

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO DE FRAUDE ADUANERO*

LUIS RODRIGUEZ COLLAO
Universidad Católica de Valparaíso

I INTRODUCCION

Para describir la figura de fraude aduanero, la ley utiliza una fórmula muy compleja: *define* primero el delito (art. 176 Ord. Ads.) y contempla enseguida varias *presunciones de responsabilidad* que complementan y particularizan aquella definición (art. 187 Ord. Ads.)

Al adoptar este procedimiento, la Ordenanza de Aduanas se aparta de los cánones tradicionales en materia de técnica legislativa, pues no delimita con claridad el número y el sentido de las conductas que integran el tipo, ni deja convenientemente precisado cuál es el objeto de la prohibición. En estas circunstancias, no es de extrañar que el delito de fraude aduanero tradicionalmente haya planteado numerosas dificultades de interpretación y frecuentes dudas acerca de si determinada conducta se halla o no comprendida en el tipo.

Estos problemas se han acrecentado a partir de la entrada en vigencia de la Carta de 1980, pues al parecer la fórmula utilizada para describir aquel delito hoy no sólo sería criticable por apartarse

* El presente trabajo es una publicación derivada del proyecto de investigación que sobre el tema *Principios que orientan el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado en el ámbito jurídico-aduanero*, desarrolló su autor con el patrocinio de FONDECYT, durante el año 1992.

de los criterios que impone una buena técnica legislativa, sino que también por estar en contradicción con principios que ahora ostentan la máxima jerarquía normativa a raíz de su inclusión en dicho texto constitucional

Sin pretender examinar comprensivamente todos los problemas que suscita el delito de fraude aduanero, estas reflexiones sólo tienen por objeto juzgar la constitucionalidad de los preceptos que consagran aquella figura, teniendo en cuenta especialmente los requerimientos que plantea la actual formulación del principio de reserva o legalidad

II ALCANCE Y FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de *reserva o legalidad*, base sobre la cual se sustenta el derecho penal contemporáneo, posee tres manifestaciones concretas: *exclusividad* (sólo la ley puede operar como fuente en este sector del ordenamiento jurídico); *irretroactividad* (las leyes que operan como fuente del derecho penal sólo pueden ser aplicadas a hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia) y *tipicidad* (las leyes que crean delitos y establecen penas deben estar redactadas en términos precisos, de modo que no dejen la posibilidad de extender su aplicación a hechos no comprendidos expresamente en su texto). Estas tres manifestaciones del principio de legalidad no sólo tienen vigencia en relación con el delito, sino que también respecto a la pena, al procedimiento y al tribunal encargado de imponer las sanciones.

En lo que concierne a los fundamentos del principio de legalidad, cabe recordar que éste representa una garantía para las personas -carácter con el cual figura a lo largo de toda la historia constitucional de Chile- y que aparece sustentado en dos criterios muy vinculados entre sí, pero perfectamente diferenciables: *seguridad* y *certeza*. Concerniente a lo primero, el principio de reserva garantiza a los súbditos que no se verán expuestos a un trato discriminatorio por parte de las autoridades a quienes corresponda aplicar y ejecutar las

sanciones penales, y en relación con lo segundo, permite a cada uno de nosotros conocer perfectamente los criterios de ilicitud, de modo que nadie sea condenado por hechos que estuvieron fuera de sus posibilidades de previsión al momento de delinquir.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCION DE 1980

Existe una gran diferencia entre la forma en que el principio de reserva o legalidad aparecía tratado en la Constitución de 1925 y aquella en que lo consagra la Carta de 1980. Recordemos que la primera -en su artículo 11- contemplaba una fórmula muy imprecisa en el sentido de que "nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

La Constitución de 1925 dio cabida únicamente a dos de las manifestaciones del principio de reserva: exclusividad e irretroactividad. La falta de una referencia expresa al concepto de tipicidad, permitió que, durante ese texto constitucional, se dictara una serie de preceptos que pasó por alto aquella exigencia, siendo muy común en esa época el empleo de cláusulas generales para la tipificación de los delitos, como es el caso de aquella que utiliza el artículo 176 Ord. Ads. para describir la figura de fraude aduanero.

La Carta de 1980, a diferencia de su antecesora, desarrolló en forma mucho más detallada el principio de reserva legalidad, y su principal mérito en el campo penal radica en haber consagrado definitivamente la noción de tipicidad. Los incisos séptimo y octavo del artículo 19 N° 3 de la Constitución actual, en efecto, disponen que "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado" y que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

La redacción empleada por el Constituyente de 1980 no deja lugar a dudas en orden a la consagración del principio de tipicidad,

pues la norma constitucional ahora no se conforma con exigir que el delito aparezca contemplado en una ley, sino que además indica la forma en que éste ha de ser tipificado, es decir, a través de la descripción de una conducta. En otras palabras, ningún tipo puede omitir el señalamiento de la conducta precisa y determinada que se pretende sancionar.

De lo expuesto puede colegirse que la norma constitucional impone un doble límite a la actividad legislativa: por una parte, no puede crear tipos que prescindan del elemento conducta y, por otra, los actos sancionados deben expresarse con tal precisión que no quede lugar a duda sobre el sentido y alcance del comportamiento humano que se estima merecedor de castigo.

IV SENTIDO DE LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD

La exigencia de tipicidad, desde luego, no puede ser explicada recurriendo a criterios meramente formales, por ser aquélla la instancia en la cual se concretan de modo más significativo los fundamentos del principio de legalidad. En otras palabras, la necesidad de garantizar a las personas condiciones mínimas de certeza y de seguridad frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, supone entender de modo estrictamente sustantivo la exigencia de que todo tipo contenga la descripción de una conducta.

Por la razón antes indicada, aunque las conductas delictuales se expresan en el ámbito legislativo a través de un verbo, el hecho de que un tipo determinado contenga una fórmula verbal no es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional, si aquélla tiene un alcance estrictamente formal. Para satisfacer debidamente el requisito de tipicidad, es necesario que la conducta se exprese a través de una cláusula verbal autodenotativa, es decir, con un sentido propio y autónomo. Así, pues, no cumplen aquella exigencia fórmulas como *el que infringiere tal o cual texto normativo o el que no cumpliera las obligaciones establecidas en determinado texto*, porque en ambos casos las cláusulas verbales tienen un sentido exclusivamente formal. En cambio, sí cumplen el requisito de tipicidad y

son verdaderas conductas, por tener un sentido propio y autónomo, las que se expresan -pensando en el delito que motiva estos comentarios- a través de fórmulas verbales como *vender, importar o exportar*

Con lo dicho hasta ahora, queda de manifiesto que la Constitución de 1980 en cuanto consagra la noción de tipicidad y prohíbe recurrir a fórmulas vagas o cláusulas generales para tipificar los delitos, denota un apego más irrestricto a las ideas directrices de seguridad y certeza, las cuales, como hemos explicado, constituyen el verdadero fundamento del principio de reserva o legalidad.

V LAS PRESUNCIONES DE FRAUDE ADUANERO

Como ya lo adelantamos, el artículo 187 Ord. Ads. dispone que "se presumen responsables del delito de fraude las personas que cometan o intervengan en los siguientes actos..." Consigna enseguida siete hipótesis presuncionales que, con fines meramente ilustrativos, podemos resumir en la siguiente forma:

- a) Efectuar declaraciones falsas en los documentos necesarios para importar o exportar una mercancía.
- b) Redactar o presentar documentos falsos en el curso de una operación de importación o exportación.
- c) Ocultar mercancías para no declararlas ante el Servicio de Aduanas.
- d) Obtener engañosamente una liberación o una reducción de tributos indebida.
- e) Emplear con distinto fin mercancías que se importan con la condición de un uso determinado de ellas.
- f) Utilizar comercialmente o disponer de mercancías que han ingresado al país bajo el régimen de admisión temporal o almacén particular.

- g) Exportar, enajenar, arrendar o destinar a una finalidad no productiva, mercancías importadas bajo régimen de pago diferido de tributos aduaneros.

VI. SENTIDO DE LAS LLAMADAS PRESUNCIONES DE RESPONSABILIDAD

Los términos en que aparece redactada la parte inicial del artículo 187 Ord. Ads. ciertamente son erróneos. Según reza textualmente la disposición, las siete hipótesis que ella describe serían *presunciones de responsabilidad criminal* o, para decirlo en términos más exactos, *presunciones de responsabilidad a título de autoría* en el delito de fraude. Sin embargo, poderosas razones impiden atribuir a esas hipótesis el carácter que parece desprenderse de la letra de aquél precepto.

En primer término, según el artículo 44 del Código Civil de Chile "se dice presumirse el hecho que se desprende de antecedentes o circunstancias conocidos". Esto equivale a decir que, de conformidad con esta norma, en toda presunción lo deducido es siempre un *hecho* y así, por lo demás, lo reconoce en forma unánime la tradición civilística, al afirmar que ese medio de prueba no es susceptible de ser utilizado para acreditar el derecho o algún fenómeno jurídico.

La responsabilidad criminal, según el parecer unánime de la doctrina penal contemporánea, es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito y puede ser definida como la obligación de soportar el castigo que la ley ha previsto para quien ejecutare el hecho delictivo. En consecuencia, la responsabilidad criminal, a diferencia del delito que le sirve de presupuesto, no es un hecho real, sino que es un fenómeno jurídico y, en tal carácter, no puede ser objeto de una presunción, como erróneamente parece afirmarlo el artículo 187 Ord. Ads. al decir que bajo determinados presupuestos, se presume responsabilidad a título de fraude.

Ahora, si el sentido de la norma fuera el de establecer una presunción de autoría en ese mismo delito, aquélla sería una presunción de derecho y, como tal, vulneraría lo dispuesto por el artículo 19 N°

3 inciso sexto de la Constitución, el cual declara que no puede presumirse de derecho la responsabilidad criminal. Este último precepto -aunque incurre en el mismo desacierto que criticamos a propósito del artículo 187 Ord. Ads., puesto que también supone que es posible presumir la responsabilidad criminal- tiene, sin embargo, un sentido muy claro, como es el de impedir que la ley presuma los *presupuestos fácticos* de la responsabilidad penal, los cuales, atendida su naturaleza, sí pueden ser objeto de una presunción.

El grado de intervención en un hecho delictivo es un problema de tipicidad y las presunciones de derecho que pudieran establecerse a nivel de ese elemento del delito -en cuanto es efectivamente un presupuesto de la responsabilidad criminal- se encuentran prohibidas por el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución actualmente vigente. Este es, por lo demás, el sentido que indudablemente quisieron darle a esa norma sus propios redactores, como fluye claramente del Acta de la sesión N° 124 (página 11) de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, en la cual se consigna, a instancias de don Miguel Schweitzer, que "lo enteramente inadmisibles es que por la vía de las presunciones de derecho se dé por establecida, ya sea la existencia del hecho como constitutivo de delito o el grado de participación que el sujeto tenga en él..."

Partiendo, entonces, de la base que la estructura de toda norma de presunción es básicamente de deducción de un hecho a partir de otro, lo cual implica que debe haber un hecho desconocido que la norma suponga existente, y como este requisito por cierto no se da en las hipótesis del artículo 187 Ord. Ads., debe concluirse que éstas no constituyen verdaderas presunciones, sino que tienen el alcance de asignar directamente el carácter de delito a las conductas que ellas contemplan.

El delito de fraude aduanero aparece así integrado por siete hipótesis alternativas, las cuales desde la óptica del principio de tipicidad, no ofrecen dificultades. En la totalidad de los casos, se trata de conductas expresadas bajo fórmulas verbales autodenotativas, con un significado claro y preciso, que se ajusta cabalmente a las exigencias de la norma constitucional, como se desprende de una simple lectura de las hipótesis reseñadas en el acápite precedente.

VII. SOBRE LA DEFINICION GENERICA DE FRAUDE ADUANERO

El artículo 176 Ord. Ads. en su inciso primero dispone que "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 los delitos de fraude y de contrabando".

El inciso segundo de la misma disposición, por su parte, agrega que "fraude aduanero es todo acto que eluda o frustre las disposiciones aduaneras precitadas con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquiera forma".

Por los términos tan amplios en que aparece redactada esta última disposición podría quedar comprendido un conjunto muy vasto de conductas que evidentemente no tienen un lugar en las hipótesis que describe el artículo 187 Ord. Ads. Por nombrar sólo algunos ejemplos, y puesto que la totalidad de aquellas hipótesis gira en torno a las operaciones de importación, exportación, admisión temporal y almacén particular, la definición de fraude cubre numerosas conductas irregulares que podrían darse respecto de otras destinaciones aduaneras, como es el caso del tránsito, el transbordo, la redestinación y la reexpedición; ninguna de las cuales encuadra en las figuras que describe el citado artículo 187 Ord. Ads. Lo mismo cabe decir, incluso, respecto de conductas referidas a las propias operaciones que ese precepto menciona: en el caso de la admisión temporal, por ejemplo, la hipótesis respectiva sólo alude al hecho de usar comercialmente o de disponer de las mercancías sujetas a ese régimen, pero nada dice sobre las numerosas defraudaciones que podrían ejecutarse para eludir el pago de la tasa que grava esa destinación aduanera, todas las cuales, en cambio, sí quedan comprendidas en la definición genérica de fraude.

Se hace necesario, en consecuencia, determinar si la pena prevista para el delito de fraude aduanero es aplicable respecto de aquellas conductas que sin estar incluidas en las hipótesis del artículo 187 Ord. Ads., encuadran, sin embargo, en la definición genérica que contempla el artículo 176 Ord. Ads.

VIII SENTIDO DE LA DEFINICION GENERICA DE FRAUDE

Si nos atenemos a la exigencia de tipicidad que contempla el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, el precepto que bajo la fórmula de una *definición* consigna el inciso segundo del artículo 176 Ord. Ads. no constituye jurídicamente un tipo penal. Es cierto que esta última disposición aparece construida sobre la base de una cláusula verbal -eludir o frustrar las normas de la Ordenanza de Aduanas o de otras leyes-, pero se trata, como es evidente, de una referencia meramente formal, carente de significado, y que, por esto, no logra concretar los fundamentos que sirven de base al principio de reserva o legalidad.

En efecto, dada la amplitud de los términos en que aparece redactada la definición de fraude ella podría dar cabida a un sinnúmero de conductas cuya delimitación, en último término, quedaría entregada al tribunal, con lo cual se tornaría en ilusoria la garantía de seguridad que importa aquel principio. Asimismo, de estimarse que aquella definición reúne los requisitos necesarios para ser considerada como un tipo, no habría certeza para los súbditos respecto de los hechos que quedarían comprendidos en el precepto, sobre todo, si consideramos que de acuerdo con el propio artículo 176 Ord. Ads. el hecho incriminado -esto es, cualquier acto que infrinja las disposiciones contenidas en la Ordenanza de Aduanas o en otras leyes- suele ser constitutivo tanto de un delito como de una infracción administrativa.

En suma, puesto que la fórmula verbal utilizada por el artículo 176 Ord. Ads. carece de un significado preciso y al no haberse efectuado una delimitación legal de los actos que eventualmente podrían quedar comprendidos en el precepto, forzoso es concluir que éste no contiene la descripción de la conducta incriminada, requisito indispensable para que estemos en presencia de un verdadero tipo penal, de acuerdo con la actual normativa constitucional. Por este motivo, la disposición que comentamos no puede ser invocada para castigar a título de fraude aduanero, y los únicos actos susceptibles de ser sancionados según ese título son aquellos que están comprendidos en las hipótesis que describe el artículo 187 Ord. Ads.

Un argumento adicional contribuye a reforzar la tesis que venimos sustentando: a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, varias leyes han creado tipos penales específicos a través de los cuales se pretende sancionar conductas que encuadran en la descripción genérica que contiene el artículo 176 Ord. Ads., por que evidentemente constituyen formas de infringir o eludir disposiciones legales de índole aduanera y suponen el ánimo de perjudicar los intereses fiscales.

Es el caso, por ejemplo, de la ley N° 18.634, vigente desde el 5 de agosto de 1987, que agregó una nueva hipótesis de fraude (aquella que figura bajo la letra g, en la reseña efectuada en el acápite V. de este trabajo) y que, además, contiene tres tipos autónomos en sus artículos 29, 30 y 31. Como una manifestación de la misma tendencia podemos citar los tipos creados por el artículo 7° de la ley N° 18.480 y por el artículo 7° de la ley N° 18.708.

El camino seguido por el legislador demuestra que no es posible castigar a título de fraude aduanero aquellos hechos que no estén comprendidos en las hipótesis del artículo 187 Ord. Ads., aun cuando puedan subsumirse en la definición genérica del artículo 176 Ord. Ads., puesto que si tal cosa fuera posible, no habría sido necesario crear tipos especiales para sancionar conductas que evidentemente están incluidas en esa definición.

IX. FUNCION DOGMATICA DE LA DEFINICION DE FRAUDE

Si la disposición del artículo 176 Ord. Ads., como hemos afirmado, no cumple una función tipificadora ni puede fundarse en ella el castigo de una conducta concreta, debemos preguntarnos cuál es el papel que cumple dicha norma.

En nuestro concepto, la disposición aludida en ningún caso es superflua y tiene efectivamente un sentido muy claro. La razón de su inclusión en el texto de la Ordenanza de Aduanas debe buscarse en el propio significado que la expresión fraude tiene en la dogmática tradicional de los delitos contra la propiedad y que por cierto recoge nuestro Código Penal. Las expresiones fraude y defraudación, cuan-

do están referidas a una maquinación engañosa, aluden a un hecho delictivo que aparece integrado por cinco elementos: el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio y la relación de causalidad entre esos cuatro componentes. Esto quiere decir que el perjuicio es un factor inherente al concepto de fraude por engaño.

Como las hipótesis del artículo 187 Ord. Ads., según se desprende de su propia redacción, giran en torno a la idea de engaño y habiendo utilizado expresamente ese texto el vocablo fraude, de no haberse consignado nada en contrario, la figura allí contemplada habría requerido la concurrencia de perjuicio patrimonial para su configuración. Sin embargo, el legislador optó por un camino diferente y decidió adelantar el momento de la consumación del delito a una etapa previa a la verificación del perjuicio. Así queda de manifiesto por las expresiones utilizadas en el artículo 176 Ord. Ads., el cual señala que para la configuración de esta forma de fraude basta *el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquiera forma*.

En consecuencia, el artículo 176 Ord. Ads., más que definir el delito de fraude aduanero, tiene por misión exigir la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, el cual, por cierto, es aplicable a todas las hipótesis conductuales que describe el artículo 187 Ord. Ads. y en la práctica implica que, desde el punto de vista subjetivo, para la configuración de aquel delito no sólo se requiere el dolo, representado por el conocimiento y la voluntad referidos a cada una de esas conductas, sino que además se precisa la intención de perjudicar el interés patrimonial del Fisco.

X. CONCLUSIONES

Aunque el artículo 187 Ord. Ads. dice presumir, bajo ciertas circunstancias, responsabilidad criminal a título de fraude aduanero, ese precepto no contempla verdaderas presunciones, sino que asigna directamente el carácter de delictiva a cada una de las hipótesis descritas.

Tomando en cuenta que el artículo 19 N° 3, inciso octavo, de la Constitución exige que los tipos estén estructurados sobre la base de

una conducta específica y puesto que el artículo 187 Ord. Ads. consagra siete hipótesis conductuales con un contenido muy preciso, debe concluirse que esta disposición cumple cabalmente los requisitos exigidos por la normativa constitucional en materia de tipicidad.

La disposición que contiene el artículo 176 Ord. Ads. no cumple las exigencias formuladas por el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, por aparecer redactada en términos estrictamente formales y omite señalar una conducta concreta. En estas circunstancias no es un verdadero tipo penal.

El delito de fraude aduanero, en consecuencia, está integrado únicamente por las siete conductas alternativas que contempla el artículo 187 Ord. Ads. Fuera de estos casos, no es posible sancionar a ese título, aunque determinada conducta sea susceptible de ser subsumida bajo los términos formales en que aparece redactado el artículo 176 Ord. Ads. El castigo fundado exclusivamente en este último precepto, vulneraría el principio de tipicidad y sería, por esto, inconstitucional.

No siendo jurídicamente un tipo, el verdadero rol que cumple la disposición del artículo 176 Ords. Ads. es el de exigir la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, consistente en la intención de perjudicar los intereses fiscales, el cual es aplicable a todas las hipótesis que contempla el artículo 187 Ord. Ads.