

PROBLEMAS DE APLICACION DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO EN LOS DELITOS ADUANEROS

*María Inés Horwitz Lennon**

I. Breve relación de la sentencia de la Excma. Corte Suprema; II. Sobre la presunta derogación del delito de fraude aduanero; III. Diferencias de contenido normativo entre el delito de fraude aduanero y de contrabando impropio; IV. Análisis de los hechos sometidos a la decisión de la Corte y su eventual subsunción en el antiguo delito de fraude aduanero y el actual delito de contrabando impropio; V. Conclusiones.

I. BREVE RELACION DE LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Con fecha 11 de Noviembre de 2002, la Segunda Sala de la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de una sentencia definitiva pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta que declaró derogado el delito de fraude aduanero al haberse promulgado la Ley 19.738, señalando que “(...) el artículo 10 N° 2 letra e) de dicho cuerpo legal ha supuesto la derogación de los incisos 2° y 3° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas (OA), lo que implica que prácticamente ha desaparecido el fraude, el que ha quedado tipificado en el artículo 168 bis OA, no aplicable a la especie (...)”¹. La Corte de Apelaciones añade que la derogación no se ve obstaculizada por lo dispuesto en el artículo 9° transitorio de la Ley 19.738, “no sólo porque del tenor literal se infiere que al referirse al actual artículo 168 no se entiende si es el actual modificado o el antiguo texto, sino porque de conformidad al artículo 19 N° 3 penúltimo inciso, de la CPR, siempre es aplicable al procesado la nueva ley más favorable, lo que implica un criterio de justicia que evita el disvalor que se produciría frente a una persona que hoy cometiendo el mismo hecho sería absuelto”.

El voto de mayoría del fallo de la Corte Suprema² acoge el recurso de casación en el fondo afirmando la continuidad normativa entre el antiguo delito de fraude aduanero y el nuevo delito de contrabando impropio contenido en el inciso 2° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, tras su modificación por la Ley 19.738.

Para una mejor comprensión de la sentencia que estamos examinando, nos referiremos a la regulación de los delitos aduaneros antes y después de la dictación de la Ley 19.738.

En la antigua regulación, los delitos de fraude aduanero y contrabando se encontraban tipificados de la siguiente manera:

Artículo 168: Fraude aduanero es todo acto que elude o frustra las disposiciones aduaneras precitadas con el ánimo de perjudicar los

* Profesora Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Sentencia de la Corte de Antofagasta de 31 de Agosto de 2001, cuyos considerandos son transcritos en el considerando primero del fallo de la Corte Suprema que se examina.

² Hubo un voto disidente del Ministro Sr. José Luis Pérez Zañartu

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

La Ley N° 19.738, sobre normas para combatir la evasión tributaria, publicada en el Diario Oficial del 19 de junio de 2001, introduce reformas, entre otros cuerpos legales, a la Ordenanza de Aduanas (OA). Su artículo 10 letra e) modifica el artículo 168 OA en dos sentidos:

- 1) En el inciso primero sustituye la frase “los delitos de fraude y contrabando”, por la palabra “delito”, y
- 2) Sustituye los incisos segundo y tercero por tres de ellos, de modo que su redacción definitiva queda de la siguiente manera:

Artículo 168: Las infracciones a las disposiciones de la presente ordenanza o de otras de orden tributario cuyo cumplimiento y fiscalización corresponde al Servicio de Aduanas pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de delito.

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

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

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

La Corte Suprema se pronuncia en contra de la derogación del delito de fraude aduanero en los siguientes términos:

“De la reforma se desprende, con mucha claridad, que refunde en un solo delito lo que antes eran los de fraude y contrabando y bajo esta última denominación, distinguiendo el contrabando propiamente tal del inciso segundo, con verdaderas figuras de fraude bajo la forma de contrabando impropio que se destacan en los incisos tercero y cuarto.” Y más adelante añade: “De ello se evidencia el claro propósito del legislador de mantener la figura del fraude aduanero toda vez que los elementos del tipo corresponden a ella, subsumida bajo el nombre de contrabando, como ya se ha dicho, pero además bajo la forma de delito de resultado y no de peligro como en su redacción anterior” (considerando cuarto).

II. SOBRE LA PRESUNTA DEROGACION DEL DELITO DE FRAUDE ADUANERO.

Para resolver el problema planteado, esto es, si debe entenderse derogado el delito de fraude aduanero, previamente es necesario verificar si concurren en la especie algunas de las siguientes hipótesis:

1° si existe una norma de la ley derogatoria que determine los efectos en el tiempo de las modificaciones legales introducidas;

2° en subsidio de lo anterior, si existió una voluntad clara del legislador de desincriminar el delito de fraude aduanero, y

3° en el caso de que no sea así, si existen diferencias típicas sustanciales entre el tipo penal derogado y el nuevo a fin de establecer si hay continuidad normativa entre ambos o, por el contrario, si debe predicarse un ámbito de diferencias que obligue a hacer aplicable el principio de retroactividad de la ley más favorable al reo.

Con relación al primer punto, existe una norma contenida en el artículo 9° transitorio de la nueva ley que establece: “Los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se registrarán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el DFL N° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997.”

Esta norma transitoria está, en definitiva, disponiendo la *irretroactividad* de las nuevas disposiciones penales contenidas en la Ley 19.738, y la *ultractividad* de las disposiciones anteriores a esa misma ley. La irretroactividad así dispuesta es constitucionalmente inobjetable, si las nuevas normas pueden ser consideradas como ley penal desfavorable.

El voto de mayoría del fallo de la Corte Suprema así lo entiende cuando critica un considerando de la sentencia recurrida:

“En efecto, el artículo 9° transitorio de la Ley N° 19.738 dispone que los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se registrarán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997. De su solo tenor, al señalar la norma el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas *no puede entenderse más que al de la redacción antigua* ya que éste fue el texto que se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997. Sin embargo, si lo anterior no fuera suficiente para entender el alcance temporal de la norma, es pertinente atender además a lo que dispone el artículo 24 de la misma ley. Declara: “Las referencias que las leyes hacen a los delitos de fraude y contrabando descritos en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas se entenderán hechas al delito de contrabando que contemplará ese cuerpo legal en virtud de las modificaciones previstas en el artículo 10, letra f), de esta ley.” De la simple lectura de ambas normas se desprende con toda claridad y conforme a la lógica interpretativa de las leyes, que el legislador se ubica antes

de la publicación de la ley que concibe, vale decir, cuando aún rige la ley modificable en plenitud, refiriéndose a ella en tiempo presente, y en tiempo futuro a cuando produzcan sus efectos las normas modificadas, lo que debe producirse cuando sea efectivamente publicada la reforma. Así queda en evidencia, sin duda alguna, que la referencia al artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas lo es en su tenor previo a la reforma, *disponiendo la ultractividad de las normas anteriores a la reforma* en razón de lo cual deben ser aplicadas reconociendo la plena validez de los tipos penales que sancionaba” (considerando séptimo)³.

El voto de prevención del abogado integrante Sr. Bascuñán Valdés explica con mucha claridad la problemática planteada al hacer presentes los principios y reglas generales que gobiernan los efectos de la ley penal en el tiempo. En efecto, de acuerdo con las mismas, “la derogación no impide la aplicación de la ley derogada, con tal que ella recaiga sobre hechos ocurridos antes de la fecha de su derogación” y ello porque la aplicación ultractiva de la ley derogada se encuentra establecida en el art. 18 del Código Penal .

“(…) Este precepto consagra para el derecho penal chileno el conocido principio de que la ley aplicable al enjuiciamiento del delito es la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho. Este principio implica dos consecuencias. En primer lugar, que no puede aplicarse una ley penal a hechos ocurridos con anterioridad al inicio de su vigencia (irretroactividad); y, en segundo lugar, que debe aplicarse la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho, aunque al momento de su aplicación esa ley se encuentre derogada (ultractividad). Estas consecuencias son complementarias entre sí, de un modo racional desde el punto de vista de la política criminal. En efecto, si la ultractividad no complementase la irretroactividad, una reforma legal que agravase la pena produciría como efecto la impunidad de los casos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia”⁴.

Disponiéndose, en consecuencia, la ultractividad de la ley penal derogada por el artículo 9º transitorio de la Ley 19.738, resta por determinar si ella debe prevalecer aunque la nueva ley sea más favorable para el reo⁵.

En efecto, si las nuevas normas admiten ser consideradas como ley penal más favorable, entonces se plantea una cuestión de validez del artículo 9º transitorio de la Ley 19.738. Esto es así, porque, en una interpretación extendida entre nosotros, el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política impondría al legislador el deber de

³ El destacado es nuestro.

⁴ Vid. considerando primero del voto de prevención del abogado integrante Sr. Antonio Bascuñán Valdés.

⁵ Consta de la historia del establecimiento del Art. 9º transitorio de la Ley 19.738, que esta norma fue introducida a indicación del Vicepresidente de la República, sin fundamentos particulares, simplemente para mantener la continuidad de los procesos por delitos de fraude y contrabando aduanero que se estén llevando por delitos cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la ley (Segundo Informe de la H. Comisión de Hacienda del H. Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece normas para combatir la evasión tributaria, Boletín 2.572-05, de 5 de Mayo de 2001, pág. 110)(cfr. considerando noveno del voto de prevención).

aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. En todo caso, este deber se encuentra consagrado en el artículo 15 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶.

La sentencia de la Corte Suprema considera obligatoria la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, y al efecto invoca la existencia de un mandato constitucional en tal sentido:

“Que, además, la dictación de la Ley N° 19.738 lleva a analizar si los efectos de la reforma son favorables al afectado en relación a los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de su publicación, materia a que obliga la sentencia por aplicación del artículo 19 N° 3 inciso penúltimo de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal (...)”⁷.

En su voto de prevención, el abogado integrante Sr. Bascunán Valdés admite que los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, establecen la aplicación del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en forma perentoria, afirmando su preeminencia sobre las normas nacionales de rango meramente legal, y que la Constitución autoriza pero no impone tal aplicación. Por ello examina la obligatoriedad del art. 9° transitorio de la Ley 19.738 a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales antedichos. Señala que el fundamento del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable radica en la circunstancia que, en un Estado de Derecho, “los órganos estatales no pueden afectar los intereses fundamentales de las personas sino de la manera en que las normas sobre derechos fundamentales lo permiten, y siempre y cuando ello sea un medio adecuado y necesario para lograr un fin legítimo.” Añade que “la aplicación ultractiva de una ley desfavorable es aplicación de una pena que el legislador ha declarado inmerecida y/o innecesaria, en virtud de la modificación legal que ha introducido un tratamiento penal más favorable. Aplicar ultractivamente la ley desfavorable sería incurrir en un exceso, conforme a esa medida establecida por el propio legislador. Por esa razón debe aplicarse retroactivamente la ley más favorable”⁸.

La cuestión es, entonces, determinar si la nueva Ley 19.738 desincrimina el hecho punible constitutivo del anterior delito de fraude aduanero y, si ello no fuere así, si la Ley 19.738 constituye una ley penal más favorable que pueda ser invocada por los imputados o condenados, y los términos de tal favorabilidad.

En cuanto a la primera interrogante planteada, debe indagarse si existe algún antecedente previo o coetáneo a la promulgación de la ley que permita afirmar que la intención del legislador fue descriminalizar el fraude aduanero. Sin embargo, no existe

⁶ Existe la posición que entiende que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra autorizada, pero no impuesta, por la consagración constitucional del principio de legalidad, no sólo por la forma de su redacción sino también por la historia fidedigna de su establecimiento. Así, por ejemplo, el voto de prevención del abogado integrante Sr. Antonio Bascunán Valdés, en sus considerandos cuarto y quinto. Sin embargo, dicho miembro del tribunal admite que los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, establecen la aplicación de dicho principio en forma perentoria, afirmando su preeminencia sobre las normas nacionales de rango meramente legal. (considerando sexto). Por ello examina la obligatoriedad del art. 9° transitorio de la Ley 19.738 a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales antedichos.

⁷ Considerando octavo del voto de mayoría.

⁸ Considerandos sexto, séptimo y octavo del voto de prevención.

ningún fundamento político-jurídico que autorice a pensar que tal fue la *ratio legis* de la reforma, sino más bien al contrario: la justificación de la ley fue reforzar y mejorar la recaudación de los tributos, lo que haría irracional e injustificada la decisión de desincriminación de un comportamiento inequívocamente relevante en este ámbito. Por otro lado, advirtiendo la deficiente técnica legislativa utilizada en la configuración del delito, por la previsión de un tipo abierto y sumamente vago que generaba fuertes críticas desde la perspectiva del principio de legalidad, el legislador decidió aprovechar la ocasión para mejorarlo. El considerando quinto de la sentencia de la Corte Suprema recoge estos aspectos cuando señala que:

“(…) si con lo anterior no resultara claro el sentido de la ley, coadyuva además en abono de aquella conclusión el hecho que el propósito explícitamente manifestado por el legislador de la Ley N° 19.738 ha sido combatir la evasión tributaria, como la nomina, y ello no es compatible con la exclusión de una forma penal de común aplicación práctica para combatirla. Por lo demás esa intención del legislador quedó claramente de manifiesto en la historia fidedigna de la ley. En efecto, en el acta de la Sesión N° 46 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, al hacerse referencia precisamente a la reforma del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas mediante el artículo 10 letra f) del Proyecto, en lo pertinente, se destaca explícitamente que las enmiendas de carácter penal y su redacción apuntan en lo esencial a mejorar técnicamente esos tipos penales, describiendo con mayor precisión las distintas conductas punibles, que se configuran como modalidades de comisión de un mismo delito, el de contrabando. Además, el propio Presidente de la República en el Mensaje que adjunta al Proyecto señala en su parte pertinente: “ e) Se agrega un nuevo concepto de delito de fraude aduanero que sigue la estructura del fraude fiscal consagrada en el artículo 239 del Código Penal. Ello busca que tenga mayor acogida jurisprudencial, evitando los defectos actuales. El tipo penal tiene por objeto castigar conductas que se cometen con ocasión de una operación aduanera pero encaminadas a obtener cualquier beneficio tributario, ya sea en el orden externo o interno, en detrimento del patrimonio del Fisco.” Afín con lo anterior debe tenerse también en consideración el artículo 24 de la Ley 19.738. Esta norma dispone que las referencias que las leyes hacen a los delitos de fraude y contrabando descritos en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas se entenderán hechas al delito de contrabando que contemplará ese cuerpo legal en virtud de las modificaciones previstas en el artículo 10, letra f), de esta ley, cuya razón de ser la da la misma Comisión del Senado a continuación del destacado referido en el acápite anterior. Señaló: “el propósito del artículo 25 (en el proyecto, 24 en la ley), por tanto, no es otro que ordenar, en forma expresa, que las referencias que hoy efectúa la ley a los delitos de fraude y de contrabando aduanero, o alguno de ellos, se entiendan en lo sucesivo formuladas al delito de contrabando que se describe en el nuevo texto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas”⁹.

En efecto, tal como consta de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.738, al eliminar la disposición que tipificaba el antiguo delito de fraude aduanero el legislador hizo suyas las consideraciones críticas del Ejecutivo, expresadas por el Servicio Nacional de Aduanas, el cual estimaba que las imperfecciones de la antigua regulación implicaban lesiones a los derechos fundamentales¹⁰.

⁹ Considerando quinto del voto de mayoría.

¹⁰ Informe de la H. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, recaído en las consultas formuladas por la H. Comisión de Hacienda, en relación con disposiciones del proyecto de ley

Otro argumento que abona la tesis de que el legislador no tuvo la voluntad de desincriminar el delito de fraude aduanero se radica en el hecho que mantuvo inalterables las denominadas presunciones legales de fraude, establecidas en el artículo 179 OA, y entendidas por la doctrina como modalidades típicas de dicho delito¹¹.

Por otra parte, es posible comprobar una cierta identidad material entre la conducta típica del antiguo delito de fraude aduanero y el ahora contenido en el delito de contrabando impropio.

Un criterio de reconocimiento para determinar si una norma ha sido o no derogada es verificar si el enunciado normativo contenido en una disposición ha sido eliminado o modificado sustancialmente por otra. Una disposición es el enunciado normativo fijado en un texto legal que tiene existencia material y formal o, si se quiere, materialmente formal. Una disposición puede ser suprimida formalmente pero puede mantenerse la norma en la medida que ella es trasladada o regulada en una nueva disposición. Tal es lo acontecido con el delito de fraude aduanero: se suprimió la disposición que lo contemplaba pero su contenido normativo fue regulado en otra disposición. *En lo esencial*, existe un importante margen de continuidad normativa entre el antiguo delito de fraude aduanero y el actual delito de contrabando impropio. Como señala Bascañán Valdés, “todos los comportamientos susceptibles de ser calificados como delictivos conforme a ambas normas, fueron en su momento y siguen siendo actualmente comportamientos merecedores de pena conforme a la ley. Respecto de estos comportamientos no se ha producido la impunidad como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable”¹².

III.- DIFERENCIAS DE CONTENIDO NORMATIVO ENTRE EL DELITO DE FRAUDE ADUANERO Y DE CONTRABANDO IMPROPIO

que establece normas legales para combatir la evasión tributaria, Boletín 2.572-05, de 3 de Abril de 2001, págs. 12 a 15 y 22.

¹¹ Que no fue propósito del legislador derogar la disposición que contenía el delito de fraude aduanero se manifiesta, además, en la circunstancia que el proyecto de ley presentado a tramitación por mensaje del Presidente de la República, así como el proyecto de ley aprobado por la H. Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, mantuvieron el delito de fraude aduanero del antiguo inciso segundo del Art. 168 de la Ordenanza de Aduanas, con una redacción modificada. El precepto respectivo era del siguiente tenor: El que en las operaciones o declaraciones aduaneras defraudare al Fisco, evadiendo el pago de los tributos aduaneros o impuestos de cualquier carácter, incurrirá en el delito de fraude aduanero (Art. 10, literal f), numerando 1, conforme a Oficio N° 3.200 de la H. Cámara de Diputados, en su calidad de Cámara de Origen, de 17 de Enero de 2001, pág. 24). Tal como se aseveró antes, en el considerando octavo, la decisión de eliminar esta disposición fue adoptada por el H. Senado, en segundo trámite constitucional del respectivo proyecto de ley, en virtud de una propuesta de la H. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, efectuada con ocasión de la evacuación una consulta que le formulara la H. Comisión de Hacienda, la cual hizo suya dicha propuesta (Primer Informe de la H. Comisión de Hacienda del H. Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece normas para combatir la evasión tributaria, Boletín 2.572-05, de 3 de Abril de 2001, págs. 41 a 43, 90 y 113 a 114; Segundo Informe de la H. Comisión de Hacienda del H. Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece normas para combatir la evasión tributaria, Boletín 2.572-05, de 5 de Mayo de 2001, pág. 68 del informe, págs. 12 y 42 del texto de los acuerdos y el proyecto; Oficio N° 18.220 del H. Senado, en su calidad de Cámara Revisora, de 16 de Mayo de 2001, págs. 21 a 22)

¹² Considerando décimotercero del voto de prevención

Como sabemos, el nuevo tipo penal de contrabando impropio precisó las modalidades de acción típica de defraudación tributaria. En efecto, los incisos 3º y 4º del actual artículo 168 OA abarca modalidades delictivas cuyos verbos rectores consisten en “introducir” o “extraer” mercancías de lícito comercio al o del territorio de la República o desde un territorio de régimen tributario especial a uno de mayores gravámenes, o al resto del país, “defraudando” a la Hacienda Pública mediante la “evasión” del pago de los tributos que pudieran corresponderle o mediante “la no presentación” de las mismas a la Aduana.

Al precisarse la actividad típica y exigirse la producción de un resultado de defraudación a la Hacienda Pública sería posible representarse algún supuesto de hecho que no se encontraría abarcado por el nuevo tipo penal y que con seguridad sí lo estaba en el antiguo. Y ello porque entre el antiguo delito de fraude aduanero y el actual delito de contrabando impropio existe una relación de género y especie, siendo el fraude el delito genérico, en su carácter de tipo abierto, y el contrabando impropio un supuesto especial. Por ello, no cabe duda que el legislador restringió el ámbito de la punibilidad de las infracciones a la Ordenanza de Aduanas, lo que aparece además de manifiesto por tratarse el contrabando impropio de un delito con exigencia de resultado defraudatorio.

En efecto, el antiguo delito de fraude aduanero se configuraba como un delito de peligro para la Hacienda Pública, con un elemento subjetivo de intención trascendente. En efecto, se castigaba el hecho de “eludir o frustrar las disposiciones aduaneras.... **con el ánimo** de perjudicar los intereses fiscales...”. No se exigía la causación de un perjuicio patrimonial efectivo para el Fisco, lo que se denotaba –por ejemplo- en la presunción legal de fraude contemplada en el artículo 179 letra b) OA. En cambio, el delito de contrabando impropio se configura como un delito de lesión o resultado, esto es, se requiere la causación de un perjuicio patrimonial fiscal a través de conductas que significan la no percepción de los tributos que le correspondan (no pagando los tributos o no presentando a la Aduana las mercancías cuya introducción genera el pago de los mismas). Sin embargo, esta diferencia en la configuración del injusto del delito no acarrea consecuencias prácticas favorables al condenado atendido lo dispuesto en el inciso quinto del Art. 176 OA –norma no modificada por la Ley 19.738- que ordena sancionar con la pena de delito consumado la tentativa de contrabando.

En consecuencia, es posible que se presente algún supuesto de hecho que escape del ámbito típico del nuevo delito de defraudación tributaria y sea, por tanto, plenamente aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. No obstante la disposición contenida en el artículo 9º transitorio de la Ley 19.738 cabría, pues, aplicar la Ley 19.738 a estos hechos porque se encontrarían actualmente descriminalizados.

El Sr. Bascuñán Valdés expresa esta consecuencia de la siguiente forma, en los considerandos octavo y décimo de su voto de prevención: “La modificación de esos preceptos obedeció a la convicción del legislador acerca de la falta de merecimiento de pena de los casos anteriormente subsumibles en el tipo penal de fraude aduanero, pero excluidos del alcance de los nuevos tipos penales de contrabando impropio.” Añade que “es evidente que la aplicación ultractiva del antiguo artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, en todos los casos no comprendidos por el actual Art. 168 u otra norma

penal, sería aplicación de una pena inmerecida e innecesaria. Esa aplicación ultractiva se encuentra prohibida por los tratados internacionales. En este sentido, es manifiesto que el artículo 9° transitorio de la Ley 19.738 es contrario al principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, y por lo mismo debe ser desestimado, recuperando su plena aplicabilidad el artículo 18 del Código Penal, que sí ordena hacer efectiva retroactivamente la ley penal más favorable.”

El voto de mayoría del fallo de la Corte Suprema se pronuncia sobre la eventual mayor favorabilidad de la nueva regulación de los delitos aduaneros. Para ello, sin embargo, sólo tiene en consideración la continuidad *punitiva* de ambas regulaciones delictivas, desatendiendo el aspecto de su concreta regulación normativa. Concluye rechazando la existencia de dicha mayor favorabilidad para el afectado en los siguientes términos:

“(…) Este análisis (si los efectos de la reforma son favorables al afectado), resuelto ya la no derogación del hecho punible de autos, se hará ahora en relación al sistema sancionatorio. El artículo 176 de la Ordenanza de Aduanas establece las penas que corresponde aplicar en los casos de contrabando o fraudes, y a este respecto la reforma de la Ley N° 19.738 no innova, salvo respecto al sistema de causales de atenuación en los casos de entrega de las mercaderías ilegalmente internadas al país o al pago voluntario de los derechos e impuestos de las mercaderías considerando la reforma calificada la causal en el caso de pago antes del acto de fiscalización o en carácter de atenuante general cuando se efectúa con posterioridad, situaciones ninguna de las cuales se han producido en el caso de autos. Como lógica consecuencia para este proceso y desde el punto de vista sancionatorio la reforma no resulta más favorable toda vez que no exime el hecho de toda pena ni le aplica una menos rigurosa en términos que sea atinente la aplicación de la norma constitucional invocada por la sentencia.”¹³

III. ANALISIS DE LOS HECHOS SOMETIDOS A LA DECISION DE LA CORTE Y SU EVENTUAL SUBSUNCION EN EL ANTIGUO DELITO DE FRAUDE ADUANERO Y EL ACTUAL DELITO DE CONTRABANDO IMPROPIO

Los hechos establecidos en la causa que motivó el recurso de casación en el fondo que estamos examinando fueron los siguientes: el día 11 de mayo de 1995, funcionarios policiales de Calama fiscalizaron el vehículo placa patente (...) marca Ford, Modelo Taurus B.M.N.2, conducido por un tercero. Al solicitarle la documentación del móvil, pudieron constatar que éste estaba amparado por solicitud de liberación a nombre de una persona distinta al que conducía, lo que fue calificado como constitutivo del delito de fraude previsto en el artículo 35 de la Ley N° 13.039 y sancionado en los artículos 168 y 176 de la Ordenanza de Aduanas.

El artículo 35 de la Ley N° 13.039, publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1958, permite a los residentes con único domicilio en el Departamento de Arica que se trasladen definitivamente de él, que internen al resto del país, entre otras

¹³ Considerando 4° del voto de mayoría.

especies, un vehículo motorizado usado con ventajas de rebajas de impuestos en forma particular. Pero para gozar de esta franquicia la ley somete a restricciones particulares dicho permiso siendo el más relevante, para los efectos de los hechos relatados, que el vehículo no puede ser objeto de negociación de ninguna especie, tales como compraventa, arrendamiento, comodato, o cualquier otro acto jurídico que signifique la tenencia, posesión o dominio por persona extraña al beneficiario de la franquicia, dentro de los dos años siguientes a la fecha de la resolución que la conceda, salvo que previamente se pague el saldo de los derechos e impuestos vigentes en el resto del país que deberían haberse percibido al momento de la importación del vehículo en la zona liberada, calculada en la forma que la misma ley prevé (inciso 12° N° 2°). Además, el inciso 13° dispone que se presumirá el delito de fraude al Fisco a que se refiere el artículo 186 (hoy 168) de la Ordenanza de Aduanas, en caso de no cumplimiento de la restricción contemplada en el N° 2 del inciso 12 del mencionado artículo 35 de la Ley 13.039.

En consecuencia, de lo que se trata es verificar si el supuesto de hecho sometido a la decisión de la Corte es o no uno de esos casos subsumibles tanto en la antigua como en la nueva normativa.

El voto de mayoría del fallo de la Corte se pronuncia afirmativamente ante la interrogante planteada señalando que:

“(…) la reforma en análisis dejó inalterada la norma del artículo 35 de la Ley 13.039 bajo cuyo imperio se determinaron los elementos de hecho concurrentes en la figura penal del fraude aduanero (...), los que se corresponden precisamente a los presupuestos de las normas señaladas, tanto en su antigua como nueva concepción”. Más adelante concluye: “El hecho de eludir restricciones legales imperativas para el ejercicio de un beneficio tributario-aduanero obtenido, de lo cual se deriva la falta absoluta de ingresos en arcas fiscales del mismo, constituye fraude aduanero tanto bajo el imperio de la ley antigua como bajo la nueva, lo que se contrapone con toda idea de derogación del hecho punible objeto de esta causa, como lo ha estimado la sentencia recurrida.”¹⁴

No cabe duda que la hipótesis de hecho sometida a la decisión de la Corte era subsumible en el inciso segundo del antiguo artículo 168 OA. Sin embargo, se plantean ciertas dificultades para su calificación simultánea como contrabando impropio. La principal consiste en que, en la especie, el acto de defraudación se comete con posterioridad al acto material de introducción de la mercancía desde un territorio de régimen especial al resto del país (art. 168 inciso 3° OA). La solución a esta cuestión pasa por la interpretación de la actividad típica constituida, en este caso, por el acto de “introducir” mercancías de lícito comercio.

El voto de prevención del fallo de la Corte plantea la interpretación de dicho elemento que nos parece adecuada con el fin de protección de la norma. En efecto, expresa que:

“(…) es evidente que el concepto de introducción de mercancías tiene un carácter *normativo*, en tanto que constituye un supuesto de hecho que origina deberes aduaneros. Luego, la determinación de su sentido y alcance dependerá, en cada caso previsto por la ley, de los

¹⁴ Considerando cuarto del voto de mayoría.

elementos que conformen el supuesto de hecho. En los casos en que la regulación aduanera concede exenciones al cumplimiento de los deberes aduaneros, atendiendo a la concurrencia de ciertas condiciones, es evidente que incorpora negativamente estas condiciones en el supuesto de hecho. Así configurado, *el supuesto de hecho comprende todo el lapso en cual las condiciones deben concurrir para que se mantengan las exenciones*. Por consiguiente, desde el punto de vista del fin de la norma aduanera debe entenderse que en estos casos la introducción de la mercancía *no consiste en un hecho momentáneo*, sino en su *ingreso y permanencia en el territorio de que se trate, durante el tiempo en que ello pueda generar deberes aduaneros*. En consecuencia, la internación de mercaderías con posterior incumplimiento de las condiciones de exención puede ser calificada, en su sentido normativo, como una defraudación a la hacienda pública cometida al introducir mercancías al territorio de que se trate, conforme al artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas.”¹⁵

En abono de esta tesis, el considerando decimoséptimo del voto de prevención añade que: “el hecho de que la Ley 19.738 no haya derogado las presunciones de fraude aduanero (...) confirma la interpretación del término introducir expuesta en el considerando precedente. En efecto, solamente una interpretación como la anterior permite subsumir en el delito de contrabando impropio los casos de incumplimiento de condiciones de exención aduanera, considerados por la Ordenanza de Aduanas, en los literales e), f) y g) de su artículo 179, como presunciones de comisión de los delitos tipificados en su artículo 168 y sancionados conforme a lo dispuesto en su artículo 176”¹⁶. Particularmente importante, en relación al hecho examinado, es la disposición contenida en el literal e) del artículo 179 OA por la cual se presume responsable de “fraude” –debe entenderse de contrabando impropio, en virtud del artículo 24 de la Ley 19.738 – el empleo, con distinto fin del declarado, y sin autorización o sin pagar los derechos correspondientes, mercancías afectas a derechos menores con la condición de un uso determinado de ellas.

Es claro, por tanto, que el vocablo “introducir” utilizado en la descripción típica del delito de contrabando impropio debe ser interpretado en su sentido normativo, como presupuesto fáctico que genera obligaciones positivas o negativas desde el punto de vista del derecho aduanero. Aunque no exista una definición legal del mismo, como ha ocurrido con otros conceptos utilizados profusamente por la Ordenanza de Aduanas (artículo 2º), una interpretación sistemática obliga a considerar las hipótesis contenidas en el artículo 179 OA, no ya entendidas como presunciones legales de delito –las que contrarían la presunción de inocencia, la libre valoración de la prueba y el principio de que la carga de la prueba, en materia penal, corresponde al Estado- sino como modalidades de contrabando específicamente reguladas por la ley.

Finalmente, el voto de prevención afirma que el supuesto de hecho en examen debe ser castigado conforme a la ley penal existente al momento de la comisión del hecho, esto es el por el artículo 168 OA en su versión anterior a la reforma de 2001, pues la Ley 19.738 no constituye ley penal más favorable para el afectado.

¹⁵ Considerando décimo sexto. El destacado es nuestro.

¹⁶ Considerando decimoséptimo del voto de prevención

“(…) Que la Ley 19.738 no alteró las penas establecidas en el artículo 176 para los delitos previstos en el artículo 168, ambos de la Ordenanza de Aduanas, ni son pertinentes para el caso de autos las nuevas atenuantes introducidas por dicha modificación legal (...). Por tanto, no siendo procedente considerar a la Ley 19.738 como ley más favorable para el condenado, resulta plenamente aplicable al caso de autos el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas en su versión anterior a la Ley 19.738, en su carácter de ley vigente al momento de la comisión del hecho punible, conforme lo dispone el inciso primero del Art. 18 del Código Penal “(considerando décimo octavo).

IV. CONCLUSIONES

En suma, la Corte deja claramente establecido que el delito de fraude aduanero no ha sido derogado sino que fue refundido con otras figuras delictivas y modificada su denominación genérica. Especialmente interesante resulta el voto de prevención emitido por el abogado integrante del máximo Tribunal Sr. Antonio Bascuñán Valdés, quien señala un procedimiento metodológico para verificar la continuidad normativa entre el antiguo delito de fraude aduanero y el actual delito de contrabando impropio. Este consiste en la necesidad de comprobar si un supuesto de hecho antes claramente abarcado por la regulación del fraude aduanero continúa siendo delictivo por ser simultáneamente subsumible en el tipo de injusto del delito de contrabando impropio. Si ello es posible de afirmar, existe continuidad normativa y el hecho debe ser castigado por la ley penal vigente a la época de comisión del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal y 9º transitorio de la Ley 19.738, excepto en el caso que la nueva ley penal sea más favorable para el afectado.

De particular interés es la reflexión que efectúa el voto de prevención en relación a la acción típica de “introducir” exigida por el injusto de contrabando impropio, que sería también predicable respecto de la otra modalidad típica consistente en “extraer” mercancías. En efecto, en él se afirma que dicho comportamiento sólo puede ser entendido normativamente, como acto que genera deberes aduaneros. Si el disfrute de ciertos beneficios aduaneros se subordina al cumplimiento de ciertas condiciones, parece evidente que el injusto se satisfará cuando dichas condiciones se incumplan de modo que produzcan una defraudación tributaria aunque la “introducción” de la mercancía se hubiere efectuado con mucha antelación. Porque “la introducción de la mercancía no consiste en un hecho momentáneo, sino en su ingreso y permanencia en el territorio de que se trate, durante el tiempo en que ello pueda generar deberes aduaneros”.

Las condiciones pueden consistir en omitir ciertos comportamientos; por ello, en estos casos el supuesto de hecho del delito de contrabando impropio está constituido por la realización de una conducta inicial de ingreso de mercancías a un territorio que no está sujeto a un régimen tributario especial y en la infracción de ciertos deberes de abstención que producen como resultado una defraudación tributaria. La defraudación a la hacienda pública se comete, en estos casos, por medio de la internación de mercancías y el posterior incumplimiento de las condiciones de exención o beneficio aduanero, punible en virtud de lo dispuesto en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas.