

**PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LEY PENAL
EN EL TIEMPO DEL DELITO DE
FRAUDE ADUANERO**

María Inés Horvitz Lennon*

La Ley 19.738, de 19 de junio de 2001, introdujo diversas modificaciones a la Ordenanza de Aduanas (OA) contenida en el D.F.L. N° 2, de 1997, del Ministerio de Hacienda, algunas con relevante incidencia jurídico-penal como las que atingen a los delitos de fraude y contrabando, generándose de este modo una serie de interrogantes interpretativas que intentaremos resolver aquí:

1.- Se sustituyen los incisos 2° y 3° del artículo 168 de la OA y se reúnen, en una sola figura penal, dos modalidades de delito aduanero —que ahora pasa a denominarse unificadamente “contrabando”— que en la anterior legislación constituían delitos independientes o autónomos. La interrogante que surge, entonces, es si la modificación del artículo 168 OA afecta o no la existencia del antiguo delito de fraude aduanero.

2.- De la simple lectura del nuevo artículo 168 OA se desprende que el legislador sólo refundió dos tipos penales autónomos en una

* MARÍA INÉS HORVITZ LENNON. Abogada del Consejo de Defensa del Estado; Profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

sola figura delictiva cuyo *nomen iuris* es, ahora, “contrabando” (llámesele propio o impropio). En efecto, el comportamiento típico del antiguo delito de fraude aduanero, entendido como “todo acto que elude o frustra las disposiciones aduaneras precitadas (en el inciso anterior) con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquier forma” (art. 168 inciso 2º OA) pasa a constituir una modalidad delictiva del delito de contrabando en los siguientes términos: “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 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”. También incurre en este delito “el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes”.

En la nueva regulación, ambas modalidades delictivas comparten la actividad típica de “introducir” o “extraer” mercaderías, al o del territorio de la República o de un territorio de régimen tributario especial a uno de mayores gravámenes. Se diferencian en que en un caso, el delito se consuma por el solo hecho de realizar la conducta descrita en el tipo respecto de mercancías *prohibidas* o de *ilícito comercio* (se haya o no pagado tributos respecto de ellas). En la otra modalidad, en cambio, la acción debe recaer sobre mercancías de *lícito comercio*, pero respecto de las cuales se evada el pago de los tributos o no se presentan dichas mercancías a la Aduana. Llamaremos contrabando propio al primer delito y contrabando impropio (defraudación tributaria) al segundo.

Para resolver el problema planteado, esto es, si se encuentra o no derogado el delito de fraude aduanero, es necesario determinar:

- 1º Si existe una norma de la ley derogatoria que determine los efectos en el tiempo de las modificaciones legales introducidas;
- 2º En subsidio de lo anterior, si existió una voluntad clara del legislador de desincriminar el delito de fraude aduanero, y
- 3º 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 típica” o, por el contrario, si

debe predicarse un ámbito de diferencias que obligue a hacer aplicable el principio de retroactividad de la más favorable al reo.

1°. En 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 regirán 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 para el imputado.

Si, en cambio, las nuevas normas admiten ser consideradas como ley penal más favorable, entonces se plantea una cuestión de validez del artículo 9° transitorio de la Ley 19.738. Esto es así, porque, en una interpretación extendida entre nosotros, el artículo 19 N° 3 inciso 7° CPE impondría al legislador el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (en el mismo sentido, el artículo 18 CP). 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 Humanos.

La cuestión es, entonces, determinar si la nueva Ley 19.738 desincrimina el hecho punible constitutivo del anterior delito de fraude aduanero y, en caso que 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.

2°. El nuevo tipo penal contenido en el inciso 2° del artículo 168 OA sólo tiene una diferente designación (*nomen iuris*) y de redacción con el antiguo tipo penal que contenía el delito de fraude aduanero.

En cuanto a las interrogantes planteadas, es claro que la intención del legislador no fue desincriminar el fraude aduanero sino sólo

hacer una readecuación formal de su tipificación para regularlo conjuntamente con el delito de contrabando. Las razones para tal afirmación son las siguientes.

Primero: No existe ningún fundamento político-jurídico que permita 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, circunstancia que haría irracional e injustificada la decisión de desincriminación de un comportamiento inequívocamente relevante en este ámbito, como es la defraudación de tributos aduaneros.

Segundo: El artículo 24 de la Ley 19.738, que modificó la OA, expresa que “Las *referencias* que las leyes hacen a los delitos de fraude y contrabando descritos en el artículo 168 de la OA se entenderán hechas al delito de contrabando que contemplará ese cuerpo legal en virtud de las modificaciones previstas en el artículo 10, letra f) (debería decir e)), de esta ley”. Se trata, pues, de una mera adecuación semántica de la ley, pues existen numerosas referencias o designaciones nominales que hacen alusión al fraude, cuyo supuesto de hecho configura hoy en día un delito denominado “contrabando”. Esto es particularmente relevante en el caso de la propia OA, que en su epígrafe N° 3 del Título I del Libro III contiene la siguiente frase: “3.- Del contrabando y del fraude”, y en el encabezado del artículo 176 que establece que “Las personas que resulten responsables de los delitos de contrabando o fraude serán castigadas...”. Es evidente que, habiéndose modificado el *nomen iuris* del delito, deben hacerse las adecuaciones correspondientes.

Tercero: Que la intención del legislador no fue derogar el delito de fraude se aprecia, además, en la circunstancia que no modificó el artículo 179 que, justamente, contiene las denominadas “presunciones legales de fraude” y que, en rigor, constituyen modalidades de comisión de dicho delito (es más, podría argumentarse, en una interpretación literal estricta, que al referirse dicho precepto legal únicamente al delito de fraude no podría hacersele aplicable el artículo 24 de la Ley 19.738). Algunos de los comportamientos allí descritos constituyen inequívocamente acciones tendientes a introducir al territorio de la República mercancías de lícito comercio

con el fin de defraudar a la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos o la no presentación de las mismas a la Aduana.

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

Es más, la tipificación autónoma del delito contemplado en el nuevo artículo 168 bis, inciso 1° OA, referido a la exportación y, por tanto, de contrabando, constituye una modalidad de fraude conforme al artículo 179 a) OA. Sin embargo, constituyendo el supuesto de hecho típico del delito contenido en el inciso 1° del artículo 168 bis una hipótesis más específica que la contemplada en el artículo 179 a), está claro que nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes que debe resolverse, conforme al principio de especialidad, a favor del artículo 168 bis inciso 1° OA, cuando se produzca la hipótesis fáctica que dicho tipo penal prevé. La excepción a la regla anterior está constituida por el caso en que la actuación se haya realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.738, pues entonces sólo existía la presunción de fraude del artículo 179 a). En estos casos, resulta más favorable para el reo la aplicación del artículo 179 a), entendida como una modalidad de fraude, pues entonces resulta aplicable la pena del contrabando y no la más grave del delito específico contenido en el artículo 168 bis inciso 1° OA, todo ello sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre las presunciones de fraude y la aplicación de la ley penal en el tiempo (vid. infra 3°).

Cuarto: Es posible comprobar una identidad material entre la conducta típica del antiguo delito de fraude aduanero y el ahora conteni-

do en el delito de contrabando impropio. Advirtiendo la deficiente técnica legislativa utilizada en la configuración del delito, por la previsión de un tipo abierto y sumamente vago, el legislador decidió aprovechar la ocasión para mejorarla, como consta de las actas de la tramitación parlamentaria del Proyecto del Ley. La continuidad típica entre ambas figuras penales aparece de manifiesto en las denominadas “presunciones de fraude” contenidas en la antigua regulación y que no han sido derogadas, pues ellas consisten en la realización de conductas defraudatorias encaminadas a la elusión del pago de los tributos aduaneros.

3°. 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 (la introducida por la nueva ley). 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 esencia, el artículo 168 inciso 3° del nuevo texto de la OA contempla el mismo supuesto de hecho contemplado en el antiguo art. 168 OA.

Existe, eso sí, una importante diferencia en la regulación típica que produce relevantes consecuencias jurídico-penales: el 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 defraudación al Fisco, esto es, la causación de un efectivo 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 mercaderías que generan el pago de las mismas).

Como ya se adelantó, las presunciones legales de fraude no fueron modificadas por la Ley 19.738. Pero en cuanto ellas han sido interpretadas como modalidades del delito de fraude aduanero, sólo pueden subsistir en tanto resulten compatibles con la estructura típica del delito de contrabando impropio. En lo que no fuere así, deben entenderse derogadas tácitamente por la nueva Ley. Así, por ejemplo, las contempladas en el art. 179 letras b) y c) OA, pues los comportamientos que allí se describen a lo más pueden constituir fase preparatoria o de ejecución del delito de contrabando impropio.

En consecuencia, y como conclusión, la Ley 19.738 puede constituir ley penal más favorable para aquellos imputados o condenados que estuvieren siendo procesados o hayan sido condenados por delito de fraude aduanero por hechos que antes de la promulgación de la Ley 19.738 sólo constituían actos de ejecución imperfecta o inacabada del delito de contrabando impropio (tentativa, frustración).

Con relación a las circunstancias atenuantes contempladas en el artículo 10 letra g) N° 2 de la Ley 19.738, que modificó el artículo 176 inciso final OA, señalaremos lo siguiente:

En la antigua disposición, constituía una atenuante de responsabilidad criminal el pago de los derechos debidos realizado con posterioridad a la formalización de la denuncia respectiva. Esta norma era compatible con la estructura típica del delito de fraude que estaba configurado como un delito de peligro (no era necesaria la comprobación del perjuicio tributario efectivo para la consumación del delito). Por tanto, la consumación del delito se producía en forma previa a la producción del efectivo perjuicio fiscal, por lo que cualquier pago producido con posterioridad al mismo debía considerarse únicamente como constitutivo de una causal atenuante de responsabilidad criminal.

Por su parte, el nuevo delito de fraude, designado contrabando impropio, está configurado como un delito de resultado (que sí exige el perjuicio tributario). Por tanto, es necesario determinar en qué momento se produce la consumación del delito. A la luz de lo dispuesto en el artículo 176 inciso final letras a) y b), pareciera que la consumación se produce en el momento en que al introducir o extraer mercancías del país, corresponda la declaración y pago de los tributos correspondientes o la exhibición o presentación de las mercaderías a la Aduana. El acto de fiscalización es una conducta de comprobación que acaece con posterioridad a la consumación del

delito, cuando ya se ha producido la afectación del bien jurídico y, por ello, corresponde aplicar sólo una atenuante, regla que se recoge en la frase final del artículo 176. Sin embargo, para incentivar la realización de la conducta conforme a la norma, aun producida la consumación del delito, la ley establece una atenuante calificada para aquellas personas que realicen las conductas descritas en a) y b) señalados siempre que las lleven a cabo antes del acto de fiscalización. En tal sentido, estas hipótesis pueden constituirse en ley más favorable pues plantean una atenuante calificada en relación a una atenuante con efectos simples contenida en la regulación anterior.