

Informe en Derecho

PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN EL INSTITUTO ADUANERO DENOMINADO "RENUNCIA DE LA ACCION PENAL" EN LOS DELITOS DE ESE RAMO, CONTEMPLADO EN LOS ARTICULOS 221 Y 222 (ANTIGUOS 232 Y 233) DE SU ORDENANZA

Octavio Gutiérrez Carrasco
Profesor de Derecho Económico
Ex Superintendente de Aduanas

A. ANTECEDENTES

Se me ha solicitado que estudie en derecho la materia del epígrafe y ello, con inmediata vinculación al asunto de hecho que se pasa a exponer:

a) Producido y constatado un faltante de mercancías que una sociedad del ramo de juguetería depositadas en almacenamiento particular —especies, por tanto, aún extranjeras, cuya extracción del respectivo recinto y posterior comercialización se verificó sin sumisión a la tramitación que la nacionalizara; dejando de lado las alegaciones sobre ausencia de dolo, que no interesan para este informe—, se inició por la autoridad aduanera el correspondiente antejuicio;

b) A su término, el 6 de diciembre de 1979, se dictó la Resolución N° 1.158 que contuvo las tres siguientes decisiones:

— declaró haber mérito para ejercitar la acción penal en contra del representante legal de la sociedad y demás personas que resulten responsables de fraude aduanero respecto de las mercancías que indica;

— dispuso su notificación para el solo efecto de lo establecido en el artículo 233 de la Ordenanza de Aduanas, y

— ordenó el aforo de las mercancías por la correspondiente sección del Departamento de Importaciones.

c) A fojas 26 y con fecha 10 del mes ya indicado, se notificó la resolución al abogado patrocinante de la firma denunciada. Y el 28, también de ese mes, pasaron los antecedentes al Jefe de la Asesoría Jurídica con el aforo teórico efectuado por una funcionaria Vista —actuación ésta que se estampa sin fecha a fojas 25 vuelta y que arroja un total de US\$ 13.644,35.

Por razones que más adelante se darán —pero que hacían inidóneo ese aforo para los fines de la resolución de mérito— la Asesoría Jurídica dispuso pasar los antecedentes a la Sección Liquidación para que se determinara en moneda corriente aquel valor expresado en dólares americanos; este proveído es de fecha 31 de diciembre de 1979 y está escrito a fojas 28, vuelta.

La liquidación, de 4 de enero de 1980, a fojas 29, estableció que el valor aduanero de la mercancía de que se trata ascendía a la cantidad de \$ 532.129,65. Este es, pues y por fin, el momento en que dentro de la tramitación del antejuicio queda determinado dicho valor. No se dictó resolución que ordenara poner en conocimiento del representante legal de la sociedad o de su abogado patrocinante y apoderado esta avaluación.

d) A continuación, el día 7 de enero, el tribunal aduanero se declara incompetente por razón de la cuantía y dispone el envío de los autos al juzgado del crimen. Este, que lo era uno de los de Valparaíso, se estimó también incompetente porque el comienzo de ejecución tuvo lugar en Santiago.

El correspondiente juzgado de esta última ciudad acepta la competencia y conociendo de la solicitud de reposición —presentada por la firma denunciada— para retrotraer la causa al estado de que pudiera impetrar la “renuncia de la acción penal”, accede a ella, disponiendo que se le notifique la resolución de 7 de enero de 1980, escrita a fojas 31, que se indica en el primer párrafo de este literal.

El Fisco de Chile recurre en grado de apelación en contra de esa resolución. Y ese es el estado actual de los autos.

B. EXPOSICIÓN

1. De un modo general puede decirse que en todas las legislaciones y en todos los tiempos ha quedado admitida la posibilidad de enervar o de extinguir la persecución de los delitos aduaneros.

El tema en sí no es otro que el de la disponibilidad de la acción. En derecho privado tal es la regla, pues sólo en casos excepcionalísimos ésta es indisponible —v.gr., las relativas al estado civil—, bastando con señalar, a título demostrativo, lo que estatuye el artículo 12 del Código Civil. No ocurre lo mismo tratándose de la materia penal, pues —abstracción hecha de la acción penal privada y de lo que dice con los limitados efectos de la renuncia del querellante de acción pública— no cabe, en principio, esa posibilidad.

Decimos en principio, porque sobre la acción persecutoria de los delitos de contrabando y fraude aduanero, de inconcusa naturaleza pública, está consentida la disposición por la existencia de una expresa norma legal abrogatoria. De lege ferenda puede disentirse de que esto deba ser así y, aun, de sus posibles fundamentos legitimantes, puesto que se ha llegado a decir que “seule l’Histoire permet de justifier une telle déroga-tion” (Berr y Tremeau, “Le Droit Douanier”, 1975, p. 452).

2. Sea de ello lo que fuere, la institución existe. Su comprensión jurídica admite diversos matices en consideración a las normas de derecho positivo de cada país.

En el caso de Francia, para citar un solo ejemplo, se presenta como un acto sinalagmático transaccional. La facultad de transigir la tiene la administración de aduanas en virtud del texto expreso: el artículo 350 del código del ramo. Además, una doctrina y jurisprudencia constantes expresan que la transacción aduanera se somete a los principios que rigen esta convención, según los artículos 2044 y siguientes del Código Civil, de suerte que, como se dice en Berr (ob cit., p. 452), esta solución de lege lata se presenta como una excepción fundamental a las reglas del derecho penal general. "La transaction constitue un véritable contrat conclu entre le redevable et la Douane . . . , l'Administration renonce a son droit d'action devant les tribunaux . . ." (G. Mathurin, "Petit Dictionnaire de Douane et de Commerce Extérieur", 1967, p. 110).

Así, entonces, de la disponibilidad de la acción se dice que opera por renuncia transaccional o se emplean otros giros idiomáticos como los de oblación o composición pecuniaria y se llega, todavía, al repudiable e inadmisibile barbarismo de "compra" de la acción.

En Chile, donde nada sistemático se ha estudiado sobre esta disciplina de derecho especializado, nos hemos contentado con hablar de la "renuncia de la acción" (incluido el informante; vid: "Nociones de Derecho Aduanero Chileno", en *Rev de D^o Económico*, abril-septiembre, 1971, p. 53), sin intentar siquiera el ejercicio de dogmática jurídica que la articule con las teorías generales; labor ésta que no consiente el mero traslapo de la solución francesa, pues no hay equipolencia en los textos positivos ni con las ausentes doctrina y jurisprudencia nacionales.

3. Está exigido, por tanto, explicarnos el instituto de la "renuncia" reconduciéndolo hacia esas teorías, bis a bis del texto positivo contemplado en los artículos 221 y 222 (antiguos 232 y 233), de la Ordenanza de Aduanas.

En este punto el informante parte de un "a priori": el antejuicio aduanero destinado a resolver si hay o no mérito para poner en ejercicio la acción penal, es de naturaleza jurisdiccional. Entiende las razones puramente domésticas que el servicio de Aduanas esgrime, en casi todos los tiempos en el sentido que esas tramitaciones son administrativas, pero le resulta imposible compartirlas.

Para su rechazo basta —con argumento de autoridad y a los fines de este informe— con lo que, en relación con el número 9º del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, dice Fontecilla ("Derecho Procesal Penal", tomo II, 1943, pp. 11 y en especial 18), sobre los obstáculos puestos al ejercicio de la acción penal pública, en este caso de naturaleza procedimental.

La conclusión es ésta: el antejuicio penal aduanero constituye un brevísimo procedimiento previo, en sede jurisdiccional, que exige una

declaración de mérito, como es la de haber o no antecedentes bastantes para incoar juicio criminal.

Y sus efectos son estotos: en su inicio la declaración afirmativa es meramente *virtual* ya que, suponiéndola idónea en todos los extremos que han de componerla y notificada que sea al denunciado, se interpola entre ella y el proceso definitivo un estadio igualmente instrumental, en donde puede o no verificarse un acto negocial sobre la disponibilidad de la acción mandada ejercitar por aquella declaración.

4. La diferencia entre la solución adoptada en Francia y la que suponemos correcta en nuestra preceptiva, es que aquella recurre al derecho sustantivo y habla, por eso, de un contrato de transacción. Entretanto, nosotros creemos que nuestras normas positivas dejan la cuestión dentro del campo procesal —ya iniciado con el antejuicio— y dan ese mismo carácter al acto negocial, como pasaremos a explicarlo.

5. El negocio jurídico tanto puede ser unilateral como bilateral y darse en el terreno sustantivo como adjetivo.

Unilaterales formales, en vía ejemplar, son la renuncia de recursos, el desistimiento de la demanda o su aceptación y otros muchos que importan un acto de disposición que afecta a la pretensión en juicio.

En un párrafo que titula como tocante a la vida y a las vicisitudes de las acciones, enseña Redenti (“Derecho Procesal Civil”, trad. esp., 1957, p. 80), que “podrán extinguirse las acciones también en estado de pretensión . . . , por efecto de actos *negociales* de *disposición*, como la renuncia . . .”, cita cuya doctrina es lícito extender desde las acciones civiles a la penal pública aduanera por existir texto de ley habilitante, esto es, que admite la posibilidad de su renuncia.

El procedimiento para ello se encuentra en los arts. 221 y 222 (antiguos 232 y 233) de la Ordenanza de Aduana, que por conocidos no se reproducen. Empero, dentro de su sistemática interesa destacar:

— el acto negocial de renuncia es *unilateral*, pues corresponde al Director Nacional de Aduanas en exclusiva, cosa esta última por la que se reconoce a una sola persona como *legitimada* para efectuar la disposición de la acción. En el empleo de esta *potestad* es menester tener presente: que *no opera motu proprio*, sino que debe ser requerida la actuación; que la disponibilidad no es absoluta y sí *relativa*, ya que no comprende los casos enunciados en el inciso final del artículo 222; que, en lo demás y procediendo, es *facultativa*, pero siempre *calificada*, y

— que, asimismo, únicamente hay un *legitimado* para requerir la actuación del órgano facultado, que es el denunciado a quien se le ha notificado la declaración afirmativa de mérito; que éste dispone de un término *preclusivo* y, por último, que en ese término debe efectuar un *depósito* equivalente a dos veces el valor de la mercancía.

6. Ahora bien: del examen de los antecedentes de hecho que motivan este informe aparece que se han incumplido los presupuestos necesarios para que pudiera operar la institución que estamos considerando, principalmente por cuanto —de hecho dadas las alteraciones que presenta el procedimiento— el denunciado careció de la oportunidad que le reconoce la ley para impetrar la actividad del órgano facultado.

En efecto:

a) la declaración afirmativa de mérito, de fojas 25, si bien dispuso su notificación al denunciado para estos fines, no contuvo la avaluación de la mercancía, de manera que éste quedó en la imposibilidad de efectuar el depósito del doble de un valor cuyo monto ignoraba;

b) al propósito no es idóneo el “aforo” de fojas 25 vuelta pues, aparte de ser posterior a dicha declaración, no le fue notificado para que pudiera correr el término preclusivo de diez días fijado en la ley para depositar y requerir el pronunciamiento. Y aunque así hubiera ocurrido, dicho “aforo” seguía siendo inidóneo al expresarse en moneda extranjera, no apropiada para hacer el depósito, y de la cual no se indicaba tampoco la paridad o tipo de cambio al que pudiera hacerse la conversión;

c) es tan obvio lo anterior, que la propia Asesoría Jurídica de la aduana dispuso la práctica de la liquidación que corre a fojas 29. Esta lleva fecha 4 de enero de 1980 y —como ya se dijo en el capítulo de Antecedentes— es aquí, por fin, el momento en que dentro de la tramitación quedó determinado el valor de las mercancías, y

d) la liquidación no fue notificada al denunciado, por lo que una vez más no pudo empezar a correr para éste el término preclusivo. Y todavía, de modo aún mayormente grave —ya que apareja indefensión por falta del debido emplazamiento— apenas tres días después, el 7 de enero, a fojas 31, la aduana se declara incompetente y ordena pasar los antecedentes a la justicia ordinaria, provocando su desasimiento.

7. Todo el procedimiento anterior es absolutamente irregular. El antejuicio, correctamente tramitado, debe incluir la liquidación de la mercancía en moneda nacional, de suerte que al notificársele al denunciado la declaración afirmativa de mérito —bien sea porque ella menciona esa avaluación, bien sea por su remisión a la foja en que la liquidación se practicó—, quede éste enterado de la misma y emplazado para depositar su duplo y requerir el acto negocial de disposición dentro del término previsto si opta por esta vía o de dejarlo transcurrir en inactividad para el caso contrario.

Pero aún en la circunstancia —que se da en la especie—, de que la liquidación se haga después de la declaración de mérito (lo que indudablemente altera la sustanciación regular del antejuicio), podría subsa-

narse el vicio *ex post facto* si dicha liquidación se notifica al denunciado y se deja correr hasta su expiración el término preclusivo.

Es concluyente que nada de esto ocurrió en el presente caso, por lo que es preciso elucidar cuáles sean las consecuencias que de ello se derivan.

8. Decíamos antes que en su inicio la resolución de mérito es *virtual*, o sea, como lo expresa el Diccionario de la Lengua, “que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce al presente”, lo que se explica por el hecho de que con su notificación nace el derecho potestativo del denunciado para requerir el acto negocial o para no ejercitarlo. Y solamente desde la expiración del término preclusivo —cuando no hay solicitud, o cuando, con la tramitación del caso se la desecha— producirá su efecto *real*: agotará el antejuicio, eliminará el obstáculo procedimental (vid. ref. a Fontecilla, ob. cit.), y dará paso al juicio penal de que corresponderá conocer, según la cuantía, al tribunal especial de aduanas o al ordinario del crimen.

Este juicio, hablando en términos normales, finaliza con otra declaración de mérito: la sentencia que condena o absuelve.

En los casos de ambas declaraciones hemos insistido en emplear la voz “mérito” en razón de que este predicado les otorga su preciso y alto valor procesal: “Dícese, por oposición a forma, de la sustancia o esencia de la cuestión debatida en un proceso” (Couture, “Vocabulario Jurídico”, voz “mérito”, 1976, p. 409). De mérito la primera porque decide el debate del antejuicio: si se abre o no procedimiento; y de mérito la segunda, por cuanto lo agota condenando o absolviendo. En cada una de estas situaciones va involucrada la sustancia o esencia de lo que se debate según sus respectivas teleologías procesales.

Pero la pregunta a formularse es qué ocurre cuando a causa de los vicios de procedimiento concurrentes —que es lo que ya tenemos sentado como acaecido en los autos que motivan el informe— la declaración de mérito del antejuicio aduanero quedó en estado *virtual* (no hubo ocasión para provocar y obtener el acto negocial) y, no obstante esto, se pasó directamente al estado del proceso penal definitivo.

Es evidente que el vicio procedimental subsiste y que subsiste durante todo el curso del juicio criminal y que, por último, afecta a la sentencia de mérito de éste.

Siendo esto así, el denunciado, ahora ya encausado, tiene un medio de impugnación del y sobre proceso, que no mira a la competencia del juez sino que a la falta de jurisdicción dado que éste queda incapacitado “para decir el derecho” por no estar removido *verdaderamente* el impedimento procedimental al no haber pasado la declaración aduanera de *virtual* a *real*.

Redenti (para no acudir a otros autores), explica que “el pronunciamiento sobre la jurisdicción, aunque formalmente concebido como pronunciamiento en orden a las atribuciones de los jueces, se resuelve en un punto *prejudicial de mérito...*” (ob. cit., p. 126). En otras palabras, el encausado puede impugnar la existencia misma del proceso por haberse incoado irregularmente, sin que el juez hubiera sido investido para el caso de jurisdicción. Por su parte, Couture, también en su “Vocabulario”, p. 467, refiriéndose al vocablo “prejudicialidad”, ilustra que “Dícese de aquello que debe ser decidido *previamente* o con anterioridad a la sentencia principal, en razón de constituir un *hecho* o fundamento determinante de ésta”. (Los subrayados son del informante).

Según lo dicho y citas, la jurisdicción del juez ordinario está condicionada a que previamente haya una declaración de mérito en el antejuicio aduanero, con *efectos reales* y no meramente virtuales, esto es, que el denunciado no solicite nada en el término preclusivo o que, solicitándolo, le hubiere sido denegada la “renuncia de la acción”.

Por estas razones es que resulta correcta la resolución del juez del crimen que, a solicitud de parte, ordenó retrotraer la causa al estado de dar cumplimiento a lo prevenido en los artículos 221 y 222, actuales, de la Ordenanza de Aduanas.

Sugiero que, asimismo, puede ser explorada otra línea argumental—coadyuvante y de mayor rango que la que hemos desarrollado— con fundamento en la garantía constitucional del debido proceso.

C. CONCLUSIÓN

Como ha quedado ya anticipado, el procedimiento del antejuicio penal aduanero adoleció de vicios, graves por afectar no sólo al ejercicio del derecho potestativo del denunciado en orden a requerir el acto negocial de disposición de la acción—aún más— se infringieron los artículos 221 y 222 de la Ordenanza del ramo respecto de todo este instituto procesal, sino que, sin la autorización procedimental del caso, se comenzó a instruir una causa criminal ante la justicia ordinaria no teniéndose todavía jurisdicción para ello.

Es de absoluta corrección y procedencia que el juez ordinario, advertido de esta anómala situación, haya repuesto la causa al estado de que se practiquen las actuaciones que los antedichos artículos establecen.

Es cuanto puedo informar sobre la materia que en derecho me ha sido consultada. Mis conclusiones y los razonamientos que las apoyan, ceden—como parece innecesario advertirlo— ante cualesquiera otros argumentos contrarios de mayor peso y ciencia.