciones Samver, 1979, pp. 104-113.

<sup>89</sup>POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, pp. 247-248.

<sup>90</sup>Carlos Isaac Berlin Wornwe Tapia querellante SII (2005) considerando 7°.

<sup>91</sup>Luis Alberto Concha Bravo querellante SII (2005) considerando 7° y Hernán Herrera Reyes querellante SII (1997) considerando 4°.

<sup>92</sup> La Corte Suprema ha fallado que el dolo eventual exige que el agente se represente como posible el resultado prohibido y, a pesar de no desearlo, lo acepta o se muestra indiferente ante su ocurrencia como un efecto posible de sus acciones, las que están orientadas a otro propósito. Patricia Cabello Caro y otro querellante SENAME (2009) considerando décimo tercero.

<sup>93</sup> Es decir, a pesar que se exige un nivel de diligencia, se ha actuado de forma negligente.

<sup>94</sup>Mario Vicente Jara Millar querellante SII(2003) sentencia de reemplazo considerando sexto.



Nos corresponde en este punto analizar los dichos de la administración fiscal respecto de las diferencias entre las normas sustantivas<sup>95</sup> sobre elusión y las normas sustantivas sobre delitos tributarios. Al respecto, el Servicio de Impuestos Internos afirmó que “una de las diferencias esenciales entre las normas legales destinadas a la sanción de conductas evasivas, entendidas estas como aquellas constitutivas de delitos tributarios, y las establecidas para el control de la elusión, sean estas especiales o generales, consiste en que la aplicación de estas últimas no depende de la existencia o prueba del dolo o malicia. Así, por ejemplo, este Servicio puede tasar precios o valores, controvertir la deducción de ciertos gastos, aplicar las normas sobre precios de transferencia o incluso aplicar las facultades que le concede la nueva NGA [norma general antielusiva], sin consideración a la intención o dolo del contribuyente que pactó o determinó los precios o valores, rebajó el gasto o llevo a cabo los actos abusivos o simulados”.<sup>96</sup>

De aplicar las reglas y principios que antes mencionamos a la declaración del Servicio de Impuestos Internos, podemos ver que se confunde la descripción del hecho punible con la posibilidad de reprochar su ocurrencia. Es decir, se parte de la base que la conducta tipificada por la ley, es el reproche de haber realizado esa conducta. Se acentúa el error al indicar que las reglas sobre tasación o precios de transferencia se aplican sin considerar la intención o el dolo, lo que no tiene ningún sentido como diferencia entre un delito y una facultad para determinar diferencias de impuestos, porque el delito requiere la descripción de la conducta sancionada, y el dolo está relacionado con la posibilidad de reprochar al sujeto activo la realización del acto que, mediante la sanción, ha sido indirectamente prohibido por la ley.

Ahora, si tenemos nuevamente a la vista la definición de simulación de un contrato, que como dijimos es una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del real, y consideramos que las partes se pusieron de acuerdo para hacer creer a la administración fiscal que existía un acto diverso del real para pagar menos tributos, podemos descartar de plano la simulación culposa, porque es imposible que las partes, por accidente, se pusieran de acuerdo para crear la apariencia de un acto que no existe. Entonces, el único supuesto que queda es el del dolo eventual, es decir, que la simulación busca engañar a terceros, y el efecto tributario no es el objetivo de las partes, siendo previsible la posibilidad de un efecto

---

<sup>95</sup> Excluyendo las diferencias adjetivas o procedimentales.

<sup>96</sup>Circular N° 65-2015 p. 2.

tributario perjudicial para el fisco, pero no necesariamente él ocurrirá.<sup>97</sup> Debemos recordar que el profesor Martínez Cohen ha planteado el caso en el que la simulación no busca perjudicar al fisco, sino que desea burlar otras normas o por otro motivo, extraño a las reglas impositivas, se busca crear la apariencia de un acto que no existe del todo o es diferente al real.<sup>98</sup>

Si afirmamos que los delitos tributarios exigen dolo directo, que sería el paso necesario para sostener que la simulación que tiene por efecto disminuir los tributos<sup>99</sup> no ha sido despenalizada, aún queda sin solución el problema de hallar un negocio simulado que, a pesar de aumentar los gastos o disminuir los ingresos, pueda no llegar a tener un efecto negativo para el fisco.<sup>100</sup> Así, encontrar semejante acto jurídico parece ser una tarea con un éxito extremadamente improbable, porque implicaría que no se espera que el acto jurídico simulado sea registrado en la contabilidad, único supuesto en el que no produciría un efecto contrario al interés fiscal o, de tratarse de un contribuyente que no está obligado a determinar su resultado mediante contabilidad completa, no se espera que sea declarado. Así, para que concurra el dolo eventual, el efecto fiscal debe ser sólo posible, pero no necesario, por lo que no sería delictiva la simulación exclusivamente si se espera que el acto jurídico simulado no se registre ni se declare, lo que sería el único caso en que la simulación podría llegar a ser meramente elusiva, de no estar derogados los delitos que la contemplan.

Ahora, si bien es cierto que las diversas normas tributarias que facultan al Servicio de Impuestos Internos no tienen en cuenta la intención de las partes,<sup>101</sup> no es concebible

---

<sup>97</sup>POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, pp. 276-280.

<sup>98</sup>MARTÍNEZ C., Rafael. El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno. Revista de Derecho 29, 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 357-362.

<sup>99</sup> Recordemos que simular un acto que tenga por efecto crear la apariencia de un ingreso tributable no tiene efectos penales. Ej. *María Isabel Dumont Catalán con SII* (2002) y *Elena Parra Coloma con SII* (2000).

<sup>100</sup> De forma similar, la doctrina entiende que el delito de simulación de contrato excluye el dolo eventual y exige dolo directo. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 463.

<sup>101</sup> Sin perjuicio que algunos miembros de la Comisión Redactora del Código Tributario querían que la tasación del artículo 64 de ese cuerpo legal se aplicara a casos de simulación. UGAS C., Luis. El Código Tributario. Sus normas complementarias y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 127-128.

poder determinar la existencia de simulación sin establecer la intención de las partes, que es lo que sostiene el Servicio de Impuestos Internos,<sup>102</sup> porque el propósito de engañar es lo que diferencia la simulación del error.<sup>103</sup> En otras palabras, si las partes no querían engañar a persona alguna, pero el acto celebrado difiere del real, estamos frente a un vicio de la voluntad llamado error<sup>104</sup> y no ante un caso de simulación.

Un elemento que no es parte de la definición de simulación es la intención de perjudicar a otro, pero esta intención de causar perjuicio establece la diferencia entre la simulación lícita e ilícita, como antes mencionamos.

Concluyendo esta parte, es posible afirmar que se descarta la posibilidad de que exista simulación culposa en perjuicio del fisco, porque al ser esencial en la simulación el acuerdo de las partes para engañar, no queda sino rechazar de plano la posibilidad de la simulación como resultado de la negligencia; igualmente, podemos sostener que se debe desechar la posibilidad de determinar la existencia de la simulación sin establecer la intención de las partes, porque dilucidar la intención es indispensable para diferenciar la simulación del error, es decir, del caso en el cual las partes entendían de forma diferente lo que acordaban,<sup>105</sup> o el caso en el que la calificación jurídica que las partes hicieron es equivocada.<sup>106</sup>

Entonces, para poder considerar correcta la posición del Servicio de Impuestos Internos de un caso de simulación con efectos de menor pago de tributos, solamente nos quedaría la posibilidad de un caso en el que la simulación que no busque

---

<sup>102</sup> Circular N° 65-2015 pp. 3 y 7.

<sup>103</sup> FERRARA, Francesco. La simulación de los negocios jurídicos, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 44.

<sup>104</sup> Si bien es común leer en documentos de la administración fiscal la expresión “error involuntario” como aparece, por ejemplo, en un documento citado por la profesora Radovic Shoepen, la propia definición jurídica de error supone que quien lo comete no está consciente de él. RADOVIC S., Ángela. Sistema sancionatorio tributario. Infracciones y delitos, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 107.

<sup>105</sup> Recordemos que si el error no es sustancial, no vicia el consentimiento y el contrato es válido, igualmente, si la parte que incurrió en el error cumple el contrato en determinadas condiciones, sana la nulidad del contrato. *Haindl Ramírez Alfred Josef y otros con Inmobiliaria España S.A.* (2014), *Banco de Chile con Rodrigo Berrios Harriague* (2011).

<sup>106</sup> En cuyo caso el contrato es válido, pero las consecuencias jurídicas podrán ser diferentes a las previstas por las partes. *Megafruit Ltda. con Andes Logistics de Chile S.A. y otro* (2015), *Consorcio Axioma Cipsa Ingenieros Consultores Ltda. con Jocelyn Watchendorff Hermosilla* (2015).

perjudicar al fisco, y el perjuicio previsible para el erario al momento de celebrar el acto simulado sea potencial, es decir, es previsible que pueda ocurrir el perjuicio fiscal, pero existen posibilidades reales de que ese no sea el efecto de la simulación. Esto parece ser algo cuya ocurrencia es extremadamente improbable.

## **7.- LEY N° 20.780 Y LA MULTA AL ASESOR EN LA NORMA ANTIELUSIVA ESPECÍFICA, LA AUTORÍA, PARTICIPACIÓN Y LA COMUNICABILIDAD EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS**

Debemos ahora revisar qué ocurría con partícipes en un delito que no eran los contribuyentes del impuesto evadido.

Del estudio de los casos judiciales sobre delitos tributarios vemos que las calidades de autor y coautor han sido atribuidas a quienes de alguna forma participan en el delito tributario.<sup>107</sup> En el caso de los asesores y otros partícipes que no son el contribuyente del impuesto evadido, nuestros tribunales han debido enfrentar el problema de establecer si es el delito tributario uno especial propio y, consecuentemente, han debido resolver si se comunica la calidad especial de contribuyente, cuando la solución al primer problema es positiva. A continuación, veremos esto con mayor detalle.<sup>108</sup>

La comunicabilidad se ha explicado el problema “que se presenta en un hecho delictivo realizado en participación, cuando los sujetos que intervienen en él difieren unos de otros en su posición personal frente al delito cometido, de tal modo que éste puede adquirir distinta denominación para cada cual, o cuando concurren circunstancias modificatorias de la responsabilidad que no afecten por igual a todos los partícipes. Se plantea el problema con las siguientes interrogantes: las circunstancias que hacen variar la denominación del delito respecto de uno de los codelincuentes, ¿se

---

<sup>107</sup> La teoría de la participación en los delitos penales admite distinguir diferentes calidades de autoría, para dar una pincelada de estas distinciones, podemos decir a grandes rasgos que es autor inmediato quien realiza directamente la conducta, autor mediato quien la realiza a través de otro cuya voluntad no es libre o por otros motivos no es reprochable, coautor es quien junto con otro toma parte en un delito, el instigador es quien de forma directa crea en otro la resolución de cometer el delito, cómplice es quien participa del hecho ajeno por actos anteriores o simultáneos, encubridor es quien conociendo la perpetración del delito interviene con posterioridad a su ocurrencia.

<sup>108</sup> Para no extender demasiado el estudio, no nos haremos cargo del hecho que contar con asesoría para cometer un delito tributario es una agravante en nuestro Código Tributario (art. 111 inciso 2°).

comunican o no a los demás? y, las circunstancias que eximen, agravan o disminuyen la responsabilidad de uno de los partícipes, ¿afectan a los demás?”.<sup>109</sup>

Explicemos esto con mayor detalle. El sujeto activo de un delito es quien lleva a cabo la conducta típica. Usualmente, el sujeto activo será cualquier persona natural. Sin embargo, a veces la ley exige una cualidad especial, en cuyos casos la doctrina entiende que se trata de delitos con sujeto activo cualificado. Cuando la característica especial es una calidad sin la que el delito no puede ser cometido, la doctrina clasifica el delito como especial propio. El ejemplo clásico de esto es el delito de cohecho, porque si no existe un empleado público involucrado, no se configura delito alguno. En cambio, cuando la calidad especial constituye una circunstancia que la ley tiene en cuenta para establecer una pena más gravosa, el delito es clasificado como especial impropio. El ejemplo clásico de esto es el delito de parricidio, que sin la calidad especial de familiar en cierto grado correspondería al delito de homicidio. En el caso del delito especial propio, la calidad exigida por la ley plantea un problema práctico importantísimo en los casos en los que uno de los partícipes del delito carece de aquella cualidad. Este es el problema de la comunicabilidad de la cualidad exigida en la ley al tipificar la conducta.<sup>110</sup>

Como se ha hecho presente, en nuestro país no existe consenso respecto de cómo resolver el problema de la comunicabilidad, ello, ni en la jurisprudencia ni entre los autores. Sin perjuicio de lo dicho, es posible observar una tendencia a favor de la comunicabilidad.<sup>111</sup> En el caso particular de los delitos tributarios, es posible detectar una solución con un resultado equivalente, sostener que no son delitos especiales. Por lo mismo, al examinar las resoluciones de nuestros tribunales superiores de justicia recaídas en casos de delitos tributarios veremos que en muchas ocasiones se ha fallado que los delitos tributarios no exigen una calidad especial en el autor,<sup>112</sup> lo que tiene el mismo efecto que resolver que la calidad especial de contribuyente se comunica a quien no lo es, porque no estaba obligado a pagar tributo alguno, sin embargo, está involucrado en el delito. Ahora, cuando se ha fallado que esa calidad se exige,

---

<sup>109</sup>GAETE R., Sergio. La comunidad en torno a los elementos del delito. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 7.

<sup>110</sup>POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, pp. 186-188.

<sup>111</sup>VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 113-116.

<sup>112</sup>Respecto del artículo 97 N° 4 incisos 1° y 2° ver *Fernando Zapata Vásquez y otro querellante SII* (2008) y *Claudia Cuevas Catrileo y otra querellante SII*(2012). Respecto del 97 N° 4 inc. 3° ver *Juan Plaza Castillo y otros querellante SII* (2007).

podremos ver que, alternativamente, se ha decidido que dicha calidad se comunica<sup>113</sup> y que ello no ocurre.<sup>114</sup>

Entonces, si bien no existe unanimidad respecto a la solución al problema de la comunicabilidad de la calidad de contribuyente de un impuesto en los delitos tributarios, existe una tendencia a castigar a todos los partícipes como autores o coautores conforme a lo dispuesto en la norma que fija el delito que la doctrina considera especial propio.<sup>115</sup> Cuando la discusión judicial ha sido llevada a analizar la participación de los asesores en los ilícitos tributarios, lo que se ha presentado en casos del delito tributario del artículo 100 del Código Tributario que sanciona al contador, el resultado de esta discusión ha sido nuevamente que si el asesor puede llegar a ser autor o coautor del delito.<sup>116</sup>

Así lo dicho, quien diseñe o planifique una simulación de un contrato que tenga por resultado el pago de menores tributos, o el que diseñe o planifique cualquier otro fraude tributario, será autor o coautor de un delito tributario.

Ahora, la Ley N° 20.780 agregó el nuevo artículo 100 bis al Código Tributario que dispone lo siguiente: “La persona natural o jurídica respecto de quien se acredite haber diseñado o planificado los actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación, según lo dispuesto en los artículos 4° ter, 4° quáter, 4° quinquies y 160 bis de este Código, será sancionado con multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente. Con todo, dicha multa no podrá superar las 100 unidades tributarias anuales”.

Considerando lo previamente indicado respecto del principio *non bis in ídem* y de la unidad de la potestad sancionatoria estatal, solamente queda por mencionar que en el artículo 18 del Código Penal, recogiendo los principios básicos del derecho sancionatorio que hemos mencionado y estudiado antes, dispone en su inciso 2° que si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa,

---

<sup>113</sup>Manuel Rodríguez Inostroza y otros querellante SII (2008), Ana Ester Córdova Salvo querellante SII(2011a).

<sup>114</sup>Emilio Augusto González Uriarte y otro querellante SII (2009).

<sup>115</sup>VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 115.

<sup>116</sup>Ana Ester Córdova Salvo y otros querellante SII (2011a), Ana Ester Córdova Salvo y otros querellante SII(2011b), Sylvia Aravena Castro y otros querellante SII (2009).

deberá arreglarse a ella su juzgamiento, luego, en su inciso tercero agrega que si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

## **8.- SANCIÓN A LOS REPRESENTANTES LEGALES Y DIRECTORES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE PLANIFICARON Y DISEÑARON LA SIMULACIÓN**

Esta materia requiere un tratamiento separado, debido a las complicaciones adicionales que ocasiona, las que pasamos a revisar.

El inciso segundo del artículo 100 bis dispone que “en caso que la infracción [de haber diseñado o planificado los actos simulados] haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada será aplicada a sus directores o representantes legales si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión”.

Lo primero que debemos notar es que la norma dice que “la sanción será aplicada a” los directores o representantes legales, y no dice “la sanción será aplicada también” a los directores o representantes legales. Es decir, en el caso de las personas jurídicas, no se sanciona a los empleados de ella que diseñaron y planificaron la simulación, sino que se sanciona a quienes tenían un deber de supervisión o dirección, y lo infringieron.

Lo dicho no es menor, porque cambia el bien jurídico protegido, debido a que quedan sin sanción quienes participaron en la simulación y son multados quienes infringen un deber, es decir, quienes no actuaron debiendo hacerlo.

Con esto, de la misma forma, cambian los hechos que deben ser acreditados en el juicio, porque si bien la representación legal, tal como su nombre lo sugiere, es atribuida por la ley a una persona, en materia tributaria esta asignación de representación es efectuada para efectos de las notificaciones que debe hacer la administración fiscal,<sup>117</sup> en cambio, esta normativa sanciona a los representantes legales que infrinjan deberes muy particulares, los de supervisión y dirección. Es decir, la aplicación de la multa requiere acreditar una relación entre quienes planificaron y diseñaron la simulación, y los representantes legales y directores sancionados. Dicha

---

<sup>117</sup> El número 6 del artículo 8° en relación con el 9, ambos del Código Tributario, atribuyen a ciertas personas la representación legal.

relación debe ser un deber de supervisión o dirección, el que dependerá de la estructura interna de cada persona jurídica involucrada en estos hechos. Por lo mismo, ilustrando lo señalado con un ejemplo hipotético, si pensamos en una gran auditora, no podría ser sancionado el gerente de finanzas, debido a que no tendría el deber de supervisar al área de asesoría que habría recomendado al cliente simular un acto jurídico.

Lo dicho confirma la despenalización de la simulación en materia tributaria, porque en este caso persona alguna es castigada por esta acción, sino que se sanciona la infracción al deber de prevenir la acción.

## **9.- EL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA JUDICIAL**

En este punto vale la pena detenerse en el procedimiento para imponer la sanción a quien diseñó o planificó la simulación.

Como vimos al tratar la unidad de la potestad sancionatoria del Estado, ella puede ser ejercida por el juez o por la administración, es decir, existen dos sistemas para aplicar sanciones en las que está involucrado el interés de la administración. Según se siga uno u otro sistema (administrativo o judicial), se verán modificados tanto los procedimientos administrativos y judiciales, como los recursos contencioso-administrativos aplicables. Sin embargo, este derecho procedimental o adjetivo no altera los principios del *ius puniendi* estatal, que como vimos antes, se aplican sin importar quién imponga la sanción, por lo que sea cual sea el procedimiento, él debe ajustarse a las exigencias del debido proceso y de los demás derechos constitucionales.

Así lo dicho, el primer sistema sancionatorio que podremos encontrar es el sancionatorio administrativo, que es aquel en el cual se entrega a la administración la facultad para aplicar una pena (en el sentido amplio del término antes examinado). Esto presupone un procedimiento administrativo previo a la imposición de la sanción, el que debe cumplir con una serie de requisitos que garanticen el debido proceso, y presupone un control posterior que implica la concesión de recursos para impugnar la sanción, estos recursos permiten un interno y luego uno judicial.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup>CORDERO Q. Los procedimientos y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador. *En*: ARANCIBIA M., Jaime y ALARCÓN J., Pablo (coord.) Sanciones administrativas, Santiago, AbeledoPerrot / Thomson Reuters, 2014, pp. 189-215.



Un ejemplo típico de este sistema es la facultad de aplicar sanciones que el Título III del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, radicó en la Superintendencia de Valores y Seguros, que aplica desde censuras hasta multas.<sup>119</sup>

El segundo sistema sancionatorio es el judicial, en el cual la ley faculta a la administración para denunciar ante un juez que se ha cometido una infracción, y este juez, conociendo del proceso sancionatorio judicial, aplica la respectiva multa.<sup>120</sup> Igualmente proceden recursos para impugnar la decisión judicial.

Un ejemplo típico de este sistema son las multas impuestas por los juzgados de policía local al conocer las denuncias por infracciones a la Ley N° 18.290, sobre tránsito de vehículos motorizados.

La regla general en materia impositiva, contemplada en el Título IV del Libro Tercero del Código Tributario, era la denuncia de la administración ante un juez que decidía aplicar o no la sanción. Ello, incluso cuando la administración actuaba como juez y conocía de sus propios actos. La excepción en materia fiscal, contemplada en el artículo 165 del código del ramo, era la aplicación directa de la multa cuando no se reclamaba la denuncia, pero esta excepción se aplicaba respecto de sanciones de poca entidad.

Ahora, la Ley N° 20.780 estableció una forma extraña a ambos sistemas. Ello, porque en palabras coloquiales, pone el carruaje antes que los caballos, ya que primero se lleva a cabo el procedimiento judicial, y luego se emite el acto sancionatorio. El problema técnico de proceder de esta forma es que todo debido proceso supone, entre otras cosas, la posibilidad de recurrir en contra del acto administrativo que impone la sanción,<sup>121</sup> y el control judicial del acto supone, evidentemente, conocer el acto controlado.

---

<sup>119</sup> Ej. Superintendencia de Valores y Seguros. Resolución Exenta N° 199 de 2016, que aplicó una sanción de censura y la Superintendencia de Valores y Seguros. Resolución Exenta N° 122 de 2016, que aplicó una multa..

<sup>120</sup> Como se ha explicado, se debe distinguir la potestad de crear las normas que pueden ser infringidas, de la aplicación de las multas por violarlas. Ver FERNÁNDEZ R., José. Derecho municipal chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 47-48.

<sup>121</sup> NAVARRO B., Enrique. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: ARANCIBIA M., Jaime y ALARCÓN J., Pablo (coord.) Sanciones administrativas, Santiago, AbeledoPerrot / Thomson Reuters, 2014, pp. 25-28.

Es por lo indicado que resulta inconveniente en extremo mezclar los sistemas sancionatorios, como se ha hecho, al partir con la acción judicial del Servicio de Impuestos Internos para la declaración de la simulación, para terminar con la aplicación administrativa de una multa en cumplimiento de la sentencia. Se advierte lo inapropiado del sistema implementado de verificar que ella se aplica sobre la base de un cálculo complejo, de manera que se presta para conflictos innecesarios que pueden surgir de discrepancias entre la sentencia del tribunal y el acto administrativo que imponga la multa, más cuando debemos recordar que se ha resuelto que la posibilidad de impugnar los actos de la administración es de la esencia del debido proceso.<sup>122</sup>

Así, para encontrar una interpretación de esta normativa que no violente los principios constitucionales, que como ha hecho presente la doctrina, debe ser preferida sobre otra que así lo haga,<sup>123</sup> de surgir una diferencia entre la sentencia del tribunal y el acto administrativo en el que se aplica la multa, esta controversia debería ser resuelta por el juez tributario y aduanero. La conclusión anterior se refuerza al analizar la facultad que tienen estos tribunales para hacer cumplir sus fallos, establecida en los incisos segundo y tercero del artículo 1° de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros. Entonces, el acto administrativo que impone la multa es, en esencia, el acto que cumple la sentencia dictada por el tribunal, por lo mismo no es un acto de decisión.<sup>124</sup> Así, ejerciendo la facultad de hacer cumplir sus fallos, el tribunal está facultado para corregir cualquier desviación que note en el acto administrativo respecto de lo que ha resuelto, ya que el Servicio de Impuestos Internos debe limitarse a cumplir lo resuelto en sentencia.

Ahora, como hemos indicado, siendo la potestad sancionadora estatal única, el hecho que la multa termine siendo impuesta por el Servicio de Impuestos Internos, en nada altera lo que hemos expuesto.

---

<sup>122</sup> NAVARRO B., Enrique. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: ARANCIBIA M., Jaime y ALARCÓN J., Pablo (coord.) Sanciones administrativas, Santiago, AbeledoPerrot / Thomson Reuters, 2014, pp. 25-28.

<sup>123</sup> BERMÚDEZ S., Jorge. Derecho administrativo general, 3ª ed., Santiago, LegalPublishing/ Thomson Reuters, 2014, p. 68.

<sup>124</sup> Distinción que previamente ha sido establecida por nuestro máximo tribunal. *Pablo Sánchez Díaz de Essar S.A. con I. Municipalidad de Temuco* (2008).

## **10.- EL PROCEDIMIENTO Y LA SEDE PARA CALIFICAR UN ILÍCITO PENAL NO ALTERA SU NATURALEZA**

Ahora es necesario examinar si los procedimientos para calificar un hecho que está tipificado como un ilícito penal, y la sede en la que esta calificación se lleva a cabo, alteran la naturaleza del mismo.

Una de las características peculiares de los delitos tributarios es que ellos pueden ser objeto, alternativamente, de dos procedimientos, tramitados por tribunales diferentes, para la aplicación de sanciones dispares. Esta posibilidad de seguir dos caminos o vías procesales, en dos sedes diferentes, no modifica la naturaleza delictiva del hecho sancionado.

A la posibilidad de recurrir a dos sedes completamente diferentes, se suma el hecho que la decisión respecto de qué es y qué no es un delito tributario, en definitiva, es tomada en el momento en el cual se decide ejercer la acción exclusiva que la ley entrega al director del Servicio de Impuestos Internos, que es el funcionario facultado para optar por una de estas dos vías. Esto tiene una importancia clave en esta materia, como veremos.

El artículo 161 N° 10 del Código Tributario dispone que:

*“No se aplicará el procedimiento de este Párrafo [sobre aplicación de sanciones por infracción a las disposiciones tributarias] tratándose de infracciones que este Código sanciona con multa y pena privativa de libertad. En estos casos corresponderá al Servicio recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director a que se refiere el artículo 162, inciso tercero.*

*Con el objeto de llevar a cabo la recopilación a que se refiere el inciso precedente, el Director podrá ordenar la aposición de sello y la incautación de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor.*

*Las medidas mencionadas en el inciso anterior podrán ordenarse para ser cumplidas en el lugar en que se encuentren o puedan encontrarse los respectivos libros de contabilidad y documentos, aunque aquél no corresponda al domicilio del presunto infractor.*

*Para llevar a efecto las medidas de que tratan los incisos anteriores, el funcionario encargado de la diligencia podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública, la que será concedida por el Jefe de Carabineros más inmediato sin más trámite que la exhibición*

*de la resolución que ordena dicha medida, pudiendo procederse con allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario.*

*Contra la resolución que ordene dichas medidas y sin que ello obste a su cumplimiento, podrá ocurrirse ante el juez de letras en lo civil de turno del domicilio del contribuyente, quien resolverá con citación del Jefe del Servicio del lugar donde se haya cometido la infracción. El fallo que se dicte sólo será apelable en lo devolutivo. El plazo para apelar será de 15 días, contado desde la notificación de la sentencia.”*

Es decir, la administración fiscal debe recopilar los antecedentes necesarios para que el director de esa institución decida si acciona conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del mismo cuerpo legal. Ahora, el mencionado artículo 162 del Código Tributario señala que:

*“Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.*

*En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querrela fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. En todo caso, los acuerdos reparatorios que celebre, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 de este Código.*

*Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior.*

*La circunstancia de haberse iniciado el procedimiento por denuncia administrativa señalado en el artículo anterior, no será impedimento para que, en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, se interponga querrela o denuncia. En tal caso, el Juez Tributario y Aduanero se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querrela o efectuado la denuncia.*

*La interposición de la acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la determinación de los impuestos adeudados; igualmente no inhibirá al Juez Tributario y Aduanero para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente.*

*El Ministerio Público informará al Servicio, a la brevedad posible, los antecedentes de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones de delitos comunes y que pudieren relacionarse con los delitos a que se refiere el inciso primero.*

*Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre alguno de esos delitos, el Servicio los solicitará al fiscal que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si presentará denuncia o interpondrá querrela, o si requerirá que lo haga al Consejo de Defensa del Estado. De rechazarse la solicitud, el Servicio podrá ocurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.”*

La regla transcrita ha sido interpretada en el sentido que la acción de la administración fiscal en contra de una persona medianamente individualizada es un requisito de procesabilidad. Es decir, nuestros tribunales superiores de justicia han resuelto que sin una querrela o denuncia del director del Servicio de Impuestos Internos, o del Consejo de Defensa del Estado actuando a petición de dicho servicio, no es posible condenar a persona alguna por un delito tributario.<sup>125</sup>

Antes mencionamos el caso *Guillermo Vilches Mallorga y otro querellante Silva Puentes Vilma*, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que se había cometido un delito tributario. Ahora debemos indicar que en él, debido a que el Servicio de Impuestos Internos no había ejercido acción alguna en dicho proceso, los imputados fueron absueltos por la corte. Esto implica que incluso cuando un tribunal llegue a la convicción que se ha cometido un ilícito penal tributario, los involucrados no pueden recibir una sanción si no existe una acción del director de la administración fiscal. Ahora, esta acción puede estar dirigida en contra de personas individualizadas o no, como ocurre cuando se dirige en contra de quienes resulten responsables.<sup>126</sup> En

---

<sup>125</sup>*Guillermo Vilches Mallorga y otro querellante Silva Puentes Vilma* 2010), *Pablo Enrique Céspedes Rodríguez querellante SII* (2006).

<sup>126</sup>*Manuel Antonio Rodríguez Inostroza y otros querellante SII* (2008), *Manuel Antonio Rodríguez Inostroza y otros querellante SII* (2007), *Irma Elena Soto Rodríguez y otros querellante SII* (2015), *Carlos Ominami Pascual querellante SII* (2016), *Roberto Sergio Guzmán Lyon y otros querellante SII* (2016) y *Carlos Alberto Délano Abbott y otros querellante SII* (2016).

otras palabras, los juicios por delitos tributarios solamente pueden ser iniciados por una denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, o del Consejo de Defensa del Estado actuando a requerimiento del director de la primera institución, pero incluso cuando un proceso se inicia de esta forma, en él no pueden ser condenadas personas contra las cuales no fue dirigida de forma alguna la acción penal de la administración tributaria.<sup>127</sup>

Entonces, si un funcionario de la administración fiscal detecta un hecho que puede llegar a ser considerado un delito tributario o recibe una denuncia en igual sentido, se deben recopilar los antecedentes necesarios, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 N° 10 del Código Tributario, para que el director del Servicio de Impuestos Internos fundamente la decisión a la que se refiere el artículo 162 del mismo código. Esta última decisión implica necesariamente que el director puede concluir que no existe un ilícito penal tributario, en cuyo caso ordenará que se continúen con las acciones de cobro que procedan. Pero si la conclusión a la que llega el director de la administración fiscal es que existe un ilícito tributario sancionable con multa y pena privativa de libertad,<sup>128</sup> entonces puede optar por denunciar o querellarse, es decir, recurrir a la justicia criminal, o simplemente decidir que se notifique un acta de denuncia para que el juez tributario y aduanero decida que el ilícito penal ha existido y aplique solamente la multa.

Si bien la facultad del director de elegir la vía punitiva (juzgado penal o juzgado tributario y aduanero) es discrecional, ella no puede ser arbitraria, porque en nuestro derecho la arbitrariedad es siempre ilegal.<sup>129</sup> Por lo mismo, se ha resuelto que si la

---

<sup>127</sup> *Héctor Tapia Arancibia y otros querellante SII* (2006), *Inés Pinochet Hiriart y otros querellante SII* (2007) folio 10781.

<sup>128</sup> El delito contemplado en el artículo 97 N° 24 solamente contempla penas privativas de libertad, por lo que no correspondería en este caso optar.

<sup>129</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N°26.403 del 9 de abril de 1973, Contraloría General de la República. Dictamen N°31.257 del 26 de abril de 1973, Contraloría General de la República. Dictamen N°33.006 del 21 de diciembre de 1984, Contraloría General de la República. Dictamen N°46.834 del 18 de octubre de 2007, Contraloría General de la República. Dictamen N°7.453 del 15 de febrero de 2008, Contraloría General de la República. Dictamen N°26.212 del 19 de mayo de 2009, Contraloría General de la República. Dictamen N°46.129 del 24 de agosto de 2009, Contraloría General de la República. Dictamen N°70.935 del 11 de noviembre de 2011, Contraloría General de la República. Dictamen N°51.568 del 8 de julio de 2014, Contraloría General de la República. Dictamen N°65.740 del 26 de agosto de 2014, Contraloría General de la República. Dictamen N°65.965 del 27 de agosto de 2014, entre pronunciamientos otros. GALLARDO Á., Renán P. Por la fuerza de la razón. Notas sobre una teoría de la motivación en sede administrativa y una metodología para la confección de los actos

administración fiscal está en conocimiento que todo un sector económico actúa de una misma forma, pero solamente recurre en contra de un actor, sin que existan motivos suficientes que permitan establecer diferencias sustanciales en su conducta, las que justifiquen la acción criminal en el caso particular, el actuar del Servicio de Impuestos Internos es arbitrario, lo que tiene como consecuencia que el tribunal debe desechar su acción penal.<sup>130</sup>

Esta opción del director de la administración fiscal no altera en nada el carácter sancionatorio de la actividad del juez, por lo que se aplican los principios que rigen el *ius puniendi* estatal, sin las morigeraciones que según vimos, a veces aplican a las sanciones administrativas. Así, nuestra Corte Suprema ha resuelto que los procedimientos penal y administrativo sancionatorio a los que puede dar lugar la decisión del artículo 162 del Código Tributario ostentan una naturaleza común, por lo que ambos se rigen por los mismos principios.<sup>131</sup> Ahora, esta postura del supremo tribunal es una aclaración expresa de la materia, pero que coincide con lo resuelto en otras causas recaídas en procedimientos iniciados por actas de denuncia.<sup>132</sup>

Ahora, cuando la administración fiscal solamente busca la aplicación de la sanción pecuniaria, y el contribuyente es una sociedad, se produce otro fenómeno particular. En este caso el responsable del pago de la sanción pecuniaria es el contribuyente, por ello, la sanción pecuniaria no se aplica al actor del delito, que siempre será una persona natural, sino a una persona jurídica. Esto crea toda otra clase de problemas, especialmente respecto de la exigencia de acreditar el dolo respecto de quien es sancionado, que no analizaremos por escapar de nuestro propósito.<sup>133</sup>

---

de la administración. Revista de Derecho Administrativo 6: 33, 2012. Santiago, Abeledo Perrot/Legal Publishing, MADARIAGA G., Mónica. Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 57, MORAGA K., Claudio. Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la administración del Estado. Santiago, Abeledo Perrot / Legal Publishing, 2010, p. 37, entre otros autores.

<sup>130</sup>Artíguez Magna Gabriel y otros querellante SII (2006).

<sup>131</sup>Osmán Erico Santander Godoy con SII (2012) y DobleVía Publicidad Limitada con SII (2015).

<sup>132</sup>Soc. Ljubetic Comercial S.A. con SII (2012), Dagnino Bozzo Aldo con SII (2012), Comercial Mas Luz Ltda. con SII (2014).

<sup>133</sup>VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 88-90.

## **11.- LA SIMULACIÓN Y EL DELITO DE EVITAR, DISMINUIR O POSTERGAR LA APLICACIÓN DE LOS IMPUESTOS GLOBAL COMPLEMENTARIO Y ADICIONAL DEL ART. 14 DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA**

La simulación, en la regulación de la Ley N° 20.780, para ser sancionada penalmente, requiere el cumplimiento de varios supuestos, establecidos en el artículo 14 letra E), N° 1 letra b) de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que presenta un desafío enorme al intérprete, como pasamos a ver.

Esta norma parte con una prohibición, a saber, “las empresas, entidades o sociedades domiciliadas, residentes, establecidas o constituidas en Chile que obtengan rentas pasivas de acuerdo a los criterios que establece el artículo 41 G, no podrán ser utilizadas en forma abusiva para diferir o disminuir la tributación de los impuestos finales de sus propietarios, socios o accionistas”. Cabe preguntarse cómo se pueden utilizar las empresas nacionales que obtengan rentas pasivas de forma abusiva para ese propósito, cuando la consecuencia natural de crear una empresa es la separación para efectos impositivos entre la empresa y su dueño, y el diferimiento lo dispone la ley. Así, por ejemplo, el empresario individual es una figura jurídica completamente tributaria, porque no tiene efectos diferentes al impositivo. Entonces, si como veremos en un momento, esta norma se integra con los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Cómo puede ser elusiva una institución que ha sido pensada por el legislador para producir exclusivamente efectos tributarios?

Ahora, como se realiza una remisión al artículo 41 G de la Ley Sobre Impuesto a la Renta, esta regulación no aplica si la sociedad que recibe dividendos invierte directamente en una sociedad de rentas activas.

El segundo problema de esta norma es que exige para la aplicación del impuesto multa del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta sobre el capital, que se determine la existencia de abuso o simulación, como queda en evidencia de su texto que dispone “De acuerdo a lo anterior, cuando se haya determinado la existencia de abuso o simulación conforme a lo dispuesto en los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, se aplicará respecto del monto de tales inversiones la tributación dispuesta en el artículo 21, sin perjuicio de la aplicación de los impuestos que correspondan a los beneficiarios de las rentas o cantidades respectivas y las sanciones que procedieren”. Así, esta regla supone que se lleva a cabo la declaración de elusión en conformidad con las reglas agregadas al Código Tributario por la Ley N° 20.780, lo que no es menor para efectos de la regla penal que nos interesa comentar.



Luego el artículo contiene una norma contradictoria, porque antes se remitió a los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, que disponen que el Servicio de Impuestos Internos debe probar la elusión, en cambio esta norma señala: “En todo caso, el contribuyente podrá acreditar que las inversiones fueron realizadas con sumas que corresponden a su capital o a ingresos no constitutivos de renta”. Tras esto, agrega una presunción simplemente legal, que lleva a pensar que la regla anterior es una especie de excepción puesta antes que sea enunciada la regla, porque se indica: “presumiéndose, salvo prueba en contrario, que cuando el capital propio tributario del contribuyente excede de la suma de su capital y de los referidos ingresos no constitutivos de renta, tales inversiones se han efectuado, en el exceso, con cantidades que no han cumplido totalmente con los impuestos de la presente ley, procediendo entonces las aplicación de lo dispuesto en el referido artículo 21 ”.

Finalmente el artículo dispone que: “No obstante lo anterior, cuando se determine que los actos, contratos y operaciones respectivos se han llevado a cabo maliciosamente con la finalidad de evitar, disminuir o postergar la aplicación de los impuestos global complementario o adicional, ello será sancionado conforme a lo dispuesto en el primer párrafo, del número 4 del artículo 97 del Código Tributario”. Aquí la norma llega a su punto más problemático. Primero, desde el punto de la redacción, es redundante indicar que algo que se sanciona con una pena se realiza maliciosamente, lo que se presta para las discusiones antes señaladas, porque la malicia implica la posibilidad de reprochar la conducta al actor que, pudiendo actuar de forma diferente, decidió realizar el hecho punible, pero esta regulación agrega la expresión “con la finalidad de”, es decir, parece reiterar que se exige un tipo especial de dolo, el dolo directo.

Ahora, nuevamente el problema de esta norma es que confunde la tipificación de una conducta con la posibilidad de reprocharla, porque, descartado que se pueda abusar de las formas jurídicas o simular actos por accidente o descuido, siempre existirá dolo si se acredita que ha existido abuso o simulación, por lo mismo, no existen diferencias entre la conducta punible y la conducta no sancionada, porque la finalidad exigida es “evitar, disminuir o postergar la aplicación de los impuestos global complementario o adicional”.

Ahora, se presenta un problema procedimental en esta regulación, al exigir que se determine primero que ha existido elusión, se está estableciendo una cuestión prejudicial civil. Es decir, primero debería existir un juicio para determinar la elusión, tras lo cual debería llevarse a cabo un juicio penal. No ahondaremos en esta materia por escapar a nuestro objetivo, pero mencionarla sirve para ilustrar lo problemática que es toda esta regulación.

## **12.- SI NO TUVIERA LA LEY N° 20.780 EL EFECTO DE DEROGAR PARTE DEL ARTÍCULO 97 N° 4 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO ¿QUÉ OCURRIRÍA?**

Como examinamos, el dolo no es parte del hecho típico sancionado y es inconcebible la existencia de simulación culposa, por lo mismo, no se observa que la simulación como delito tributario pueda ser diferente de la simulación como acto de elusión del tributo. Es decir, lo que ha ocurrido es que una misma conducta ha recibido una tipificación posterior más favorable, por lo tanto, ha quedado despenalizada.

Sin embargo, para demostrar la relevancia de los principios antes expuestos, es conveniente preguntarse qué ocurriría si el efecto de la Ley N° 20.780 respecto de la simulación con efectos tributarios no fuera la derogación de parte de los hechos típicos del artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

Si asumimos como cierta la afirmación que la simulación de un acto jurídico es, al mismo tiempo, elusión y evasión, o dicho de otra forma, la simulación es, al mismo tiempo, una infracción indirecta de la ley tributaria y una infracción directa de la ley penal tributaria, la consecuencia que resta sería, además de contradictoria, algo que desafía, entre otros principios constitucionales, al de igualdad ante la ley, porque se crearía una especie de triple elección de la acción por parte de la administración:

- a) Buscar la aplicación de la pena privativa de libertad más la multa respecto de todos los involucrados en los tribunales criminales.
- b) Solicitar solamente la aplicación de la multa respecto del contribuyente en los tribunales tributarios y aduaneros
- c) Pedir la declaración de simulación en los tribunales tributarios y aduaneros multando solamente al asesor.

En los tres casos se cobrarían los impuestos evadidos o eludidos, según sea la acción de la administración, pero claramente en el tercer caso el único sancionado sería quien diseñó o planificó la elusión. Esta solución es solamente aparente, porque violenta prácticamente todos los principios constitucionales que hemos analizado, por lo mismo, debería ser rechazada.

Así lo expuesto, este error requiere que el legislador actúe y se deroguen las referencias a la simulación en la normativa antielusiva general, y se repongan los efectos penales de la simulación, considerando que cuando esta institución es utilizada

para rebajar de forma artificial la carga impositiva, lo que se está haciendo es cometer un fraude tributario.

### 13.- CONCLUSIONES

Tras el examen detallado de los principios y reglas aplicables, es posible concluir que la simulación fue despenalizada por la Ley N° 20.780. A este resultado se puede llegar de tener en cuenta que la regulación antielusiva general de la Ley N° 20.780 es posterior al artículo 97 N° 4 del Código Tributario y, además, aquella ley establece un tratamiento más beneficioso que el contemplado en ese artículo. Es decir, se cumplen los dos parámetros que, en nuestro derecho, tienen por efecto despenalizar una conducta.

Esta despenalización ha ocurrido, muy probablemente, por error, pero a pesar de ello es necesario recordar que los errores del legislador tienen efectos jurídicos, por lo que, al aplicar los principios constitucionales relacionados con la materia estudiada, solamente parece ser sostenible que lo que ha hecho la Ley N° 20.780 es despenalizar la simulación. Es decir, cuando de la simulación de un acto resulta un perjuicio al erario nacional porque se pagan menos impuestos que los debidos, solamente se podría accionar mediante la normativa antielusiva general, sin que sea una alternativa válida recurrir a la vía penal.

Si bien la administración fiscal ha sostenido que la diferencia entre la simulación como elusión y la simulación como evasión estaría en el dolo o malicia y en el procedimiento y sede de determinación, ello es un error, porque, ni el dolo ni la malicia describen conductas, sino que son instituciones jurídicas que se relacionan con la posibilidad de reprochar una conducta típica a un individuo, y el procedimiento elegido no altera la naturaleza del ilícito. Así lo dicho, como es inconcebible la existencia de la simulación accidental de un acto, no es plausible que la conducta descrita en la nueva regulación antielusiva general no sea idéntica a la descrita en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

Así las cosas, incluso desde el punto de vista de la lógica la simulación no puede ser, al mismo tiempo, elusión y evasión, es decir, una infracción tanto indirecta como directa de una regla tributaria.

Por lo mismo, sólo queda hacer un llamado a todos los involucrados en establecer las políticas tributarias para que se corrija este error por ley, derogando las referencias a la simulación en la normativa antielusiva general, de manera que la simulación de un acto que busca engañar a la administración fiscal para desfigurar el real monto del tributo,

vuelva a su cauce normal, que es tener un tratamiento penal, porque como examinamos, ello siempre fue una forma de cometer un fraude fiscal, por lo que no parece ser deseable la situación actual, debido a que traslada a los jueces la corrección de un grave error legislativo.

## 14.- BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK M., René. Las obligaciones, 6ª ed., Santiago, LegalPublishing / Thomson Reuters, 2014.

ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. Tratado de derecho civil, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

AMUNÁTEGUI S., Felipe. ‘Maliciosamente’ y ‘a sabiendas’ en el Código Penal chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963.

BARROS Arana, Diego. Historia general de Chile, 2ª ed., Santiago, Editorial Universitaria, 2000.

BERMÚDEZ S., Jorge. Derecho administrativo general, 3ª ed., Santiago, LegalPublishing/ Thomson Reuters, 2014, p. 68.

CAMACHO C., Gladys. Tratado de derecho administrativo. La actividad sustancial de la administración del Estado, Santiago, AbeledoPerrot / LegalPublishing, 2010.

CLARO S., Luis. Derecho civil chileno y comparado, 1ª ed., Santiago, Nascimento Tomo undécimo, 1937.

CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 26.403 del 9 de abril de 1973.

CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 31.257 del 26 de abril de 1973.

CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 33.006 del 21 de diciembre de 1984.

CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 46.834 del 18 de octubre de 2007.

CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 7.453 del 15 de febrero de 2008.

- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 26.212 del 19 de mayo de 2009.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 46.129 del 24 de agosto de 2009.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 70.935 del 11 de noviembre de 2011.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 51.568 del 8 de julio de 2014.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 65.740 del 26 de agosto de 2014.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 65.965 del 27 de agosto de 2014.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 103.271 del 31 de diciembre de 2015.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 8 del 4 de enero de 2016.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 1.795 del 8 de enero de 2016.
- CONTRALORÍA General de la República. Dictamen N° 3.426 del 14 de enero de 2016.
- CORDERO Q. Los procedimientos y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador. *En:* ARANCIBIA M., Jaime y ALARCÓN J., Pablo (coord.) Sanciones administrativas, Santiago, AbeledoPerrot / Thomson Reuters, 2014.
- CORDERO V., Luis. Casos destacados. Derecho administrativo. Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- DIEZ D., Raúl. La simulación de contrato en el Código Civil chileno, 2ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982.
- DUMAY P., Alejandro. El delito tributario, Concepción, Ediciones Samver, 1979.
- FELIÚ de O., Olga. “Tributos, ¿por Circulares del SII?”. *Diario Financiero*, Santiago, Chile, 23 de julio de 2015 [en línea]. <<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/olga-feliu/tributos-por-circulares-del-sii/2015-07-22/182357.html>> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2016].

FERNÁNDEZ R., José. Derecho municipal chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

FERRARA, Francesco. La simulación de los negocios jurídicos, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

FLORES D., Gloria y VERGARA Q., Gonzalo. Desafíos en tiempos de reformas tributarias. Fundamentos, objetivos y control, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

GAETE R., Sergio. La comunidad en torno a los elementos del delito. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963.

GALLARDO Á., Renán P. Por la fuerza de la razón. Notas sobre una teoría de la motivación en sede administrativa y una metodología para la confección de los actos de la administración. Revista de Derecho Administrativo 6: 33, 2012. Santiago, Abeledo Perrot/Legal Publishing.

GÉNY, François. Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Granada, Comares, 2000.

GUZMÁN B., Alejandro. Las reglas del 'Código Civil' de Chile sobre interpretación de las leyes, Santiago, LexisNexis, 2007.

KRAUSE M, María Soledad. Caso 'Ley de Caza'. Tipicidad y reconocimiento del derecho administrativo sancionador. En: VARGAS P., Tatiana (dir.) Casos destacados de derecho penal. Parte general, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 463-473.

KRUSE, Heinrich W. Derecho tributario alemán. Madrid, trad. de la 3ª edición alemana de 1973 de Perfecto Yebra Martul-Ortega, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LEÓN H., Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952.

MADARIAGA G., Mónica. Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 57.

MARTÍNEZ C., Rafael. El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno. Revista de Derecho 29, 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MASSONE P., Pedro. Principios de derecho tributario, 3ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2013.

MAYER L., Laura. Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. Revista de Derecho 32, 2009, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MIRPLEES, James. Diseño de un sistema tributario óptimo. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011.

MORAGA K., Claudio. Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la administración del Estado. Santiago, Abeledo Perrot / Legal Publishing, 2010, p. 37

NAVARRO B., Enrique. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *En*: ARANCIBIA M., Jaime y ALARCÓN J., Pablo (coord.) Sanciones administrativas, Santiago, AbeledoPerrot / Thomson Reuters, 2014.

NIÑO T., Eduardo. La simulación. Revista de Derecho 14, 1991, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

OCDE [Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos]. Glosario de términos tributarios [en línea] <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>> [fecha de consulta: 22 de junio de 2015].

OLIVER C., Guillermo. La aplicabilidad de la agravante de uso o porte de armas en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. comentario a un fallo. Revista de Derecho 28, 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

PASTOR M., Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Ahora en: Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edición especial. Del fraude a la responsabilidad penal de la empresa, Tomo I*, 2013, pp. 113-134.

PESCIO V., Victorio. Manual de derecho civil, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1948.

POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014.

POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean P., RAMÍREZ G., María C. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015.

RADOVIC S., Ángela. Sistema sancionatorio tributario. Infracciones y delitos, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

RODRÍGUEZ C., Luis. Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. Revista de Derecho 11, 1987, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

ROJAS A., Luis E. Historia dogmática de la falsedad documental. Revista de Derecho 39, 2012, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 37 del 25 de septiembre de 1995 [en línea] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/1995/37.htm>> [consulta: julio de 2016].

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 65 del 23 de julio de 2015 [en línea] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu65.pdf>> [consulta: julio de 2016].

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 2.256 de 1991

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 3.394 de 1991

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 3.024 del 10 de noviembre de 1998. [en línea] <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/1998/renta/nov05.htm>> [consulta: julio de 2016].

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS. Resolución Exenta N° 122 de 2016.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS. Resolución Exenta N° 199 de 2016.

TAVEIRA T., Heleno. Derecho tributario y derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria. Madrid, Marcial Pons, 2008.

UGAS C., Luis. El Código Tributario. Sus normas complementarias y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

VAN WEEZEL, Alex. Delitos tributarios. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

VAN WEEZEL, Alex. La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, AbeledoPerrot / LegalPublishing, 2011.



VERGARA Q., Gonzalo. ¿Se han resuelto en Chile casos de lo que doctrinariamente podemos considerar elusión? *Revista de Estudios Tributarios* 14:199-238, 2015. Santiago, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.

VIAL DEL RÍO. *Teoría general del acto jurídico*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

VON SAVIGNY, Friedrich C. *Sistema del derecho romano actual*, 2º ed. española, Madrid, trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Cía.

### **Jurisprudencia citada:**

*Alfredo Cardoso Ledesma y otro querellante SII*(1995): Corte Suprema, 26 de septiembre de 1995 (queja), rol N° 1.070-1995, en Jorquera Lorca y Castellón Covarrubias (1999) pp. 192-193.

*Ana Ester Córdova Salvo querellante SII* (2011a): Corte de Apelaciones de San Miguel, 1º de septiembre de 2011 (apelación), rol N° 244-2011.

*Ana Ester Córdova Salvo y otros querellante SII* (2011b): Corte Suprema, 27 de marzo de 2012 (casación en el fondo), rol N° 9.238-2011.

*Artíguez Magna Gabriel y otros querellante SII* (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de enero de 2006 (apelación), rol 31.435 de 2005.

*Banco de Chile con Rodrigo Berrios Harriague*(2011): Corte Suprema, 10 de enero de 2011 (casación en el fondo), rol N° 9.347-2010.

*Carlos Alberto Délano Abbott y otros querellante SII* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2016 (apelación), rol N° 1.674-2016.

*Carlos Isaac Berlin Wornwe Tapia querellante SII* (2005): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2005 (casación en la forma y en el fondo), rol N° 3.766-2003.

*Carlos Ominami Pascual querellante SII* (2016): Corte Suprema, 3 de junio de 2016 (queja), rol N° 23.742 -2016.

*Castle Gold Investment Corp con Inmobiliaria Los Nogales Ltda. y otros* (2011): Corte Suprema, 19 de enero de 2011 (casación en la forma y en el fondo), rol N° 2545-2009, cita LegalPublishing CL/JUR/698/2011; 47702.

*Claudia Cuevas Catrileo y otra querellante SII* (2012): Corte Suprema, 27 de marzo de 2012 (casación en el fondo), rol N° 9.238-2011.

*Claudia González Barrientos con Henry Gamboa Bahamondes*(2011): Corte Suprema, 23 de agosto de 2011 (casación en el fondo), rol N° 7.793-2009, cita LegalPublishing CL/JUR/6780/2011; 50330.

*Claudio Soto Barría y otros querellante Fisco* (2009): Corte Suprema, 24 de marzo de 2009 (casación en la forma y en el fondo), rol N° 649-2008.

*Comercial Comepal S.A. con SII* (2014): Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014 (casación en el fondo), rol N° 7.115-2013.

*Comercial Hual Limitada con SII* (2015): Corte Suprema, 18 de mayo de 2015 (casación en el fondo), rol N° 13.387-2014.

*Comercial Mas Luz Ltda. con SII* (2014): Corte Suprema, 10 de diciembre de 2014 (casación en el fondo), rol N° 1.805-2014.

*Consejo de Defensa del Estado con Empresa de Servicios Sanitarios Essbio S.A.*(2013): Corte Suprema, 16 de septiembre de 2013 (casación en el fondo), rol N° 7.397-2012.

*Consortio Axioma Cipsa Ingenieros Consultores Ltda. con Jocelyn Watchtendorff Hermosilla* (2015): Corte Suprema, 23 de abril de 2015 (unificación de jurisprudencia), rol N° 19.374-2014.

*Dagnino Bozzo Aldo con SII* (2012): Corte Suprema, 1 de abril de 2014 (casación en el fondo), rol N° 7.217-2014.

*Daniel Castro Carrillo y otro con SII* (2007): Corte de Apelaciones de Valdivia, 2 de mayo de 2007 (apelación), rol N° 358-2006, cita Legal Publishing CL/JUR/797/2007.

*Darwin Isidoro Astudillo Parada con SII* (2009): Corte Suprema, 5 de octubre de 2009 (casación en el fondo), rol N° 6.711-2008.

*Doblevía Publicidad Limitada con SII* (2015): Corte Suprema, 30 de marzo de 2015 (casación en el fondo), rol N° 16.694-2014.

*Eduardo David Monasterio Lara y otros querellante Corfo* (2012): Corte Suprema, 14 de diciembre de 2012 (casación en el fondo), rol N° 2.025-2012.

*Elena Parra Coloma con SII* (2000): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de noviembre de 2000 (apelación), rol N° 1.285-1997.

*Emilio Augusto González Uriarte y otro querellante SII*(2009): Corte Suprema, 2 de diciembre de 2009 (casación en el fondo), rol N° 7.640–2008.

*Fernando Zapata Vásquez y otro querellante SII* (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de enero de 2008 (apelación), rol N° 44–2006.

*Francisco Javier Ebel Vial con Liliana Kotliarenco Azerman* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de junio de 2007 (apelación), rol N° 5.269-2005, cita LegalPublishing CL/JUR/6704/2007; 36626;

*Guillermo Vilches Mallorga y otro querellante Silva Puentes Vilma* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2010 (apelación), rol N° 2.628-2009.

*Haindl Ramírez Alfred Josef y otros con Inmobiliaria Espadaña S.A.* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2014 (casación en la forma y de apelación), rol N° 1.187-2013.

*Héctor Tapia Arancibia y otros querellante SII* (2006): Corte de Apelaciones de Santiago (apelación) rol N° 59.496-2002.

*Hernán Herrera Reyes querellante SII* (1997): Corte Suprema, 29 de octubre de 1997 (casación en el fondo), rol N° 3.133-1997, cita LegalPublishing CL/JUR/159/1997; 14845.

*Herrera Valdebenito José Antonio y otros querellante SII*(2012): Corte Suprema, 23 de agosto de 2012 (casación en el fondo), rol N° 3517-2012.

*Inés Pinochet Hiriarty otros querellante SII* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago (apelación) rol N° 144-2007, folio 10781.

*Inmobiliaria Parque Cruz de Froward S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Magallanes* (2015): Corte Suprema, 11 de junio de 2015 (casación en el fondo), rol N° 30.779-2014.

*Inversiones Las Cruces Limitada con SII* (2015): Corte Suprema, 6 de abril de 2015 (casación en el fondo), rol 9729-2013.

*Irma Elena Soto Rodríguez C. y otros querellante SII* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de agosto de 2015 (apelación), rol N° 2.221-2015.

*José Toledo Espinosa querellante SII* (2006): Corte Suprema, 24 de octubre de 2006 (casación de fondo), rol N° 1.466-2005.

*Juan Pablo González Zúñiga y otros con SII* (2007): Corte Suprema, 29 de enero de 2007 (casación en el fondo), rol N° 6.541-2005, cita Legal Publishing CL/JUR/352/2007; 35946.

*Juan Plaza Castillo y otros querellante SII* (2007): Corte de Apelaciones de La Serena, 8 de octubre de 2007 (apelación), rol N° 31-2007.

*Luis Alberto Concha Bravo querellante SII*(2005): Corte Suprema, 3 de mayo de 2005 (casación en el fondo), rol N° 30-2003.

*Manuel Antonio Rodríguez Inostroza y otros querellante SII* (2007): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 28 de diciembre de 2007 (apelación) rol N° 337-2007.

*Manuel Antonio Rodríguez Inostroza y otros querellante SII* (2008): Corte Suprema (casación en el fondo y en la forma), rol N° 638-2008.

*Manuel Antonio Segura Covarrubias querellante SII*(1993): Corte de Apelaciones de San Miguel (amparo), rol N° 163-1993, en *Jurisprudencia tributaria* (1996) pp. 160-162.

*Manuel Rodríguez Inostroza y otros querellante SII* (2008): Corte Suprema, 1 de julio de 2008 (casación en la forma y en el fondo), rol N° 638-2008.

*María Isabel Dumont Catalán con SII* (2002): Corte Suprema, 28 de noviembre de 2002 (casación en el fondo), rol N° 2.783-2001.

*Mario Hernán Fritis Mauna querellante SII* (2006): Segundo Juzgado de Letras de Copiapó, 30 de noviembre de 2006 (crimen), rol N° 27.944 (sin año), en <[http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/2006/fallos\\_materia\\_penal/jj2203.htm](http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/2006/fallos_materia_penal/jj2203.htm)> [consultado el 9 de marzo de 2016].

*Mario Vicente Jara Millar querellante SII*(2003): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2002 (casación en el fondo y en la forma), rol N° 344-2002.

*Megafrut Ltda. con Andes Logistics de Chile S.A. y otro* (2015): Corte Suprema, 30 de junio de 2015 (casación en el fondo), rol N° 3.530-2015.

*Metales del Pacífico S.A. con SII* (2014): Corte Suprema, 21 de julio de 2014 (casación en el fondo), rol N° 6.764-2013, cita Legal Publishing CL/JUR/4691/2014; 72984.

*Osmán Erico Santander Godoy con SII* (2012): Corte Suprema, 10 de enero de 2012 (casación en el fondo), rol N° 7.511-2009.

*Pablo Enrique Céspedes Rodríguez querellante SII* (2006): Corte de Apelaciones de Arica, 30 de enero de 2006 (casación en el fondo), rol N° 556-2005.

*Pablo Sánchez Díaz de Essar S.A. con I. Municipalidad de Temuco* (2008): Corte Suprema, 22 de julio de 2010 (casación en el fondo), rol N° 6.567-2008.

*Patricia Cabello Caro y otro querellante SENAME* (2009): Corte Suprema, 2 de julio de 2009 (casación en el fondo), rol N° 3.970-2008.

*Patricio Aylwin Oyarzún con Renta Equipos y Vehículos Especiales S.A.* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2005 (apelación), rol N° 4.581-2003, cita LegalPublishing CL/JUR/4917/2005; 50822.

*Pedro Alquilino Torres Espejo querellante SII* (2007): Corte de Apelaciones de La Serena, 30 de agosto de 2007 (apelación), rol N° 122-2007.

*Peña Díaz Mauricio Cristian querellante SII* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de octubre de 2012 (apelación), rol N° 963-2012.

*Raquel María Romero García y otros querellante SII y otros* (2013): Juzgado de Garantía de Talca, 16 de diciembre de 2013 (procedimiento abreviado), RUC 0901128731-7, RIT 10132-2011.

*Raúl Francisco Marín Sotomayor y otros querellante SII* (2012): Corte Suprema, 31 de julio de 2012 (casación en el fondo), rol N° 7.084-2010.

*Roberto Sergio Guzmán Lyon y otros querellante SII* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de julio de 2016 (apelación), rol N° 1.015-2016.

*Rogelio Aburto Urrutia con SII* (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de junio de 2008 (apelación), rol N° 98-2007, cita Legal Publishing CL/JUR/2723/2008.

*Soc. Ljubetic Comercial S.A. con SII* (2012): Corte Suprema, 30 de agosto de 2012 (casación en el fondo), rol N° 4.425-2010.

*Sociedad Comercial Araucanía S.A. con SII* (2015): Corte Suprema, 21 de julio de 2015 (casación en la forma y en el fondo), rol N° 8.531-2014, cita Legal Publishing CL/JUR/4134/2015; 98841.

*Sociedad Comercial Jomex Ltda. con SII* (2015): Corte Suprema, 30 de noviembre de 2015 (casación en la forma y en el fondo), rol N° 24.557-2014.

*Sociedad Comercial Recmetal Compañía Limitada con SII* (2015): Corte Suprema, 30 de noviembre de 2015 (casación en la forma y en el fondo), rol N° 24.727-2014.

*Sylvia Aravena Castro y otros querellante SII* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de enero de 2009 (apelación), rol N° 3.171-2008.

Tribunal Constitucional rol N° 2.479-2013.