

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

**PROPUESTA DE REGULACIÓN
DELITOS ADUANEROS**

María Magdalena Ossandón Widow
5 de noviembre de 2013

Articulado

Título xx **Delitos aduaneros**

§ 1. Del contrabando y otros delitos aduaneros

Artículo A.- El que introdujere al territorio nacional, o extrajere de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encontraren prohibidas, será castigado con la pena de prisión de 3 a 5 años o multa de dos a cinco veces el valor de las especies o con ambas penas a la vez.

Las mismas penas serán aplicables a quien ejecutare las conductas previstas en el artículo anterior respecto de mercancías cuya importación o exportación requiera de autorización, cuando se infringieren las normas que establecen los requisitos para obtenerla [, o cuando se procediere sin haberla obtenido].

Artículo B.- El que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraudare a la hacienda pública evadiendo el pago de los tributos que pudieren corresponderle, sea mediante engaño, ocultación de la mercancía o su no presentación a la Aduana, será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años o con multa de una a cinco veces el valor de las mercancías o con ambas penas a la vez.

Las mismas penas serán aplicables a quien introdujere 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 el inciso precedente.

Artículo C.- El que presente una declaración maliciosamente falsa del origen, peso, cantidad, contenido u otras características relevantes de las mercancías de exportación, será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años o multa de hasta cinco veces el valor aduanero de las mercancías.

Con la misma pena será castigado el que alterare, forjare o falsificare ideológicamente las certificaciones o análisis exigidos para establecer el origen, peso, cantidad o contenido u otras características relevantes de las mercancías de exportación.

Artículo D.- El que empleare 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, será castigo con la pena de prisión de 1 a 5 años o multa de una a cinco veces el valor de la mercancía o ambas penas a la vez.

Las mismas penas se aplicarán a quienes vendieren, dispusieren o cedieren a cualquier título y a quienes consumieren o utilizaren en forma industrial o comercial mercancías sujetas al régimen suspensivo de derechos de admisión temporal o almacenaje particular sin haber

cubierto previamente los respectivos derechos, impuestos y otros gravámenes que las afectaren o sin haber retornado a la potestad aduanera y cumplido las obligaciones existentes a su respecto, una vez expirado el plazo de la franquicia.

Artículo E.- El que exportare, enajenare, arrendare o destinare a una finalidad no productiva los bienes respecto de los cuales se hubiere obtenido el beneficio de pago diferido de tributos aduaneros, sin que se hubiere pagado el total de la deuda, o sin haber obtenido autorización del Servicio de Aduanas en el caso de la enajenación o del arrendamiento será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años o multa de una a tres veces el valor de la mercancía.

Artículo F.- El que, con ánimo de lucro propio o de un tercero, adquiriera o reciba mercancías conociendo o debiendo conocer que han sido objeto de alguno de los delitos a que se refiere este Título, será sancionado con las penas establecidas en los artículos anteriores para el respectivo delito rebajadas en un grado.

No operará la rebaja en grado cuando el que adquiere o recibe las mercancías lo hace para traficar con ellas.

Artículo G.- Los responsables o administradores, de hecho o de derecho, de la empresa, proyecto o actividad implicados en el hecho y, especialmente, sus representantes, directores y gerentes, que conociendo o debiendo conocer de la perpetración del delito, no hubieren procurado impedirlo pudiendo hacerlo, serán castigados como cómplices en los delitos descritos en este Título.

Artículo H.- Los delitos a que se refiere este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.

Artículo I.- En los delitos a que se refiere este Título, no podrá aplicarse pena exclusivamente pecuniaria a la persona que tuviere la calidad de reincidente según el Código Penal.

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

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

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

El pago posterior a la fiscalización configurará la atenuante general del artículo xx del Código Penal.

Artículo J.- Cuando deba aplicarse multas con relación al valor de la mercancía, a falta de ésta se tomarán como referencia para determinarlo, la factura comercial, el conocimiento de embarque, el manifiesto, carta de porte, guía aérea o cualquier otro documento original que acepte el tribunal para acreditar dicho valor de una manera exacta y fidedigna.

Cuando no pueda acreditarse el valor de una mercancía en forma fehaciente, se tomará el valor que corresponda o pudiera corresponder a otras análogas. Este valor se calculará, considerando el precio o costos medios, incluyendo el flete, seguro y otros gastos hasta el puerto de destino, teniendo presente todos los elementos de dicho valor en un mercado normal. Si ni aún así pudiere determinarse el valor, se aplicará una multa de 20 hasta 300 Unidades Tributarias Mensuales.

§ 2. Del proceso penal

Artículo K.- Los delitos aduaneros serán investigados y juzgados conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal. Respecto de ellos el Servicio Nacional de Aduanas ejercerá los derechos que confiere a la víctima el mismo Código. En todo caso, los acuerdos reparatorios que se celebren por estos delitos, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, que sólo podrán decir relación con los hechos previstos en los artículos 168 ter, 181 y 181 bis de esta Ordenanza, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la multa, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 del Código Tributario.

Artículo L.- Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos aduaneros podrán ser llevadas adelante de oficio por el Ministerio Público. El Servicio podrá querellarse en ellas. Con todo, la querrela podrá también ser interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director Nacional.

La representación y defensa del Fisco en las investigaciones penales relativas a estos delitos y en los procesos que se incoen corresponderán sólo al Director Nacional, por sí o por medio de mandatario, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso.

El Ministerio Público informará al Servicio Nacional de Aduanas, a la brevedad posible, los antecedentes relacionados con delitos que pudieren dar lugar a su intervención.

Fundamentación general

1. Advertencia preliminar

Esta presentación se basa en el *Estudio de una nueva regulación del sistema sancionatorio contenido en la ordenanza de aduanas*, elaborado por un grupo de profesores de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por encargo del Servicio Nacional de Aduanas, en el año 2008. La parte relativa a los delitos aduaneros fue desarrollada, fundamentalmente, por los profesores Luis Rodríguez Collao y la suscrita; y la relativa a las normas procesales, por el profesor Guillermo Oliver Calderón.

Dicha propuesta, así como su reformulación para esta comisión, tiene como punto de partida la regulación vigente contenida en la Ordenanza de Aduanas, reformada por la Ley N° 19.738 de 19 de junio de 2001. Pero intentamos superar el anacronismo, la contradicción con algunos principios básicos del Derecho penal, y las incoherencias internas producto de las diversas enmiendas parciales de que fue objeto el Libro III de la OA; todo ello sin dejar de aspirar a una regulación penal funcional y eficiente, que considere las peculiaridades de las conductas que se sancionan.

2. Ubicación sistemática

La tradición en el derecho chileno es que los delitos y las infracciones aduaneras estén contemplados dentro de la Ordenanza de Aduanas, pero las opciones legislativas del derecho comparado ofrecen diversas opciones; desde su regulación en el Código penal (Brasil, Cuba y Colombia), fuera del Código Penal, conjuntamente con los delitos tributarios (Alemania), en el Código Aduanero (Argentina y Francia), o en una ley especial para la tipificación del ilícito aduanero (España, Italia y Portugal).

Rompiendo la tradición chilena, el Anteproyecto de Código Penal de 2005 introduce los delitos aduaneros en su articulado, pero en forma separada de los delitos tributarios, bajo la rúbrica *Del contrabando y otros delitos aduaneros*, dentro de un título denominado *Delitos contra la propiedad intelectual, industrial, el sistema financiero y otros delitos económicos*.

Entendemos que existen razones que avalan las diversas opciones, y que en el contexto de una nueva codificación la decisión ha de ser más general, es decir, ha de abarcar tanto ésta como otras materias de características similares. Fundamentalmente, todas aquellas materias que, reguladas actualmente fuera del Código penal, son de gran complejidad técnica y de carácter más o menos variable, en que existe un sistema administrativo regulatorio del que depende esencialmente la configuración del ilícito penal, y en que es necesario coordinar la reacción penal con el sistema administrativo sancionador.

Mantener la tipificación del ilícito aduanero en la Ordenanza de Aduanas parece conveniente por los estrechos vínculos que hay entre los delitos penales y las infracciones administrativas y por la relación de complementariedad que es posible establecer entre ambos sistemas normativos. Más aún, consideramos que uno de los aspectos más destacables de la actual regulación del Libro III de la OA es el hecho de llevar a cabo un tratamiento conjunto del ilícito aduanero, que comprende tanto su dimensión penal, como sus connotaciones administrativas y procesales. De este modo, además, no cabe ninguna duda de que los términos

empleados en la tipificación de las conductas han de ser concebidos de conformidad con las definiciones que contiene la OA.

La posibilidad de asimilar el ilícito aduanero con el ilícito tributario y establecer un solo régimen penal y jurisdiccional para ambas clases de infracciones la descartamos por varias razones. Para empezar, porque el ilícito aduanero no se orienta únicamente a la protección del patrimonio público, como sucede en el caso del ilícito tributario, sino que también se dirige a la tutela de valores que carecen de toda connotación financiera (salud pública, seguridad pública, medio ambiente, patrimonio histórico y cultural, etc.). Incluso situándonos en una perspectiva estrictamente tributaria, no podemos pasar por alto que todas las legislaciones contemplan estatutos jurídicos diversos para los gravámenes de orden interno y para los gravámenes aduaneros, por reconocer que entre una y otra clase de tributos hay una diversidad que se expresa tanto a nivel de fundamentos, como de objeto gravado, sujeto pasivo y de objetivos. En particular, los delitos tributarios suponen un vínculo de subordinación del sujeto activo a la Administración, con carácter de cierta permanencia: quien delinque posee la calidad jurídica de contribuyente; en el caso de las infracciones aduaneras, en cambio, el delito puede ser ejecutado por cualquier persona que entre en contacto con la función aduanera, al margen de todo requisito de índole personal. De ahí que ni siquiera a nivel de recaudación tributaria, que es un campo compartido por ambas clases de infracciones, pueda establecerse alguna suerte de asimilación. Por último, la existencia de tribunales con competencia para conocer de las cuestiones de orden tributario y aduanero tampoco obliga a estipular un régimen penal unitario, materia que no es de su competencia.

Con todo, las disposiciones propuestas pueden ser trasladadas sin mayores inconvenientes al Código penal, lo que haría necesario incorporar las cuestiones relativas al procedimiento, a su vez, en el Código procesal penal.

En cualquier caso, se regule en el Código penal o en la OA, no consideramos necesario establecer una regulación especial para los múltiples aspectos que actualmente son regulados en la OA, como por ejemplo, lo referente a plazos de prescripción, delitos de falsedad cometidos como medio para cometer el delito aduanero, régimen de conversión de las multas, etc., los que deberán regirse de conformidad con las reglas generales.

3. Bien jurídicamente protegido

En relación con este tema es posible distinguir dos corrientes de opinión fundamentales: la de quienes creen que es posible determinar un objeto de tutela exclusivo o preponderante entre varios otros, pero común a todas las infracciones –sea que se le identifique como el patrimonio fiscal, el orden público económico o la función de control aduanero–, y la de quienes niegan esa posibilidad, por estimar que no existe un interés común a todos los tipos.

La propuesta se funda, en primer término, en que no es posible vincular los delitos aduaneros exclusivamente con la protección del *orden público económico* –aunque es incuestionable que la política aduanera tiene incidencia en la obtención de determinadas metas económicas–, o con el patrimonio público, básicamente porque hay conductas que son (y que merecen seguir siendo) incriminadas, pese a que no tienen connotaciones pecuniarias. Tal es el caso de la circulación a través de las fronteras de bienes cuya internación o exportación estuviere prohibida por la necesidad de proteger, por ejemplo, la salud pública, el patrimonio histórico o cultural, el medioambiente u otros intereses de análoga significación.

Frente a la posibilidad de estructurar los delitos aduaneros como un conjunto de conductas delictivas vinculadas con la *hacienda pública*, en forma separada de aquellas que vulneran intereses extra-patrimoniales, cabe recordar que la función aduanera es básicamente una actividad de control que no se circunscribe a la recaudación de tributos (vid. artículo 1º de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas y el artículo 152 letra b) de la OA). De modo que una consideración parcializada de las conductas delictivas que inciden en el paso de mercancías a través de las fronteras importaría desvirtuar el sentido de aquella función estatal. Asimismo, desde un punto de vista de técnica-legislativa, parece más aconsejable reunir todas las infracciones que inciden en el tráfico internacional de bienes, tanto para evitar repeticiones inútiles, como para optimizar la labor preventiva y represiva.

Por último, no se puede identificar a la *función aduanera* –actividad estatal definida en el artículo 1º de la LO del Servicio de Aduanas–, como el interés tutelado. La función ejercida por un órgano de la Administración por sí sola no es suficiente para legitimar la intervención penal, pues carece del sentido personalista que debe tener el bien jurídico y porque no aporta un fundamento sólido a las diferenciaciones que es preciso establecer entre las distintas conductas que han de ser tipificadas.

Entonces, partiendo de la base de que la función aduanera es una actividad de control sobre el tráfico internacional de mercancías, que se concreta en un doble objetivo: la percepción tributaria y la fiscalización de las prohibiciones y restricciones que la ley establece respecto de ese tráfico, la propuesta se funda en un planteamiento pluriofensivo que considera tanto la necesidad de proteger el patrimonio público como los valores que sirven de base a aquellas limitaciones, entre los que se cuentan: la salud pública, el medio ambiente, la seguridad pública y el patrimonio histórico y cultural.

4. Otros aspectos a regular

No incluimos disposiciones sobre algunas cuestiones que deberían ser objeto de regulación expresa, pues ellas no se relacionan solo con los delitos aduaneros sino que deberían existir con un alcance más general. En particular, temas como los siguientes:

- a) Responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito se comete en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo.
- b) Sistema de primacía de la potestad penal por sobre la potestad sancionatoria –de la Aduana en este caso— para evitar una vulneración del principio *non bis in idem*.
- c) Regulación de las diversas hipótesis concursales.

Justificación particular

§ 1. Del contrabando y otros delitos aduaneros

Antiguamente nuestra ley empleaba la distinción bipartita entre fraude aduanero y contrabando, un criterio de política legislativa que alcanzó gran difusión en Iberoamérica durante la primera mitad del siglo XX. En los textos legales más recientes, en cambio, se ha hecho costumbre reunir —bajo la denominación genérica de contrabando— la totalidad de las conductas que el legislador estima merecedoras de castigo en sede penal¹. Al adoptarse esta fórmula, varias de las acciones que tradicionalmente habían sido concebidas como ejemplos de defraudación aduanera han cambiado su título de castigo por el de contrabando, quedando las restantes sometidas a las prescripciones generales en materia de fraudes por engaño o falsedad documental.

Aquí seguiremos esta última tendencia, teniendo en cuenta que la reforma de la Ley N° 19.738 de 2001, ya había adoptado un concepto amplio de contrabando y parece preferible profundizar en esa decisión e impetrar por su concreción normativa, antes que volver al sistema vigente con anterioridad; además, por las dificultades prácticas que trae consigo la delimitación entre lo fraudulento y lo clandestino, especialmente cuando ambas cualidades coinciden en un mismo comportamiento.

En todo caso, el sistema se estructura sobre la base de dos tipos fundamentales que no se distinguen por la modalidad de la conducta, sino por su objeto de protección: el contrabando *propio*, relativa a la internación o extracción de mercancías cuya exportación o importación está prohibida, y el de contrabando *impropio*, cuando se trate de operaciones que afecten el patrimonio del Estado.

Artículo A. *El que introdujere al territorio nacional, o extrajere de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encontraren prohibidas, será castigado con la pena de prisión de 3 a 5 años o multa de dos a cinco veces el valor de las especies o con ambas penas a la vez.*

Las mismas penas serán aplicables a quien ejecutare las conductas previstas en el inciso anterior respecto de mercancías cuya importación o exportación requiera de autorización, cuando se infringieren las normas que establecen los requisitos para obtenerla [, o cuando se procediere sin haberla obtenido].

Esta disposición contempla lo que se conoce como *contrabando propio*, manteniendo la fórmula actual que describe la conducta como *introducir* o *extraer* —expresiones más adecuadas que “importar” o “exportar”, conceptos jurídicamente definidos que implican siempre una actividad inserta en la legalidad— mercancías cuya importación o exportación se encontrare prohibida.

Es una ley penal en blanco que cumple las exigencias constitucionales en materia de taxatividad, pues indica con bastante precisión cuál es el comportamiento típico, aunque

¹ Vgr. la legislación española, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica N° 7, de 13 de julio de 1982, sobre *Delitos e infracciones de contrabando*; los artículos 863 a 868 del Código Aduanero argentino y el artículo 334 del Código Penal de Brasil. Conservan, en cambio, la distinción entre contrabando y fraude aduanero la Ley N° 20.008, de 2003, de Perú; el Código Penal de Colombia, artículos 319 a 323, y la Ley General de Aduanas de Costa Rica, que en los artículos 214 y 215, modificados por la Ley N° 8.373, pese a haber sido objeto de modificaciones recientes.

requiere del complemento de otro texto legal o, eventualmente, reglamentario, que determine la prohibición de importar o exportar, sea por razones tributarias o de cualquier otra índole.

Ahora bien, las *prohibiciones absolutas* que afectan a la libre circulación de mercancías a través de las fronteras de nuestro país son muy escasas, mientras que sí existen una serie de restricciones o limitaciones a la importación o exportación consistentes en la necesidad de obtener una autorización o certificación de parte de algún organismo².

Ante este escenario, puede surgir la duda de si la prohibición a que alude el tipo se refiere sólo a las mercancías que tienen totalmente impedida la circulación a través de las fronteras, o si también se hace extensiva a aquellas de circulación restringida. De ahí que se proponga un eventual inciso segundo que aclare el punto, sobre la base de un sistema de accesoriadad de Derecho (con referencia a una infracción normativa) y no de accesoriadad de acto (limitado a la presencia o no de autorización acto); lo que tiene consecuencias fundamentalmente en dos ámbitos:

a) Permite sancionar incluso cuando se obtiene la autorización fraudulentamente, con engaño, aprovechando la negligencia de un funcionario, etc. El sólo hecho de contar con una autorización no es suficiente para evitar la responsabilidad penal, cuando no se hubieren cumplido los requisitos para obtenerla. Se evita así la necesidad de distinguir sobre los posibles efectos de una autorización ilícita (sin perjuicio de que ella pueda excluir el dolo o la culpabilidad).

b) Solo son típicas las conductas que infringen materialmente la normativa, y afectan por tanto un bien jurídico penalmente tutelado.

La frase final [“o cuando se procediere sin haberla obtenido”] responde a que se podría considerar que la descripción previa extiende la aplicación de la figura a los casos de incumplimiento de los requisitos de la autorización requerida, pero sin aclarar lo que ocurre cuando no existe prohibición legal de importar o exportar ni se establece un sistema de autorización (casos de mercancía robada, embargada, infractora de propiedad intelectual o industrial). Sin embargo, entendemos que no es realmente necesaria esta mención, toda vez que en supuestos como los mencionados la conclusión ha de ser que la importación o exportación están, simplemente, prohibidas³.

El delito de contrabando propio queda restringido únicamente a aquellas operaciones que implican el paso de las mercancías a través de las fronteras, quedando fuera de su ámbito de aplicación el tráfico que tiene lugar dentro del país, entre dos puntos sometidos a estatutos jurídico-tributarios diferentes (contrabando doméstico). Ello, por cuanto el delito que nos ocupa tiene fundamentos que exceden el ámbito de la recaudación tributaria, en cambio la ilicitud del tráfico de mercancías entre dos puntos del país sólo puede fundarse en razones impositivas. Si se llegase a imponer una prohibición por otros motivos, al interior de las fronteras el control de ese tipo de razones en general no compete al Servicio de Aduana.

² Vgr. la importación de animales y productos vegetales que requiere autorización del Servicio Agrícola y Ganadero (art. 25 de la Ley N° 19.473 y art. 1° de la Ley N° 18.164); o la importación de recursos hidrobiológicos, en cualquier estado de su desarrollo, que sólo puede efectuarse previa autorización de la Subsecretaría de Pesca (art. 14 y 22 del Decreto Supremo N° 175 de 1980).

³ Como concluye, por ejemplo, el Oficio N° 19418, de 30.12.2008 del Director Nacional de Aduanas en relación con las mercancías piratas que infringen el derecho de autor y las mercancías de fábrica falsificadas que, como tales, son objeto de una medida de suspensión de su despacho aduanero cuando ingresan o salen del país.

La pena asignada a este delito es levemente superior a la que se propone para el contrabando impropio, en razón de la mayor gravedad que se atribuye a esta clase de conductas: la libre circulación de las mercancías solo es prohibida o restringida por razones graves, cuando implican un daño o peligro para la salud pública, el medio ambiente, la seguridad pública, el patrimonio histórico y cultural, etc.

Es indudable que la pena asignada a esta clase de delitos no debería estar fijada sobre la base del valor de las mercancías; sin embargo, se opta por mantener la pena de multa, calculada del modo aludido, porque en la inmensa mayoría de los casos la motivación que llevará a una persona a cometer estas conductas será pecuniaria y, desde ese punto de vista, parece que una pena pecuniaria puede ser más eficaz y producir un mayor efecto disuasivo.

Artículo B. *El que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraudare a la hacienda pública evadiendo el pago de los tributos que pudieren corresponderle, sea mediante engaño, ocultación de la mercancía o su no presentación a la Aduana, será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años o con multa de una a cinco veces el valor de las mercancías o con ambas penas a la vez.*

Las mismas penas serán aplicables a quien introdujere 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 el inciso precedente.

Esta disposición contempla el contrabando impropio, delito que se estructura en torno una conducta que ocasiona un perjuicio patrimonial para el erario público –sentido amplio en que se utiliza el verbo *defraudar*— que puede lograrse por diversas modalidades de ejecución:

- a) La *fraudulenta*, que presupone la presentación de las mercancías a la Aduana y la suscripción de un documento de destinación, pero simulando que la operación está liberada del pago de tributos o que éstos son inferiores a los que legalmente corresponde pagar; y
- b) La *clandestina*, que se concreta en la ocultación de las mercancías al momento de enfrentar el control aduanero o en el paso por un punto en que no existe presencia de la autoridad aduanera.

Se mantiene el empleo de la locución “hacienda pública” en el tipo –en vez de reemplazarla por fisco, erario nacional u otra semejante–, en atención a que ella tiene un sentido claramente patrimonial y hasta ahora no ha generado dificultades en la praxis judicial.

La conducta debe darse al momento de introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, o bien al momento de hacer pasar las especies desde una zona de régimen tributario preferencial al resto del país, expresiones que tienen en este caso el mismo alcance que en el delito de contrabando propio.

Pese a que el tipo exige un perjuicio para la hacienda pública, no establece, de modo correlativo, que la persona actúe impulsada por ánimo de lucro. Si bien ésta será la razón que lleve al individuo a ejecutar la conducta en la inmensa mayoría de los casos, no cabe descartar la actuación bajo el impulso de otras motivaciones.

Artículo C. *El que presente una declaración maliciosamente falsa del origen, peso, cantidad, contenido u otras características relevantes de las mercancías de exportación, será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años o multa de hasta cinco veces el valor aduanero de las mercancías.*

Con la misma pena señalada en el inciso anterior será castigado el que alterare, forjare o falsificare ideológicamente las certificaciones o análisis exigidos para establecer el origen, peso, cantidad o contenido u otras características relevantes de las mercancías de exportación.

Una disposición similar a esta fue incluida por la reforma de la Ley N° 19.738 de 2001, en el contexto de la lucha contra la evasión tributaria, aunque sin mayores explicaciones. La verdad es que el delito aquí tipificado escapa en parte a la lógica de los demás delitos aduaneros y, especialmente, de su bien jurídico. En efecto, la conducta sancionada está relacionada con la exportación de mercancías, por lo que por sí sola no afecta el patrimonio público, en la medida en que la exportación no debe pagar tributos. Tampoco se protegen otros bienes jurídicos como la salud pública, seguridad pública, medio ambiente, etc., porque como las mercancías salen del país, no pueden afectar esos bienes en el territorio nacional. Sólo indirectamente se relacionan con esos y otros bienes jurídicos, a través de las funciones de control que ejerce el Servicio de Aduana y los cometidos que se le confían.

Su justificación directa debe analizarse caso por caso, pues difiere según la mercancía de que se trate. Generalmente dirá relación con la protección del patrimonio público, pero no en su vertiente de recaudación aduanera, sino de los impuestos de carácter interno que eventualmente se están defraudando al sacar la mercancía del país. O bien, se referirá a la protección del orden público económico, en cuanto éste depende en gran medida de los tratados internacionales suscritos por nuestro país; así, permitir la exportación de ciertas mercancías falsamente catalogadas significa el incumplimiento de las obligaciones que estos instrumentos jurídicos contemplan, lo que puede afectar la vigencia de esos o futuros convenios internacionales. Por ejemplo, la aplicación de un trato preferencial para los productos que satisfagan los requisitos de origen preestablecidos, podría suprimirse si no se garantiza la certeza de la información que se presta. En esta línea se enmarca también la protección del medio ambiente, por la obligación de controlar el tránsito de diversas mercancías que pueden dañar el entorno medioambiental; la tutela de la seguridad internacional; el esfuerzo por controlar el lavado de activos; etc.

En resumen, el fundamento de la norma no deja de ser es débil y disperso, pues se ha de determinar caso a caso, por lo que es una disposición que debe mantener un ámbito de aplicación restringido, justificado solo en la medida en que la conducta no sea punible según otros tipos penales. Como el tránsito de las mercancías involucradas en todos estos ámbitos no necesariamente está prohibido, la existencia de una figura independiente del contrabando propio adquiere sentido.

Esto explica que este tipo se limite exclusivamente a conductas relacionadas con la exportación de mercancías. No se debe considerar la importación, porque las falsedades cometidas al importar o intentar importar una mercancía se vinculan con una eventual defraudación al fisco, y entonces quedan subsumidas en los delitos de contrabando impropio o de falsedad.

Ahora bien, la redacción actual dice que la falsedad puede referirse al origen, peso, cantidad o contenido de las mercancías. Sin embargo, esta enumeración taxativa puede dejar fuera de su ámbito de aplicación otros casos eventualmente relevantes —como fechas de caducidad, especificaciones técnicas, etc.—, por lo que conviene dejar abierta la posibilidad de incorporar otros supuestos. En consecuencia, la propuesta mantiene la enumeración original como ejemplificadora de la relevancia de la información falseada, pero la culmina con una cláusula general que permita un adecuado desarrollo jurisprudencial de la materia. Con ello no

se vulnera el principio de legalidad, pues una cláusula de esta clase puede incluirse en la descripción de un delito siempre que existan criterios objetivos para concretar su contenido. En este caso, la enumeración casuística sirve para aportar esos criterios, en tanto que la cláusula final confiere a la norma la cuota de generalidad y abstracción que permita una aplicación adecuada frente a una realidad compleja y cambiante.

En el inciso segundo se sanciona a quien hubiere realizado la falsificación, aunque no sea quien la presente. En esta disposición la propuesta se refiere a las conductas materiales para llevar a cabo la falsificación, incluyendo tanto el supuesto controvertido del forjamiento íntegro de un documento como el comportamiento realizado por quienes, dedicados a otorgar las certificaciones o análisis a que ésta alude, se limitan a falsear los datos al redactar el documento (sin alterarlo ni forjar un documento íntegramente falso). Por lo demás, aquí se sancionan casos de falsificación de documentos privados sin requerir un perjuicio de un tercero, por lo que también en este aspecto se hace excepción a las reglas actualmente vigentes.

Artículo D. *El que empleare 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, será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años o multa de una a cinco veces el valor de la mercancía o ambas penas a la vez.*

Las mismas penas se aplicarán a quienes vendieren, dispusieren o cedieren a cualquier título y a quienes consumieren o utilizaren en forma industrial o comercial mercancías sujetas al régimen suspensivo de derechos de admisión temporal o almacenaje particular sin haber cubierto previamente los respectivos derechos, impuestos y otros gravámenes que las afectaren o sin haber retornado a la potestad aduanera y cumplido las obligaciones existentes a su respecto, una vez expirado el plazo de la franquicia.

Tanto en esta disposición como en la siguiente se pretende regular algunas de las conductas que actualmente aparecen descritas en la OA como “presunciones de fraude” y que, a diferencia de otras, no son reconducibles al delito de contrabando impropio. Con ello aspiramos a una regulación uniforme y respetuosa con los principios generales que rigen la intervención penal, de conductas que, por ser posteriores a la tramitación de una operación de importación, por estar referidas a destinaciones aduaneras distintas de la importación y la exportación, o por tratarse de formas de intervención post-consumativa en un delito de contrabando impropio, no son subsumibles en ese tipo penal pese a su gravedad.

Artículo E. *El que exportare, enajenare, arrendare o destinare a una finalidad no productiva los bienes respecto de los cuales se hubiere obtenido el beneficio de pago diferido de tributos aduaneros, sin que se hubiere pagado el total de la deuda, o sin haber obtenido autorización del Servicio de Aduanas en el caso de la enajenación o del arrendamiento será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años o multa de una a tres veces el valor de la mercancía.*

En estas hipótesis, asociadas al régimen de pago diferido de tributos aduaneros, la sanción es inferior a la prevista para el contrabando porque estas conductas, en estricto rigor, no necesariamente lesionan el patrimonio estatal, si bien lo ponen en peligro.

Artículo F.- *El que, con ánimo de lucro propio o de un tercero, adquiera o reciba mercancías conociendo o debiendo conocer que han sido objeto de alguno de los delitos a que se refiere este Título, será sancionado con las penas establecidas en los artículos anteriores para el respectivo delito rebajadas en un grado.*

No operará la rebaja en grado cuando el que adquiere o recibe las mercancías lo hace para traficar con ellas.

Esta disposición tipifica una especie de encubrimiento que se configura de modo autónomo, lo que resulta más adecuado que considerarlo una modalidad de participación en el hecho principal. En especial, porque no puede afirmarse que estas conductas atenten contra los intereses patrimoniales del Estado ni contra la potestad aduanera del mismo modo que como ocurre en el delito previo, pues estos bienes jurídicos ya se vieron lesionados por aquél, y esa lesión no es incrementada —o al menos no de modo tan relevante— con el comportamiento posterior. Este es, por ende, un delito que atenta, fundamentalmente, contra la Administración de Justicia, pero que mantiene una vinculación con el delito anterior, pues protege el bien jurídico del delito previo “en la medida en que entonces se tutela”, es decir, a través de la Administración de Justicia⁴.

La necesidad de instaurar un régimen especial para la receptación aduanera se ve reflejada en la inmensa mayoría de las legislaciones, que contemplan disposiciones especiales relativas a este delito⁵.

Por ubicarse en la fase post-consumativa del contrabando, no corresponde, en principio, sancionar a quien realiza estas conductas con idénticas penas que aquellas que corresponden al autor del contrabando. Pero como tampoco resultaría adecuado fijar una pena totalmente independiente de la del contrabando que le antecede, dada la relativa conexión que existe con ese delito, es conveniente graduar la sanción en relación con la que correspondería al autor del contrabando.

Ahora bien, al fijar la pena hemos considerado la particular importancia y gravedad que tiene el delito de receptación en relación con la actividad aduanera y el contrabando, por su especial efecto criminógeno. En efecto, las conductas de receptación “consolidan las condiciones de la actividad criminal y favorecen su continuidad”⁶, especialmente cuando se insertan en el amplio contexto del *comercio ilegal*, con todas las consecuencias perniciosas que éste genera para el desarrollo económico y social (como forma de competencia desleal, que no respeta los derechos de los trabajadores, propicia la conformación de redes delictivas organizadas, puede afectar los compromisos económicos internacionales asumidos por nuestro país, etc.). Todo ello puede traducirse en un trato más severo que el que existe para otros supuestos de encubrimiento, siempre que la conducta se inserte en el contexto recién descrito, pudiendo asignar idéntica pena que la que corresponde al autor del contrabando. Ante la dificultad de incorporar dicha circunstancia en el tipo en términos objetivos, entendemos que el único mecanismo viable es hacerlo a través de una exigencia de orden subjetivo similar a la

⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 57 y ss.

⁵ Sea que la ley contemple conductas posteriores a la internación de mercancías como una de las formas que puede asumir el delito de contrabando, como ocurre en Bolivia, Ecuador, El Salvador, España y Venezuela; o simplemente como conductas merecedoras de idénticas penas a las que corresponden para aquel, como en Brasil, Francia y Portugal. En otras legislaciones se consideran estos comportamientos como presunciones de que se ha incurrido en un delito de contrabando, al modo como lo hace el art. 179 letra e) OA (vgr. en la legislación francesa y en Nicaragua). Por último, la receptación también es sancionada como un delito autónomo, tanto en su denominación como en la sanción que se le asigna; en cuyo caso la pena suele ser levemente inferior a la que corresponde al autor del delito principal; es el sistema de Argentina, Colombia, Cuba, Perú y Portugal.

⁶ GARCÍA ARÁN, “Capítulo XIV: De la receptación y otras conductas afines”, en Córdoba Roda/García Arán (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1135.

que existe, por ejemplo, en el tipo español de receptación⁷: que se reciban o adquieran las mercancías *para traficar con ellas*. De este modo, el inciso segundo de este artículo contempla esta hipótesis agravada que no requiere más elementos objetivos ni la realización de posteriores conductas propias del comercio ilegal, sino que basta una referencia amplia a la intención del autor, que excede el ánimo de lucro, y que transforma el delito en un tipo de intención trascendente mutilado de dos actos. Hemos usado aquí la palabra “traficar”, en lugar de otras como “comerciar”, porque siendo expresiones prácticamente sinónimas el verbo traficar tiene un alcance un poco más amplio: incluye comprar, vender, permutar o realizar cualquier otra actividad que revista connotación económica para alguna de las partes (por ejemplo, arrendar)⁸.

La regulación actual se refiere a la conducta típica como adquirir, recibir o esconder. Sin embargo, para evitar que el tipo se configure como un delito de posesión, con todo lo que ello implica, conviene aludir solo a verbos que denoten una ejecución instantánea sin requerir exigencias probatorias adicionales. Los verbos *adquirir* o *recibir* gozan de estas características, y tienen amplitud como para abarcar toda forma de tenencia, cualquiera sea el título por el que se hubiere obtenido la mercancía, sin necesidad de acreditar una operación concreta de compra, venta o comercialización.

La exigencia de *ánimo de lucro*, propio o para un tercero, pretende limitar el ilícito a las conductas que sirven para fomento del contrabando y que por eso ameritan tener una regulación diversa de la que corresponde al encubrimiento. Ella no debería significar especiales dificultades probatorias –como tampoco ha sido demasiado difícil tener por configurado el ánimo de lucro en los delitos de hurto y robo– sino que se configura, más bien, como un elemento que permite excluir la tipicidad por este título en los casos absolutamente excepcionales en que existan antecedentes que permitan descartar dicho ánimo. En general, serán las circunstancias del hecho las que permitirán tenerlo por acreditado. A ello coadyuva, además, la amplitud que se le asigna a este elemento, pues basta con que se actúe para que sea un tercero el que se beneficie.

La referencia que se hace a que el autor realice la conducta *conociendo o debiendo conocer* merece una breve justificación. La ley actual alude a un deber del sujeto activo de *presumir* que las mercancías han sido o son objeto de un delito aduanero, referencia que ha sido calificada, incluso, como una hipótesis de responsabilidad objetiva. Creemos, más bien, que ella implica un reconocimiento del carácter normativo del dolo, como concepto adscriptivo y no descriptivo, compatible con los requisitos del principio de culpabilidad pues implica una atribución subjetiva que se construye, no sobre la base del conocimiento actual del sujeto al momento de cometer el hecho, sino del conocimiento que le es exigible al autor por el rol que cumple al momento del hecho⁹. Tratándose de un delito de receptación aduanera, el rol que

⁷ Art. 299 CP: 1. *El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.* 2. *Esta pena se impondrá en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria, por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.*

⁸ El art. 456 bis A del Código Penal habla de “comercializar”, agrega a continuación “en cualquier forma”, buscando ampliar su significado.

⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 336, y VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 60 y ss.

desempeña el autor del delito, como sujeto que normalmente ocupa una posición especial dentro del sistema económico, resulta especialmente trascendente. La disposición propuesta, entonces, no pretende presumir cuáles eran los conocimientos que poseía el sujeto activo respecto del origen de las mercancías —cuestión penalmente irrelevante—, sino que dispone que cuando fuere exigible dicho conocimiento se le puede atribuir un comportamiento a título de dolo. Por lo demás, en Derecho comparado también es común que el delito de receptación contenga alusiones similares a la que ahora nos ocupa¹⁰.

En todo caso, la mención propuesta no significa equiparar el dolo y la culpa vulnerando el principio de proporcionalidad. Es verdad que permite equiparar fenómenos psicológicos diversos (conocimiento/desconocimiento); pero bien interpretada, es decir, como la posibilidad de *atribuir* el conocimiento necesario para la imputación dolosa más allá del fenómeno psicológico interno real, la cuestión de la proporcionalidad se invierte. Porque lo que el principio de proporcionalidad exige es un equilibrio entre la gravedad del hecho que motiva la reacción punitiva y la intensidad de esta última. Dicho equilibrio no implica que los diversos fenómenos psicológicos deban ser tratados *siempre* de modo diferente, sino que todo depende de cómo son *valorados*. Si la actuación del sujeto que desconoce el origen de las mercancías debe ser calificada, en el caso concreto, como de la misma gravedad que la de quien obra con pleno conocimiento de esa circunstancia o representándose la posibilidad cierta de que su origen sea delictivo, entonces la intensidad de la pena debe ser la misma.

Artículo G. *Los responsables o administradores, de hecho o de derecho, de la empresa, proyecto o actividad implicados en el hecho y, especialmente, sus representantes, directores y gerentes, que conociendo o debiendo conocer de la perpetración del delito, no hubieren procurado impedirlo pudiendo hacerlo, serán castigados como cómplices en los delitos descritos en este Título.*

La OA contiene una disposición que busca imputar responsabilidad penal a los sujetos que están en la cúspide de una organización empresarial y que no intervienen directamente en la ejecución del delito, pero con una redacción poco adecuada. Desde un punto de vista político criminal, por ende, resulta necesario afrontar el problema intentando una redacción alternativa de la norma contenida en el inciso 3° del art. 182 OA.

Siguiendo, en parte, el modelo que ofrece la legislación alemana en el § 130 OWiG¹¹, proponemos tipificar como delito la infracción al deber de vigilancia y evitación del delito,

¹⁰ En Gran Bretaña, por ejemplo, la norma de la sección 22 del Theft Act de 1968 permite sancionar a quien recepta bienes robados “sabiendo o creyendo que son cosas robadas”, expresión que permite incluir los casos de ceguera jurídica, pero excluye la mera sospecha, cfr. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, reimpresión 1995, p. 347, cit. por MACKINNON ROEHRS, *Autoría y participación y el delito de receptación*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 172. En un sentido más objetivo, trasladando este requisito a las características objetivas de la situación o del objeto, el art. 231 N° 2 del Código penal portugués sanciona a quien “sin haber previamente asegurado su legítima procedencia, adquiere o recibe, a cualquier título, una cosa que, por sus cualidades o condiciones, o por el precio en que es ofrecida, es razonable sospechar que proviene de un hecho ilícito contra el patrimonio”; como en Cuba, en que la referencia es a “bienes que la persona que los presente, o la ocasión o circunstancias de la enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente que proceden de un delito”. De este modo, lo que se debe acreditar —más bien, atribuir o imputar— es el conocimiento de dichas circunstancias, en tanto que lo penalmente prohibido es realizar ciertas conductas respecto de bienes que tengan la apariencia de ser la consecuencia de un delito, sin perjuicio que desde el punto de vista objetivo también se exija que efectivamente tengan ese carácter.

¹¹ «El que como titular de un establecimiento o de una empresa omite dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que corresponden al titular como tal, y cuya lesión esté amenazada con pena o con multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido

superando algunas de las críticas de que ha sido objeto esa disposición. Así, para evitar que no tenga mayor efecto preventivo si se reduce a una sanción administrativa de multa —que puede llegar a contabilizarse simplemente como un factor de “coste empresarial”—, es que sugerimos que se configure como un ilícito penal.

En relación con el sujeto activo, asumimos la redacción aprobada en el Anteproyecto de Código penal elaborado por el foro penal (art. 229), que incluye a los responsables o administradores de una empresa, proyecto o actividad que lo sean de hecho o de derecho y, especialmente, sus representantes, directores y gerentes. Aunque, obviamente, dada la novedad de la materia, el alcance específico de estas expresiones habrá de ser precisado paulatinamente por la jurisprudencia.

En cuanto a las exigencias subjetivas, proponemos hacer explícita una exigencia relativa al conocimiento que tiene o debe tener el sujeto, de conformidad con el rol que cumple. Dada la especial posición en que se ubica el sujeto activo al que se refiere el ilícito, se le puede exigir una mayor responsabilidad, lo que se traduce en una especial *obligación* de conocer el modo cómo está realizándose o funcionando la empresa, proyecto o actividad que dirige. Pero esto no ha de hacerse de manera *formal*, sino que en atención al modo concreto en que se han ejercido las posiciones sociales del individuo. Esta necesidad de atender a la función concreta que ejerce el sujeto activo se refleja también en la exigencia de que no hubiere actuado para evitar el delito “pudiendo hacerlo”.

Entendido de esta forma, la virtualidad del precepto sería la de sancionar a quien puede ser imputado, al menos, como colaborador por omisión en el hecho principal, por no haberlo evitado pudiendo hacerlo. Se configura así como una hipótesis omisiva que surge por el especial deber del sujeto económico de asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que exceden del nivel permitido. Pero por tratarse precisamente de esto, es decir, de una colaboración por omisión, la pena no puede ser idéntica a la que corresponde al autor del hecho, sino que le corresponde la sanción por complicidad.

Artículo H.- *Los delitos a que se refieren los artículos A y B de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.*

La elevación de la penalidad para los casos de tentativa de delito, haciéndola equivalente a los de consumación, no es una cuestión totalmente extraña en nuestro derecho ni ha sido estimada contraria a los principios limitadores del *ius puniendi*, entendiéndola como una legítima expresión de una decisión político legislativa.

La única crítica que subsiste para esta equiparación penológica entre tentativa y delito consumado es en relación con el principio de proporcionalidad, considerando que la penalidad de la tentativa debería ser menor toda vez que encierra un menor desvalor de resultado. Sin embargo, el peso que posee esta argumentación se diluye considerablemente cuando se sale del ámbito de los delitos tradicionales de lesión contra bienes jurídicos individuales, pues cuando el delito es de peligro o se trata de bienes jurídicos supraindividuales, el desvalor de resultado de la tentativa y la consumación no difiere tanto. Es lo que ocurre en los delitos aduaneros. Especialmente en el contrabando propio, si se parte de la premisa de que esta figura protege la

ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes».

salud pública, el patrimonio histórico o cultural, el medioambiente u otros intereses de análoga significación; porque esos bienes jurídicos no se ven lesionados cuando se consuma el delito, sino que el fundamento del ilícito es su puesta en peligro, la que comienza ya con la tentativa. Cuando se trata de la protección del patrimonio público, en tanto, aunque el delito exige un resultado —de defraudación al Fisco—, no se puede obviar el hecho de que una conducta individual de contrabando no tiene capacidad para lesionar seriamente ese bien jurídico. En realidad, cada contrabando, por cuantioso que sea, afecta de forma más bien insignificante el patrimonio público, pero su punibilidad suele justificarse en la lógica de los delitos de acumulación, es decir, en el peligro que supone que esa conducta se multiplique.

La sanción de la tentativa con la misma pena que el delito consumado en los delitos aduaneros obedece, en gran medida, a la fenomenología del delito de contrabando, de su descubrimiento y persecución. En efecto, el contrabando es un delito que normalmente se descubre antes de su consumación, gracias a los controles aduaneros. Hay que considerar también que la etapa de tentativa es bastante extensa, en la medida en que la mercancía sólo se entiende ingresada a nuestro país una vez que sale de la zona aduanera. En tanto que una vez que se ha consumado el delito, y la mercancía es introducida o extraída del territorio nacional, es prácticamente imposible que éste llegue a ser sancionado. El sujeto que pretende realizar la conducta delictiva, en la inmensa mayoría de los casos, se arriesga únicamente a la sanción que corresponda por el delito tentado. De ahí que desde un punto de vista práctico, la “ficción de consumación” como algunos llaman a la equiparación penológica que existe entre tentativa y consumación, aparezca como una herramienta fundamental para una eficaz prevención del delito contrabando, y así aparece regulada en la mayoría de las legislaciones.

Artículo I.- *En los delitos a que se refiere este Título, no podrá aplicarse pena exclusivamente pecuniaria a la persona que tuviere la calidad de reincidente según el Código Penal.*

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

a) La entrega voluntaria a la Aduana de las mercancías ilegalmente internadas al país.

b) El pago voluntario de los derechos e impuestos de las mercancías cuestionadas.

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

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

Es aconsejable mantener la disposición que obliga a aplicar una pena privativa de libertad en caso de reincidencia, en todos aquellos casos en que dicha pena se encontrare en una relación de alternatividad con la pena de multa, como criterio de determinación de la pena que se haga cargo de los supuestos en que el contrabando se inserta en un contexto de comercio ilegal.

Artículo J.- *Cuando deba aplicarse multas con relación al valor de la mercancía, a falta de ésta se tomarán como referencia para determinarlo, la factura comercial, el conocimiento de embarque, el manifiesto, carta de porte, guía aérea o cualquier otro documento original que acepte el tribunal para acreditar dicho valor de una manera exacta y fidedigna.*

Cuando no pueda acreditarse el valor de una mercancía en forma fehaciente, se tomará el valor que corresponda o pudiera corresponder a otras análogas. Este valor se calculará, considerando el precio o costos

medios, incluyendo el flete, seguro y otros gastos hasta el puerto de destino, teniendo presente todos los elementos de dicho valor en un mercado normal. Si ni aún así pudiere determinarse el valor, se aplicará una multa de 20 hasta 300 Unidades Tributarias Mensuales.

§ 2. Del proceso penal

Artículo K.- *Los delitos aduaneros serán investigados y juzgados conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal. Respecto de ellos el Servicio Nacional de Aduanas ejercerá los derechos que confiere a la víctima el mismo Código. En todo caso, los acuerdos reparatorios que se celebren por estos delitos, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, que sólo podrán decir relación con los hechos previstos en los artículos B, D y E, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la multa, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 del Código Tributario.*

La regulación actual establece que el contrabando es un delito de acción pública previa instancia particular. En esta propuesta se sugiere eliminar esta característica, de manera que todos los delitos aduaneros sigan la regla general en cuanto a la clase de acción que de ellos emana, es decir, que pasen a ser de *acción penal pública*. Ello se fundamenta en que cuando estamos ante un contrabando propio, atendido su carácter pluriofensivo, no parece razonable que quede entregada al Servicio Nacional de Aduanas la decisión de que se inicie la persecución penal. Y en cuanto a las otras hipótesis de contrabando –y los restantes delitos aduaneros–, no se advierte una justificación cómoda para la exigencia de previa instancia particular, tomando en cuenta que se trata de delitos que afectan bienes jurídicos de titularidad estatal. Tradicionalmente, se sostiene que la razón de ser de los llamados delitos de acción pública previa instancia particular se encuentra en el hecho de que la tramitación o la publicidad del proceso pueden perjudicar aún más el interés ya dañado por el hecho punible, consideraciones que no son aplicables cuando se trata de un delito aduanero.

La proposición de adoptar el régimen general de los delitos de acción penal pública tiene, además, la ventaja de que evita algunos problemas prácticos en la persecución de los delitos aduaneros como, por ejemplo, el de la posibilidad de detención en casos de flagrancia

Consecuentemente, se propone que también desaparezca la denominada “renuncia de la acción penal”, institución que ha sido objeto de abundantes críticas. En su reemplazo existe la posibilidad celebrar *acuerdos reparatorios*, que daría al Servicio la posibilidad de evitar los costos de la persecución penal una vez satisfecho el interés fiscal.

La imposición de una limitación para hacer uso de la facultad de celebrar acuerdos reparatorios consistente en que éstos no puedan contemplar el pago de una suma de dinero inferior al mínimo de la multa posible de imponer, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los intereses y reajustes que procedan, se justifica en atención a la naturaleza básicamente económica del interés protegido en el contrabando impropio y al hecho de que la recaudación de los impuestos aduaneros cumple un importante papel para asegurar recursos que permitan la satisfacción de intereses generales. De allí que resulta razonable exigir que, por una parte, los acuerdos reparatorios que el Servicio celebre tengan un contenido patrimonial y que, por otra, se fije una suma mínima de dinero que tales acuerdos deban contemplar.

La restricción de los acuerdos reparatorios sólo para los delitos de contrabando impropio y algunas de sus modalidades, excluyendo del ámbito de aplicación de esta salida

alternativa los delitos de contrabando propio, se explica porque, salvo excepciones particulares, estos acuerdos proceden cuando se investiguen hechos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial (artículo 241 del Código Procesal Penal).

Artículo O.- *Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos aduaneros podrán ser llevadas adelante de oficio por el Ministerio Público. El Servicio podrá querellarse en ellas. Con todo, la querrela podrá también ser interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director Nacional.*

La representación y defensa del Fisco en las investigaciones penales relativas a estos delitos y en los procesos que se incoen corresponderán sólo al Director Nacional, por sí o por medio de mandatario, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso.

El Ministerio Público informará al Servicio Nacional de Aduanas, a la brevedad posible, los antecedentes relacionados con delitos que pudieren dar lugar a su intervención.

Adoptado un sistema puro de acción penal pública, parece necesario algún mecanismo que tienda a asegurar los intereses del Servicio. Podría bastar con los arts. 6°, 78 y 109 del Código Procesal Penal, pero, conscientes de que en la práctica no siempre tales disposiciones son cumplidas a cabalidad, estimamos conveniente la introducción de una disposición que obligue al Ministerio Público a poner en conocimiento del Servicio cualquier denuncia sobre delitos aduaneros, de manera que éste esté informado del inicio de la investigación y pueda intervenir en el procedimiento haciendo valer sus derechos como víctima. Para eso se ha tomado como modelo lo que dispone el art. 41 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, que obliga al Ministerio Público a informar a la brevedad posible, al Consejo de Defensa del Estado, los antecedentes relacionados con delitos que pudieren dar lugar a su intervención.