

# Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

TRIBUNALES TRIBUTARIOS Y  
ADUANEROS





# **Revista de Derecho**

Universidad Finis Terrae

TRIBUNALES TRIBUTARIOS Y  
ADUANEROS

Segunda época año I, N°2-2013

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae  
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae  
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae  
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae  
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra  
Jorge Baraona | Universidad de los Andes  
Mario Fernández | Universidad de Chile  
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile  
Luis Ortiz | Universidad de Chile  
Fernando Barros | Abogado  
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal

Corrección de texto y estilo:

Eduardo Guerrero

Administración

Av. Pedro de Valdivia 1509

(56-2) 2420 7100

[www.uft.cl](http://www.uft.cl)

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año I, N°2-2013

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

Registro de Propiedad Intelectual N° 241.494

ISSN 0717-716X

Santiago de Chile

Año 2013

## ÍNDICE

### 7 EDITORIAL

#### ARTÍCULOS

- 9 Andrés Grünewaldt Cabrera  
AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y  
RETENCIÓN DE MEDICAMENTOS EN TRÁNSITO POR PARTE DE  
AUTORIDADES EUROPEAS
- 31 Enrique Navarro Beltrán  
EL NUEVO CONTENCIOSO TRIBUTARIO
- 47 Jaime Gallegos Zúñiga y Rodrigo Polanco Lazo  
EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA COMERCIAL DE CHILE
- 81 Hernán Martini Gutiérrez  
NOMENCLATURA ARANCELARIA
- 125 Jaime García Escobar  
ANÁLISIS DE SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES  
TRIBUTARIOS Y ADUANEROS
- 163 Miguel Ángel Tapia Araya  
NATURALEZA JURÍDICA DEL AGENTE DE ADUANA EN  
CHILE Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS NUEVOS TRIBUNALES  
TRIBUTARIOS Y ADUANEROS
- 191 Sebastián Doren Villaseca  
ENTRENAMIENTOS DE ADUANAS, CONTEXTO JURÍDICO  
E IMPORTANCIA EN LA LUCHA CONTRA LOS PRODUCTOS  
FALSIFICADOS

- 203 Rodrigo González Holmes  
FACULTADES DE FISCALIZACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE  
ADUANAS
- 221 Rodrigo Ríos Álvarez  
REVISIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE  
CONTRABANDO PROPIO
- 247 Carolina Carreño Orellana  
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY  
QUE CREÓ LOS TRIBUNALES TRIBUTARIOS Y ADUANEROS:  
PRECEDENTES VERSUS SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL
- 285 NORMAS DE PUBLICACIÓN
- 289 ACTIVIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO

## EDITORIAL

### REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

SEGUNDA ÉPOCA N°2-2013

El presente número se encuentra dedicado a la nueva jurisdicción tributaria y aduanera que rige en Chile, como consecuencia de la dictación de la Ley N° 20.332, publicada en el DOF, el 27 de enero de 2009, que fortalece y perfecciona la dicha judicatura especializada.

En primer lugar, nos ha correspondido analizar el nuevo contencioso tributario en Chile en el marco de los principios constitucionales desarrollados por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A su vez, la sentencia que se pronunció sobre la ley que creó precisamente los nuevos tribunales tributarios y aduaneros es sistematizada por Carolina Carreño.

Los profesores Jaime Gallegos y Rodrigo Polanco se refieren a la evolución jurídica de la política comercial chilena, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Andrés Grünewaldt se detiene en el agotamiento del derecho de propiedad industrial y la retención de medicamentos en tránsito por parte de autoridades europeas.

En el ámbito aduanero se incluyen diversos artículos. Miguel Ángel Tapia explica la naturaleza jurídica del Agente de Aduana. Hernán Martini aborda la nomenclatura arancelaria. Mientras que Sebastián Doren se refiere a los entrenamientos de Aduanas, contexto jurídico e importancia en la lucha contra los productos falsificados. Por su parte, Rodrigo González analiza las facultades de fiscalización del Servicio Nacional de Aduanas.

Especial relevancia tiene en esta materia la revisión de las más relevantes sentencias judiciales pronunciadas. Así, el profesor Jaime García destaca las principales decisiones que han sido pronunciadas por dicha nueva magistratura especializada. Por último, Rodrigo Ríos, quien coordinó esta publicación, se refiere a la revisión crítica de la jurisprudencia en materia de contrabando propio.

Tal como señalamos en el número anterior, la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, continuadora de una publicación anual que se efectuó desde 1997, desea próximamente ajustarse a las exigencias propias de los procesos de indexación modernos, de manera que en el mediano plazo se pueda tener acceso a la misma a través del espacio cibernético en soporte electrónico además de papel; por lo que invitamos no sólo a los profesores de la Facultad de Derecho sino a todos los investigadores y juristas del país y del extranjero a enviar sus colaboraciones, de manera de formar parte de esta nueva época de la publicación.

Enrique Navarro Beltrán  
Director *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*

## AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y RETENCIÓN DE MEDICAMENTOS EN TRÁNSITO POR PARTE DE AUTORIDADES EUROPEAS

### THE INDUSTRIAL PROPERTY RIGHT EXHAUSTION AND THE RETENTION OF IN TRANSIT MEDICINES BY EUROPEAN AUTHORITIES

ANDRÉS GRÜNEWALDT CABRERA<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto analizar el agotamiento del derecho de propiedad industrial y las medidas de frontera, con especial énfasis en las patentes de invención vinculadas a medicamentos. Ello, teniendo como marco las suspensiones de despacho temporal de productos farmacéuticos en tránsito realizadas entre los años 2008 a 2010 por la Unión Europea, la posible vulneración de la normativa internacional que regula la materia y la disputa de India y Brasil contra la Unión Europea que actualmente se desarrolla en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio.

**Palabras clave:** Medidas de frontera. Agotamiento del derecho. Importaciones paralelas. GATT. ADPIC. Declaración de Doha. Suspensión condicional del despacho. Mercaderías en tránsito. Aduanas.

**Abstract:** The present paper aims to tackle the exhaustion of the industrial property right and the border measures procedures, focusing on the pharmaceutical patents. The latter, in light of the suspensions of pharmaceutical products in transit that that took place in Europe from 2008 until the end of 2010, the potential violation of international treaties and the international dispute of India and Brazil against the European Union in the Dispute Settlement Understanding system of the World Trade Organization.

**Key words:** Border measures. Exhaustion right. First sale doctrine. Parallel imports. GATT. TRIPS. Doha Declaration. Seizure. Products in transit. Customs.

<sup>1</sup> Abogado Universidad de Chile. Asociado estudio Silva & Cía. LLM Duke University, Estados Unidos (Becario Becas Chile); Magíster en Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Valencia, España (Becario Becas MAE AECE); Magíster © en Derecho con mención en Derecho Económico, Universidad de Chile (Beca jóvenes profesores). Profesor de Postítulo en las Universidades Finis Terrae y Adolfo Ibáñez. Mail: agrunewaldt@silva.cl

## I. INTRODUCCIÓN

La economía mundial moderna descansa sobre el comercio internacional de bienes y servicios, actividad que hoy prácticamente no conoce barreras ni fronteras para su desarrollo.

Si bien el actual sistema tiene su origen en los acuerdos de Bretton Woods de 1947<sup>2</sup>, son los tratados multilaterales aprobados a partir de la Organización Mundial de Comercio (en adelante indistintamente OMC), establecida en el año 1995 en el marco de las negociaciones de la Ronda de Uruguay, en donde se expresa de manera más gráfica y patente la normativa que actualmente rige el comercio internacional. Este tratado marco ha sido complementado por la existencia de acuerdos bilaterales y multilaterales de libre comercio, los cuales, liderados principalmente por los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea, recogen muchos principios y normas de la OMC.

Por su parte, la propiedad intelectual ha ido en sintonía con esta corriente, siendo justamente el anexo 1C del Convenio por el cual se estableció la OMC, denominado Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante indistintamente ADPIC), el principal instrumento internacional donde se establecen los estándares mínimos de protección en esta materia<sup>3</sup>.

En materia de propiedad industrial, si bien los ADPIC consagran un monopolio temporal para el titular de una patente de invención, al mismo tiempo establecen ciertos límites, por lo que, respetando una patente de invención sobre un principio activo debidamente registrado en determinados países, la propiedad industrial no debiera ser un obstáculo para el comercio internacional, por ejemplo, entre países en donde ese producto farmacéutico no fue protegido por una patente, ya sea porque el innovador no presentó la solicitud dentro del plazo de prioridad consagrado

<sup>2</sup> Por medio de este acuerdo se establecieron las bases que actualmente rigen las economías modernas, creándose instituciones tan relevantes como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (conocido como GATT), el cual fuera de reducir las tarifas arancelarias, estableció ciertos principios encaminados a limitar las prácticas restrictivas en el comercio internacional.

<sup>3</sup> Si bien los ADPIC son el principal convenio internacional sobre propiedad intelectual vigente, resulta importante hacer presente que este acuerdo recoge muchas de las normas de los tratados internacionales marco, esto es, el Convenio de París sobre Propiedad Industrial de 1883 y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886.

en la ley, o bien porque la patente ya expiró, o derechamente fue denegada por no cumplir con los requisitos de novedad, nivel inventivo o aplicación industrial, o era un producto o procedimiento cuya protección no estaba autorizada. Eso, como veremos más adelante, en teoría.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo es revisar en términos generales en qué consiste el agotamiento del derecho en materia de propiedad industrial, centrandolo en el análisis en la tensión existente entre los derechos emanados de una patente de invención, por un lado, y la libre circulación de los bienes en el comercio internacional y el acceso a la salud pública y los medicamentos, por otro. A su vez, se analizarán las facultades de Aduanas para suspender el despacho de mercaderías mediante las medidas de frontera, deteniéndose en un importante caso que ha pasado prácticamente desapercibido en nuestro país, el cual dice relación con la retención de medicamentos genéricos en tránsito desde India a Sudamérica por parte de Aduanas europeas, para luego, mediante un análisis de la procedencia de la misma, emitir una opinión acerca de la legitimidad de esta medida.

## II. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO

### 1. Antecedentes generales

Como ya hemos anticipado, la propiedad industrial otorga a su titular un monopolio temporal con determinados derechos exclusivos en relación con un producto o un procedimiento. Es así como en el caso de las patentes de invención, el inciso primero del artículo 49 de la Ley 19.039 de Propiedad Industrial (en adelante Ley 19.039 o LPI indistintamente) dispone que el dueño de una patente de invención gozará de exclusividad para producir, vender o comercializar, en cualquier forma, el producto u objeto del invento y, en general, realizar cualquier otro tipo de explotación comercial del mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, estos derechos tienen ciertos límites, siendo pertinente para estos efectos detenerse en la institución del agotamiento del derecho, por medio del cual “*el derecho exclusivo del que goza un titular de un derecho de propiedad intelectual termina en el momento en que él introduce (o permite introducir) en el comercio productos o bienes que están protegidos por dicho derecho*”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Castro García, Juan David (2009). *El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual*. Revista la Propiedad Inmaterial de la Universidad Externado de Colombia, N°13, pp. 253-282 (p. 256).

A nivel local, Carmen Paz Álvarez, a propósito de un artículo circunscrito a marcas comerciales, señala que *“es el efecto que se produce cuando un titular de la marca, por sí o a través de tercero que obra con su consentimiento, introduce en el comercio un producto protegido con dicha marca, perdiendo por ello la facultad de impedir ulteriormente, sobre la base de los derechos exclusivos que emanan de esa marca, que el producto circule libremente en el mercado”*<sup>5</sup>.

Esta institución jurídica puede ser de tipo nacional, regional o internacional<sup>6</sup>.

El agotamiento nacional o territorial es el más estricto de los tres sistemas. Bajo este mecanismo, el derecho del titular se agota después de la primera comercialización de los productos protegidos dentro de los límites del Estado donde se encuentra reconocido el derecho, pero no cuando la comercialización se ejecuta fuera del país. En otras palabras, el titular no puede impedir que la mercancía una vez puesta en el mercado sea comercializada dentro de la geografía nacional por cualquier distribuidor en las condiciones y lugares que este estime, respetando desde luego las reglas de la competencia desleal; sin embargo, su derecho recobra vida o no se entiende agotado cuando la mercancía es puesta en el comercio en un segundo país, y una tercera persona intenta importarla al país del titular. A modo ejemplar, se puede citar a los Estados Unidos de Norteamérica como un ejemplo de este sistema.

A su vez, el agotamiento regional se produce cuando el titular de los derechos realiza la primera venta del producto en una región determinada, manteniendo la facultad de prevenir su ingreso a la región cuando la puesta en el comercio se haya hecho por fuera de la región de que se trate. Este es el caso de la Unión Europea.

Por último, bajo la teoría del agotamiento internacional, una vez que el titular del derecho ha puesto su mercancía en el comercio y recibido el valor de la misma, pierde cualquier posibilidad de control o intervención sobre el destino de la misma, siendo irrelevante el lugar de la comercialización

<sup>5</sup> Álvarez Enríquez, Carmen Paz (2006). “Importaciones paralelas y agotamiento de derechos en la jurisprudencia chilena”. En Morales, Marcos (edit.), *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: Ed. Lexis Nexis, pp. 331-356 (p. 336).

<sup>6</sup> Abbott, Cottier and Gurry (2007). *International Intellectual Property in an integrated world economy*. New York: Wolters Kluwer, p. 58.

del bien legítimo. En este contexto, se genera lo que en doctrina se han denominado las importaciones paralelas, esto es, el comercio internacional de bienes originales que ya han sido objeto de una primera venta por parte del titular del derecho de propiedad industrial, perdiendo este último el derecho de controlar el destino ulterior de los mismos.

En doctrina también se le conoce como grey market o mercado gris, ya que si bien se trata de productos legítimos, estos no han sido comercializados a través de la cadena de distribución autorizada por el titular del derecho de propiedad industrial.

En cuanto a las razones para elegir alguno de los tres sistemas anteriormente esbozados, estas son principalmente de índole económica.

Los partidarios del sistema de agotamiento internacional argumentan que este sistema constituye un importante estímulo al comercio internacional, ya que los productores pierden la posibilidad de segmentar los distintos mercados en base a las normas de propiedad industrial, debiendo estandarizar los precios de sus productos en los distintos mercados internacionales en los cuales están inmersos, maximizando la demanda global. De esta forma, se promueve la competencia y la eficiente asignación de los recursos<sup>7</sup>.

Por otro lado, los defensores del agotamiento nacional y regional sostienen que este sistema permite a los productores segmentar los precios en los diferentes mercados donde tienen derechos de propiedad industrial, lo cual aumenta las ganancias, fomentando por ende la innovación y la inversión en activos intangibles de este tipo, generando un círculo virtuoso en el cual se estimula el empleo y crecimiento de este tipo de industrias. Además, se argumenta que en el caso de las patentes farmacéuticas, esta segmentación permitiría bajar los precios de estos productos en los países subdesarrollados que realmente los necesitan, pudiendo hacerlo sin el temor que mediante importaciones paralelas se exporten a países desarrollados donde su precio es mayor.

Desde luego, la elección de uno u otro sistema al final del día debiera pasar por el escenario interno en el cual cada uno de los países enfrenta, siendo por un lado el agotamiento internacional el sistema predilecto para los

<sup>7</sup>Abbott y otros, obra cit., p. 59.

países subdesarrollados y en vías de desarrollo, y el agotamiento regional o nacional el régimen que por regla general aplican los países desarrollados, en los cuales se encuentran las empresas dueñas de la propiedad intelectual a nivel mundial.

## **2. Consagración normativa**

Como punto de partida, resulta necesario partir señalando que a nivel internacional, si bien existe una referencia a esta institución, los distintos tratados no se definen por un determinado sistema de agotamiento del derecho, principalmente por razones de índole política y económica esbozadas en los párrafos anteriores, las cuales impidieron que los diversos países se pusieran de acuerdo en un sistema uniforme.

El artículo 6 de los ADPIC, al referirse al tema, dispone que *“para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual”*.

En otras palabras, lo que los ADPIC señalan es que no se pueden utilizar las disposiciones del presente tratado, salvo las referidas al principio de no discriminación consagrado en el artículo 3 en materia de trato nacional y la regla de la cláusula de la nación más favorecida prevista en el artículo 4, en el contexto de un posible litigio en el seno de la OMC vinculado al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual. Lo anterior se traduce en el hecho que, incluso si un país sigue el sistema de agotamiento internacional, permitiendo por ende las llamadas importaciones paralelas, esto no puede dar lugar a un litigio internacional en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC, salvo que se esté violando alguno de los principios ya mencionados<sup>8</sup>.

Adicionalmente, para los efectos de este trabajo resulta sumamente importante referirse brevemente a la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, la cual tuvo lugar en Doha en noviembre del año 2001.

Si bien se debatieron múltiples medidas encaminadas a reducir los obstáculos al comercio, debido a una serie de presiones y precedentes

<sup>8</sup> Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos. Documento informativo de la Organización Mundial de Comercio. Disponible en: <http://www.eclac.org/ddisah/noticias/paginas/6/28386/adpic.pdf>

internacionales<sup>9</sup>, uno de los temas más relevantes fue el acceso a la salud pública y a los medicamentos.

En relación con lo anterior, tres hechos marcaron el destino de la citada cumbre: la conformación de un bloque potente de países subdesarrollados y en vías de desarrollo liderados por India y Brasil; los atentados del 11 de septiembre del 2001 en Estados Unidos, los cuales llevaron al citado país a tomar medidas para garantizar a la población el acceso a un medicamento eficaz contra el ántrax; y por último, una creciente preocupación respecto de la salud pública, debido a la desmejorada situación en que a juicio de varios autores quedaron los países subdesarrollados en materia de propiedad industrial<sup>10</sup>.

En este contexto, el 14 de noviembre del 2001, los 142 países miembros de ese entonces adoptaron la “Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”, la cual en términos generales hace hincapié en el hecho que los ADPIC deben ser interpretados de modo que protejan la salud pública, reafirmando el derecho de los miembros de la OMC a aprovechar las flexibilidades de este acuerdo para proteger la salud pública y potenciar el acceso a los medicamentos<sup>11</sup>.

Si bien en el párrafo 5, letra d), de la Declaración de Doha se vuelve a reiterar la regla consagrada en el artículo 6 de los ADPIC, en el sentido de permitir a los miembros de la OMC adoptar sus propias políticas y reglas en materia de agotamiento del derecho, significó un avance sumamente importante para poder lograr un sistema equilibrado<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Un antecedente sumamente importante previo a la Ronda de Doha fue la promulgación de una ley en Sudáfrica el año 1997 que autorizó la importación de medicamentos genéricos desde la India para combatir el VIH, política implantada por Nelson Mandela que significó que el precio original del tratamiento contra el SIDA bajara al 3,33% de su valor por paciente al año. Las principales compañías farmacéuticas multinacionales presentaron demandas por infracción a las patentes de invención concedidas en el citado país. Sin embargo, debido a la presión internacional, finalmente esas demandas no siguieron adelante.

<sup>10</sup> Uribe Arbeláez, Martín (2005). *La transformación de la propiedad intelectual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, p. 80.

<sup>11</sup> Correa, Carlos. “Repercusiones de la Declaración de Doha relativo al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”. Organización Mundial de la Salud (2002). Disponible en: <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4904s/s4904s.pdf>

<sup>12</sup> Si bien los países subdesarrollados trataron de imponer un sistema de agotamiento internacional en materia de patentes farmacéuticas, dicha propuesta no tuvo acogida en los países desarrollados.

Al igual que la Comunidad Andina<sup>13</sup>, nuestro país mediante la dictación de la Ley 19.996<sup>14</sup> ha optado por el sistema de agotamiento internacional, posibilitando la realización de “importaciones paralelas”.

En efecto, el artículo 49 de la Ley 19.039, fuera de enunciar el derecho exclusivo que otorga una patente de invención a su titular ya mencionado, consagra también sus limitaciones, regulando en forma expresa el agotamiento del derecho en su inciso penúltimo en los siguientes términos: *“La patente de invención no confiere el derecho de impedir que terceros comercialicen el producto amparado por la patente, que ellos hayan adquirido legítimamente después de que ese producto se haya introducido legalmente en el comercio de cualquier país por el titular del derecho o por un tercero, con el consentimiento de aquel”*.

Sin perjuicio que el agotamiento internacional de los derechos de propiedad industrial fue introducido el año 2005, es posible encontrar pronunciamientos de las comisiones preventivas y resolutivas y del actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los cuales se aprecia con claridad el reconocimiento del principio del agotamiento de derecho y de las importaciones paralelas, en especial tratándose de marcas comerciales<sup>15</sup>.

La postura del legislador a nuestro juicio va por el camino correcto y encuentra sus fundamentos en la propia Constitución Política, la cual si bien consagra y reconoce la propiedad industrial sobre patentes de invención, el alcance de este monopolio temporal debe interpretarse teniendo en cuenta otras garantías vinculadas a la libre circulación de los bienes, como por ejemplo el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, y la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

<sup>13</sup> El artículo 54 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina adopta esta postura, señalando que *“La patente no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por la patente, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular de la patente, o por otra persona con su consentimiento o económicamente vinculada a él”*.

<sup>14</sup> Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 11 de marzo del 2005.

<sup>15</sup> A modo meramente referencial es posible mencionar la Resolución N°562 de la Comisión Resolutiva del 28 de enero del 2000, relativa a la marca Carioca; el Dictamen N° 1.110 de fecha 14 de abril del 2000, relativo a las marcas OPW, Cicavon y Petrovend; la Resolución N°5/2005 de fecha 5 de mayo del 2005 del Tribunal de la Libre Competencia, relativa a la marca Chevron; o la sentencia N°68/2008 de fecha 18 de junio del 2008 del Tribunal de la Libre Competencia, relativa a la marca Eminence.

### III. LAS MEDIDAS DE FRONTERA

En estrecha relación con el agotamiento del derecho, se encuentran las denominadas medidas de frontera, por medio de las cuales se le otorgan facultades a las Aduanas para suspender temporalmente el despacho de mercaderías que eventualmente infrinjan derechos de propiedad industrial de terceros.

Este derecho tiene su consagración internacional en el artículo 51 de los ADPIC, el cual señala lo siguiente:

*“Los Miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen, adoptarán procedimientos para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor, pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación. Los Miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio”.*

En nuestro país, estas atribuciones fueron introducidas por la Ley 19.912<sup>16</sup>, la cual justamente adecua la legislación local a los compromisos recientemente adquiridos en el marco de la OMC.

En términos generales, la citada ley establece dos grandes sistemas de fiscalización, la suspensión ex parte y la ex officio. Respecto el primero de ellos, el artículo 6 de la ley en comento faculta a los titulares de derechos de propiedad industrial (incluidos los titulares de patentes de invención) y de derechos de autor y conexos para solicitar la suspensión temporal del despacho de mercaderías ante un juez civil, siempre y cuando existan motivos fundados para creer que se está cometiendo una infracción a las citadas leyes. Si el juez civil acoge la medida, oficiará de inmediato a Aduanas, naciendo un plazo de diez días hábiles, dentro de los cuales el

<sup>16</sup> Ley 19.912, del 4 de noviembre del 2003, adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos de la organización mundial del comercio OMC suscritos por Chile.

solicitante debe presentar una acción (civil o criminal) sobre el fondo del asunto y pedir la mantención de la citada medida<sup>17</sup>.

Por otro lado, el artículo 16 de esta ley entrega a Aduanas la facultad para suspender de oficio el despacho temporal de mercaderías que infrinjan el derecho de autor o una marca comercial, otorgando al titular un breve plazo de cinco días hábiles para ejercer la acción respectiva (casi siempre criminal) a fin de mantener la medida y perseguir la responsabilidad de los importadores.

Sobre este punto, resulta importante tener presente que la citada medida puede ser aplicada respecto de todo tipo de destinaciones aduaneras, concepto que ha sido definido por la Ordenanza de Aduanas en su artículo 71 en términos bastante amplios, señalando que se trata de “la manifestación de voluntad del dueño, consignante o consignatario que indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que ingresan o salen del territorio nacional”. Teniendo en cuenta la citada definición, prácticamente todas las actuaciones realizadas por el dueño, consignante o consignatario de mercaderías, quedan incluidas dentro de las facultades de fiscalización de Aduanas, estando las mercaderías en tránsito incluidas dentro de este procedimiento.

## **IV. LA SUSPENSIÓN DEL DESPACHO DE MEDICAMENTOS EN EUROPA**

### **1. Antecedentes**

Habiendo revisado en términos generales los principios básicos que rigen el intercambio de bienes desde el punto de vista de la propiedad industrial, resulta pertinente adentrarse en una polémica política aduanera europea que se hizo pública en el año 2008, en el marco de suspensiones temporales de despacho de medicamentos provenientes de India con destino a varios

<sup>17</sup> González Holmes, Rodrigo (2006). “Medidas en frontera hacia un segundo estadio en la protección”. En Morales, Marcos (edit.), *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: Ed. LexisNexis, pp. 213-220, p. 215. Esta medida, debido al alto estándar probatorio que exige la ley, no ha tenido aplicación práctica, siendo la suspensión de oficio el mecanismo aplicable en prácticamente todos los casos de medidas en frontera.

países de Sudamérica, la cual como veremos trajo como consecuencia la activación del sistema de resolución de conflictos de la OMC.

En efecto, entre los años 2008 a fines del 2010, al menos dieciocho cargamentos de medicamentos provenientes principalmente desde India con destino a países de América Latina y África fueron retenidos en puertos europeos en base al Reglamento CE No 1.383, del 22 de julio del 2003<sup>18</sup> (en adelante indistintamente el Reglamento), el cual le otorga a Aduanas la facultad de retener mercaderías que presuntamente infrinjan derechos de propiedad intelectual, utilizando este último concepto en términos bastante amplios, incluyendo posibles vulneraciones a una patente de invención<sup>19</sup>.

Lo llamativo de estos casos radica en el hecho que se trataba de principios activos que no tenían patentes de invención otorgadas en los países de origen y destino<sup>20</sup>, sino que solamente se encontraban protegidos por patentes otorgadas en los países de tránsito.

En el primero de ellos, la Aduana holandesa<sup>21</sup> retuvo la internación temporal a ese país de aproximadamente 570 kilos de losartán, principio activo utilizado para producir medicamentos para tratar la presión arterial. El producto provenía desde la India con destino final Brasil, pero fue retenido por las autoridades aduaneras holandesas en el aeropuerto en base a una supuesta infracción a una patente de invención válidamente registrada en Holanda por la empresa multinacional Merck. El titular de la patente exigió la renuncia de la mercadería por parte del exportador, bajo amenaza

<sup>18</sup> El Reglamento se encuentra disponible en español en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R1383:ES:NOT>

<sup>19</sup> El artículo 2.1. letra c) del Reglamento enumera las mercancías que pueden ser incautadas, mencionando en forma expresa a las patentes de invención.

<sup>20</sup> Algunos de los principios activos afectados por estas medidas son el clopidogrel (reduce probabilidad de ataques al corazón), la olanzapina (para desordenes psicóticos) y abacavir (para el tratamiento del VIH). En este último caso, la situación es particularmente grave, ya que se trataba de un cargamento coordinado por la UNITAID (organización internacional que promueve el acceso al tratamiento de enfermedades como el sida, la malaria y la tuberculosis en países subdesarrollados), proveniente desde India con destino a Nigeria, para combatir el VIH en ese país, en el contexto de un programa patrocinado por la Fundación Clinton y UNITAID.

<sup>21</sup> Holanda ha sido el país más agresivo en este tema, lo cual resulta bastante paradójico, ya que en el pasado fue uno de los principales defensores del acceso a la salud pública para los países subdesarrollados.

de destrucción del producto. Luego de permanecer por 36 días retenidas, el importador (Dr. Reddy) optó por la devolución de las mercaderías, las cuales no alcanzaron el puerto de destino en Brasil<sup>22</sup>.

Si bien prácticamente todas las suspensiones posteriores se basaron en una supuesta infracción a una patente de invención, en uno de ellas, autoridades alemanas detuvieron un cargamento de amoxicilina, en base a una supuesta infracción a la marca comercial “amoxil” de propiedad de GlaxoSmithKline, lo cual resulta al menos cuestionable, teniendo en cuenta que a nivel internacional hay absoluto consenso acerca de la prohibición de registro como marca comercial de un principio activo, por lo que si no es posible obtener una protección marcaria, resulta inviable sustentar una posible infracción que funde una medida de frontera<sup>23</sup>.

Estos casos llevaron a Brasil e India en mayo del año 2010 a ingresar una petición de consultas a la Unión Europea y Holanda en el seno del sistema de solución de diferencias de la OMC.

La Unión Europea se defendió señalando que las retenciones de medicamentos se ajustaron al Reglamento, el cual permite justamente la suspensión de mercaderías en tránsito que infrinjan derechos de propiedad intelectual de terceros. Además, la citada política se justifica en base al alarmante aumento del comercio de medicinas ilegales, las cuales son sumamente peligrosas para la salud de la población.

Por su parte, Brasil e India han argumentado que el Reglamento es contrario a las normas consagradas en los tratados internacionales (principalmente GATT, ADPIC y la Ronda de Doha), vulnerando los principios básicos que rigen el acceso a la salud pública y el libre comercio internacional de bienes.

En efecto, se señala que el Reglamento en comento vulneraría el artículo V del GATT, el cual consagra la libertad de tránsito por el territorio de cada parte contratante para el tráfico en tránsito con destino al territorio de otra

<sup>22</sup> Reis, Renata y Faria Janania (2010). “La incautación de medicamentos genéricos y la condena de la UE en Tribunal Permanente de los Pueblos”. Disponible en: <http://ictsd.org/i/news/pontes/99025/>

<sup>23</sup> Baker, Brook K. (2012). “Settlement of India/EU WTO Dispute re Seizures of In-Transit Medicines: Why the Proposed EU Border Regulation Isn’t Good Enough”. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=research>

parte contratante o procedente de él, que utilice las rutas más convenientes para el tránsito internacional, prohibiendo el establecimiento de requisitos innecesarios para mercaderías en tránsito. Adicionalmente, otra norma citada es el artículo 10, el cual dispone que cada parte contratante aplicará de manera uniforme, imparcial y razonable sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo.

A su vez, la citada medida violaría los ADPIC, los cuales nada menos que en su párrafo introductorio establecen como política la reducción de distorsiones e impedimentos al comercio internacional, procurando que los derechos de propiedad intelectual reconocidos en el presente tratado no se transformen en barreras artificiales de entrada para ciertos productos. En este sentido, el artículo 41 de los ADPIC es claro al señalar que las medidas de frontera “... se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso”, complementando esta regla en el párrafo siguiente al disponer que “... los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios”.

Adicionalmente, a fin de interpretar de manera correcta los ADPIC, resulta necesario tener a la vista la Declaración de Doha, la cual como ya se ha mencionado reafirma la importancia del acceso a la salud pública y el equilibrio entre los derechos de propiedad industrial y el acceso a medicamentos por parte de la población.

El derecho a la salud no solamente se encuentra consagrado en Doha, sino que en otros instrumentos internacionales mucho más relevantes, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Políticos, Sociales y Culturales, convenios que han sido ratificados por los países involucrados en este conflicto.

Adicionalmente, Brasil e India han sostenido que al no existir una patente sobre los principios activos comercializados tanto en el país de origen como en el de destino, se estaría violando el principio de territorialidad en materia de patentes, pilar consagrado nada menos que en el Convenio de París ya mencionado.

Estos mismos argumentos fueron utilizados por organizaciones latinoamericanas, las cuales demandaron a la Unión Europea ante el Tribunal Permanente de los Pueblos, el cual es un organismo internacional no gubernamental que tiene como misión investigar potenciales violaciones masivas a los derechos humanos que no encuentran respuestas institucionales a nivel nacional, continental o internacional. Si bien sus fallos no son vinculantes, constituyen un precedente en el marco de un caso de este tipo.

El citado tribunal en el año 2010 emitió un pronunciamiento condenando las políticas llevadas a cabo por la Unión Europea, señalando que el Reglamento sobre medidas de frontera aplicado por Europa no puede significar una disminución en el acceso a medicamentos genéricos fundamentales para los pueblos latinoamericanos.

Finalmente, dentro del contexto cronológico de los hechos, a fines de diciembre del 2010 se filtró en la prensa la supuesta intención de la Unión Europea de revisar y modificar su normativa aduanera para que eventuales cargamentos de medicamentos desde la India con destino a países subdesarrollados no sean retenidos mientras se encuentren en tránsito en Europa. Sin perjuicio de ello, hasta la fecha no se ha tenido conocimiento de una modificación formal al Reglamento.

Esta decisión se tomó en el contexto de las negociaciones del tratado de libre comercio entre India y la Unión Europea. Conforme al comisario europeo de comercio, “*el Reglamento CE 1.383 será modificado para atender las preocupaciones de la India*”<sup>24</sup>. Esto gatilló la suspensión de las acciones de la India contra la Unión Europea en la OMC<sup>25</sup>. Sin embargo, cabe hacer presente que hasta la fecha el caso sigue vigente. Asimismo, Brasil sigue firme en sus acusaciones ante la OMC<sup>26</sup>, probablemente a la espera de revisar la nueva redacción e implementación del Reglamento de medidas de frontera europea, para ver si gatilla la formación del panel de solución de conflictos y pasa a la segunda etapa o bien da por terminado el litigio.

<sup>24</sup> Noticia publicada en el sitio web: <http://www.essentialdrugs.org/efarmacos/archive/201101/msg00017.php>

<sup>25</sup> Para más antecedentes sobre las etapas y estado actual de este caso ver: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds408\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds408_s.htm)

<sup>26</sup> Para más antecedentes sobre las etapas y estado actual de este caso ver: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds409\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds409_s.htm)

## 2. Legitimidad y legalidad de la política de la Unión Europea

Como punto de partida, se estima importante partir señalando que las suspensiones temporales del despacho de medicamentos por parte de autoridades europeas aduaneras, en teoría se ajustan a lo dispuesto por el Reglamento CE 1.383 de 2003, el cual faculta a Aduanas para retener mercaderías en tránsito que eventualmente puedan infringir una patente válidamente otorgada en algunos de los países de la Unión. Bajo este supuesto, las autoridades han obrado con apego a la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de evaluar la legalidad del citado acto se debe ir mucho más allá del Reglamento, debiendo realizar una interpretación armónica de los principios y normas internacionales que regulan la materia, siendo pertinente cuestionarse la validez del citado Reglamento, o si se quiere, la interpretación que se le ha dado.

En el marco de una economía donde el libre tránsito internacional de bienes es uno de los pilares fundamentales, las excepciones que impiden el comercio internacional deben estar sumamente fundadas e interpretarse de manera restrictiva, en especial cuando se trata de medicamentos, existiendo múltiples razones para sostener lo anterior.

Como punto de partida, el mismo preámbulo de los ADPIC, el cual forma parte integrante del tratado y constituye una herramienta sumamente importante para su interpretación, señala como objetivo principal la reducción de “... *las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo*”. En este mismo sentido, el artículo 41.1. de los ADPIC dispone que este tipo de procedimientos se aplicará de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberá prever salvaguardias contra su abuso.

Desde luego, si bien reafirma la importancia de la propiedad intelectual, al mismo tiempo es categórico en sostener que dicha protección no puede convertirse en un obstáculo para el libre intercambio de bienes.

Esto es reafirmado por el artículo 5 del GATT ya mencionado anteriormente, el cual, fuera de consagrar la libertad de tránsito, dispone que las eventuales restricciones impuestas por los estados “deberán ser razonables”, lo cual resulta a menos discutible en el contexto de una suspensión de

medicamentos amparada bajo una patente que no está registrada en el país de salida ni tampoco en el país de destino, encontrándose por un tema práctico en un avión que hizo una escala en Holanda.

La situación en estudio cobra mayor relevancia al tratarse de patentes de invención relacionadas con medicamentos, todo ello a la luz de la Ronda de Doha, la cual como ya se ha anticipado persigue como principal objetivo el establecimiento de acciones tendientes a fomentar el acceso a la salud pública y a potenciar el acceso a los medicamentos. Desde luego, las retenciones realizadas por las Aduanas Europeas no se encuentran alineadas con los citados principios, siendo contrarias al espíritu y letra de la Declaración de Doha<sup>27</sup>.

El preámbulo de los ADPIC, su artículo 41 y la Ronda de Doha deben servir de guías para interpretar los tratados no porque antojadizamente se estime como sensato o justo, sino porque nada menos que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados en su artículo 31, relativo a la regla general de interpretación, dispone que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, debiendo tener en cuenta su preámbulo y anexos, y también todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones<sup>28</sup>.

La aplicación de las citadas normas se encuentra en armonía con lo dispuesto en el anexo II del Acuerdo por el cual se creó la OMC, referido a las normas y procedimientos relativos a la solución de diferencias, específicamente el artículo 3.2., el cual dispone que los miembros reconocen que el citado sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, las cuales se encuentran justamente consagradas en la Convención de Viena.

<sup>27</sup> Abbott, Frederick (2009). “Los peores miedos hechos realidad: el decomiso de medicamentos genéricos”. Disponible en <http://ictsd.org/i/news/puentes/47478/>

<sup>28</sup> Seuba, Xavier (2009). “Border Measures Concerning Goods Allegedly Infringing Intellectual Property Rights: The Seizures of Generic Medicines in Transit”. Working Paper, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, p. 6.

Resulta importante tener presente que la situación en comento sería diametralmente opuesta si se estuviera frente a productos derechamente falsificados, esto es, reproducciones de medicamentos originales, con marcas comerciales utilizadas indebidamente, que no cuentan con ninguna autorización por parte del titular de los derechos de propiedad industrial. En este caso, una eventual suspensión del despacho por parte de Aduanas sí resultaría razonable y además sumamente necesaria, en los términos que el artículo 5 del GATT exige<sup>29</sup>. Sin embargo, en estos casos no estamos frente a medicamentos falsificados, sino más bien frente a principios activos que por diversas razones no gozan de protección en los países de origen y destino.

Sobre este punto, resulta interesante tener a la vista la definición que la propia Organización Mundial de la Salud (en adelante indistintamente OMS) ha dado sobre medicamentos falsos, señalando que *“Los medicamentos espurios, de etiquetado engañoso, falsificados o de imitación son medicamentos en cuyas etiquetas se incluye, de manera deliberada y fraudulenta, información falsa acerca de su identidad o procedencia”*. Lo anterior es importante, ya que en el caso en comento los titulares de las patentes de invención se refieren a los medicamentos retenidos como falsificados. Sin embargo, de la lectura de la definición que da la OMS sobre este concepto, pareciera ser que los medicamentos retenidos por las autoridades europeas no están incluidos en esta categoría de productos.

Por otro lado, si se sostuviera que el criterio de la Unión Europea es razonable, se estaría implícitamente cavando la tumba de las denominadas licencias no voluntarias consagradas en el artículo 31 bis de los ADPIC<sup>30</sup>, la cual es definida por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial chileno como *“... la autorización que confiere la autoridad competente a un tercero para utilizar una invención sin o en contra de la voluntad de su titular, por haberse configurado una situación de abuso monopolístico”*<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Para más antecedentes sobre los medicamentos falsos y la OMS ver <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/es/>

<sup>30</sup> Este artículo fue introducido el año 2005 mediante una importante enmienda a los ADPIC, señalando en su numeral primero que *“Las obligaciones que corresponden a un Miembro exportador en virtud del apartado f) del artículo 31 no serán aplicables con respecto a la concesión por ese Miembro de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un Miembro o Miembros importadores habilitados de conformidad con los términos que se enuncian en el párrafo 2 del Anexo del presente Acuerdo”*.

<sup>31</sup> Definición disponible en la página web del Instituto de Propiedad Industrial en el siguiente link: <http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/w3-propertyvalue-616.html>

Para ejemplificar el problema, si India y Brasil decretan una licencia obligatoria acorde al derecho local e internacional, respecto de un medicamento para combatir una grave pandemia, bajo este criterio, por el solo hecho de permanecer transitoriamente el cargamento en algún país europeo, se podría proceder a su retención y posterior incautación, lo que desde luego carece de todo sentido. En este escenario, en la práctica habría que obtener adicionalmente una tercera licencia no voluntaria en el país donde las mercaderías van a estar tan sólo unas horas, lo que va en contra de los principios y normas establecidos en el GATT, los ADPIC y la Ronda de Doha<sup>32</sup>.

Adicionalmente, otro principio básico en materia de propiedad industrial que también está en juego es el de territorialidad<sup>33</sup>, el cual en el caso de las patentes apunta a reforzar el alcance limitado de las mismas únicamente en los territorios donde existen registros vigentes. Los ADPIC han establecido excepcionalmente ciertas limitaciones al principio de territorialidad vinculadas a la importación de productos realizados bajo un procedimiento patentado, derecho consagrado en los artículos 5 del Convenio de París y 28.1.b. de los ADPIC. A su vez, ciertas legislaciones locales han consagrado limitadas excepciones al principio de territorialidad, como por ejemplo la consagrada en la legislación norteamericana, la cual prohíbe que componentes de una patente de invención sean exportados y luego ensamblados y vendidos en el extranjero<sup>34</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, ninguna de las citadas excepciones justifica la política adoptada por las autoridades europeas, la cual en la práctica se traduce en una aplicación extraterritorial de las leyes de propiedad industrial, al fundar las medidas de frontera en una patente que protege

<sup>32</sup> Para más antecedentes sobre las licencias no voluntarias ver Cerda Silva, Alberto. “Licencias obligatorias por razones de salud pública en Chile: un análisis comparativo con el acuerdo sobre los ADPIC”. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-00122010000200011&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-00122010000200011&lng=es&nrm=iso)

<sup>33</sup> El artículo 41 bis de la Convención de París consagra el principio de independencia de las patentes, en virtud del cual las patentes solicitadas en los diferentes países de la Unión por los nacionales de países de la Unión serán independientes de las patentes obtenidas para la misma invención en los otros países adheridos o no a la Unión. A su vez, los ADPIC hacen plenamente aplicables los artículos 1 a 21 del Convenio de París a todos los miembros de la OMC, con todo el alcance que ello implica. Si bien en estos tratados no se consagra en forma expresa el principio de territorialidad propiamente tal, se desprende de las normas anteriormente citadas.

<sup>34</sup> Seuba, Xavier, obra cit., p. 13.

productos que no van a ser ingresados y comercializados en el territorio donde fue concedida, situación que se ve agravada por el hecho de no tener protección en los países de origen y destino.

En este sentido, si se abre la puerta a una interpretación amplia respecto de la aplicación extraterritorial de la ley, en el futuro fabricantes norteamericanos podrían ser demandados en Europa, por violar por ejemplo las leyes medioambientales de la Unión Europea, no obstante estos productos se fabriquen en Estados Unidos y cumplan con las normas medioambientales del citado país, lo que desde luego generaría una inseguridad jurídica grave y una obstáculo importantísimo al comercio internacional<sup>35</sup>.

Por lo demás, en la práctica resulta sumamente complejo entregar a Aduanas la facultad para retener de oficio productos por potenciales infracciones a una patente de invención, ya que en caso de medicamentos, los funcionarios no van a tener las herramientas ni el conocimiento suficiente para comprobar si efectivamente el medicamento retenido corresponde a un determinado principio activo protegido, o bien se trata de una forma cristalina efectivamente patentada, o bien una composición farmacéutica confeccionada en violación de una patente que cubre el procedimiento de preparación de la misma.

Por último, resulta pertinente hacer presente que una hipotética suspensión de medicamentos en tránsito en Chile en base a una patente de invención concedida en nuestro país, pero no en los países de origen y destino, sería prácticamente imposible, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 19.912, Aduanas sólo tiene la facultad para retener de oficio productos que infrinjan el derecho de autor o una marca comercial, por lo que esta repartición pública no podría suspender de oficio mercaderías aduciendo una supuesta infracción a una patente de invención.

La única posibilidad sería intentar una acción civil, teniendo ya a mano toda la información sobre el cargamento que ingresaría a Chile ex ante, debiendo cumplir con las elevadas exigencias del artículo 8 de la Ley 19.912, esto es, acreditar la calidad de titular del derecho que reclama, expresar

<sup>35</sup> Abbott, Frederick M. (2009). "Seizure of Generic Pharmaceuticals in Transit Based on Allegations of Patent Infringement: A Threat to International Trade, Development and Public Welfare". Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1535521>

la acción que se propone interponer y someramente sus fundamentos, acompañar los antecedentes que permitan presumir la existencia de la infracción reclamada, describir de manera detallada de la mercancía a la que se aplicará la medida, identificar el lugar donde se encuentra o el de destino previsto, el puerto o aeropuerto por el cual se presentará, el nombre y domicilio del importador, dueño o consignatario, el país de origen y procedencia, y el medio de transporte e identidad de la empresa transportista. En la práctica, tener esta información antes que ingresen temporalmente las mercaderías es muy difícil, por no decir imposible.

En este contexto, valga recordar que el estándar requerido por los ADPIC no incluye la obligación de incorporar dentro de las medidas de frontera la suspensión de mercaderías en tránsito, ni tampoco obliga a los países a extender las facultades de fiscalización de oficio en materia de infracciones a una patente de invención. Si bien tampoco lo prohíbe, dejando en libertad a las partes para regular internamente estos temas, si un miembro quiere ir más allá y establecer estas atribuciones adicionales, debiera ser respetando los principios y las normas ya comentadas.

## **V. CONCLUSIONES**

En el marco de la regulación internacional actual, resulta sumamente importante mantener un equilibrio entre la libre circulación de los bienes, el acceso a la salud pública y a los medicamentos y el respeto a los derechos de propiedad industrial adquiridos válidamente por terceros.

Esta compleja ecuación debe resolverse teniendo a la vista las normas contempladas en el Convenio de París, los ADPIC, la Ronda de Doha y la Convención de Viena, las cuales deben ser interpretadas de forma armónica, en especial cuando la salud pública está en juego.

En este contexto, y en base a todos los argumentos y consideraciones expuestos, se estima que el Reglamento CE 1.383 de la Unión Europea sobre medidas de frontera y la retención de principios activos realizada por autoridades europeas respecto de medicamentos que se encuentran en tránsito en puertos europeos que no se encuentran protegidos por patentes de invención en los países de origen y destino, que no son medicamentos falsos, y que no tienen como destino final un país de la Unión Europea, son contrarios a las disposiciones consagradas en la normativa internacional citada.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

Abbott, Cottier and Gurry (2007). *International Intellectual Property in an integrated world economy*. New York: Wolters Kluwer.

Abbott, Frederick M. (2009). “Los peores miedos hechos realidad: el decomiso de medicamentos genéricos”. Disponible en <http://ictsd.org/i/news/puentes/47478/>

Abbott, Frederick M. (2009). “Seizure of Generic Pharmaceuticals in Transit Based on Allegations of Patent Infringement: A Threat to International Trade, Development and Public Welfare”. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1535521>

Álvarez Enríquez, Carmen Paz (2006). “Importaciones paralelas y agotamiento de derechos en la jurisprudencia chilena”. En Morales, Marcos (edit.), *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: Ed. Lexis Nexis.

Baker, Brook K. (2012). “Settlement of India/EU WTO Dispute re Seizures of In-Transit Medicines: Why the Proposed EU Border Regulation Isn’t Good Enough”. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=research>

Castro García, Juan David (2009). *El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual*. Revista la Propiedad Inmaterial de la Universidad Externado de Colombia, N° 13.

Cerda Silva, Alberto. “Licencias obligatorias por razones de salud pública en Chile: un análisis comparativo con el acuerdo sobre los ADPIC”. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-00122010000200011&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-00122010000200011&lng=es&nrm=iso)

Correa, Carlos. “Repercusiones de la Declaración de Doha relativo al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”. Organización Mundial de la Salud (2002). Disponible en: <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4904s/s4904s.pdf>

González Holmes, Rodrigo (2006). “Medidas en frontera hacia un segundo estadio en la protección”. En Morales, Marcos (edit.), *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago: Ed. Lexis Nexis.

Reis, Renata y Faria Janania (2010). “La incautación de medicamentos genéricos y la condena de la UE en Tribunal Permanente de los Pueblos”. Disponible en: <http://ictsd.org/i/news/pontes/99025/>

Seuba, Xavier (2009). “Border Measures Concerning Goods Allegedly Infringing Intellectual Property Rights: The Seizures of Generic Medicines in Transit”. Working Paper, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland.

Uribe Arbeláez, Martín (2005). *La transformación de la propiedad intelectual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos. Documento informativo de la Organización Mundial de Comercio. Disponible en: <http://www.eclac.org/ddsah/noticias/paginas/6/28386/adpic.pdf>

#### **NORMAS CITADAS:**

Ley No. 19. 996, del 11 de marzo del 2005

Ley No. 19. 912, del 4 de noviembre del 2003

## EL NUEVO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

### THE NEW TAXATION DISPUTE

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analiza el nuevo contencioso tributario en Chile en el marco de los principios constitucionales desarrollados por la doctrina, derecho comparado y jurisprudencia del TC sobre la materia.

**Palabras clave:** Contencioso administrativo. Nombramiento de jueces tributarios. Administración de los tribunales. Procedimiento. Amparo tributario.

**Abstract:** In this article the new tax conflict in Chile is analyzed within the frame of the constitutional principles developed by doctrine, international comparative law and Constitutional Court's jurisprudence.

**Key words:** Administrative conflict. Appointment of tax judges. Administration of courts. Proceedings. Tax protection writ.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae.

## I. INEXISTENCIA EN CHILE DE UN PROCEDIMIENTO ÚNICO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### 1. Multiplicidad de contenciosos administrativos

En Chile, el contencioso administrativo presenta particularidades muy disímiles –que se han venido consignando por décadas–<sup>2</sup> desde el momento que no existe un procedimiento de carácter único, además de encontrarse disperso en diversas acciones que regulan la materia<sup>3</sup>.

Si bien existen algunos intentos recientes de establecer procedimientos, como es el caso de la libre competencia<sup>4</sup> y la contratación pública<sup>5</sup>, lo cierto es que en la actualidad a los tribunales de justicia se les ha ido entregando competencia para conocer los más diversos asuntos en que se ven enfrentados la administración y los particulares.

Para graficar lo anterior, cabe destacar que, de acuerdo a un estudio, en la actualidad se observa más de un centenar de procedimientos<sup>6</sup>.

Lo inorgánico de la materia se aprecia en la circunstancia que existen algunos contenciosos que son conocidos en primera instancia por tribunales ordinarios o por las Cortes de Apelaciones, siendo sólo en algunos casos procedente la revisión en la Corte Suprema.

Ejemplifica lo anterior la situación que se observa respecto de los servicios básicos. Así, por ejemplo, en materia eléctrica puede reclamarse de las sanciones impuestas por el regulador directamente a la Corte de Apelaciones

<sup>2</sup> Una visión panorámica de los autores del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, en Chile, VVAA (1982), *Los Tribunales Contenciosos Administrativos. Antecedentes para su estudio. Doctrina, Jurisprudencia y proyectos*.

<sup>3</sup> Sobre la materia vid. Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor) (2005). *La Justicia Administrativa*. LexisNexis.

<sup>4</sup> El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue establecido por modificación en virtud de la ley N°19.911, del 2003 (TC Rol 391/2003). Con anterioridad, existía una Comisión Resolutiva y Comisiones Preventivas Regionales.

<sup>5</sup> La ley N°19.886 otorga jurisdicción en esta materia al Tribunal de Contratación Pública. El TC revisó el texto en los autos rol N°378/2003.

<sup>6</sup> Vid. Carmona Santander, Carlos. “El contencioso administrativo entre 1990 y 2003”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor) (2005), *La Justicia Administrativa*. LexisNexis.

de Santiago, siendo susceptible de apelar ante la Corte Suprema<sup>7</sup>. En materia telefónica si bien se reclama de las resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones a la Corte de Apelaciones, respecto de dicha sentencia no cabe apelación en la Corte Suprema<sup>8</sup>. A su turno, en materia sanitaria existen diversos contenciosos, pudiendo impugnarse las sanciones ante un Juez de Letras<sup>9</sup> o ante la Corte de Apelaciones si se trata de resoluciones u omisiones de la Superintendencia de Servicios Sanitarios<sup>10</sup>.

En el ámbito financiero, se observan reclamos contenciosos administrativos respecto de las resoluciones o multas que imponga la Superintendencia de Bancos<sup>11</sup>, Superintendencia de Valores y Seguros<sup>12</sup>, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones<sup>13</sup> o la Sindicatura de Quiebras<sup>14</sup>.

Del mismo modo, existe un recurso de reclamación específico respecto de las resoluciones o instrucciones dictadas por el Banco Central<sup>15</sup>.

Por último, es del caso señalar que el Código del Trabajo señala diversas acciones en relación a decisiones administrativas de la Dirección del Trabajo<sup>16</sup>.

## **2. Situaciones –excepcionales– en que el contencioso administrativo se radica en primera instancia en un órgano administrativo**

Adicionalmente, es del caso tener presente que el procedimiento contencioso administrativo en Chile presenta ciertas particularidades –no exentas de

<sup>7</sup> Artículo 19 de la Ley N°18.410, Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

<sup>8</sup> Artículo 36 A de la Ley N°18.168, Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>9</sup> Artículo 13 de la Ley N°18.902, Ley Orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

<sup>10</sup> Artículo 32 de la misma Ley.

<sup>11</sup> El artículo 22 de la Ley General de Bancos consagra el procedimiento de reclamación ante la Corte de Apelaciones.

<sup>12</sup> El artículo 46 del Decreto Ley N°3.538, que regula el estatuto jurídico de la Superintendencia de Valores y Seguros, establece una reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>13</sup> El artículo 94 del Decreto Ley N°3.500, que se refiere al nuevo sistema de pensiones, prevé un reclamo ante la Corte de Apelaciones.

<sup>14</sup> Artículo 8 N° 5 y 22 de la Ley N°18.175, correspondiente a la Ley de Quiebras, modificada por la Ley N°20.004.

<sup>15</sup> Artículo 69 de la Ley N°18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central. El reclamo se presenta ante la Corte de Apelaciones de Santiago, pudiendo apelarse a la Corte Suprema.

<sup>16</sup> Entre otros vid. artículos 12, 27, 31, 34, 223, 305, 380, 474 del Código del Trabajo.

crítica por parte de la doctrina especializada–, habida consideración de que, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, persisten aún casos en que es la propia Administración la que resuelve en primera instancia las controversias que se suscitan entre la misma y los administrados.

Así, puede revisarse el contencioso municipal que le otorga al alcalde competencia para conocer de los reclamos contra las resoluciones u omisiones de sus funcionarios y de cuya resolución se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, siendo incluso procedente el recurso de casación ante la Corte Suprema<sup>17</sup>.

Similar situación es la que se observaba hasta la presente modificación legal en materia de aduanas<sup>18</sup>.

Como puede observarse, aunque se trata de una tendencia en retirada y fuertemente cuestionada, es del caso tener presente que, como lo señala un destacado administrativista trasandino, “tanto en Chile como en Argentina se ha admitido el ejercicio de potestades jurisdiccionales a favor de órganos administrativos en razones de especialidad funcional”<sup>19</sup>.

En Argentina, cabe tener presente que la Corte Suprema ha señalado que la facultad de los entes administrativos para juzgar no atenta con el debido proceso y el derecho a la defensa, en tanto el afectado pueda recurrir ante el Poder Judicial, de modo de revisar lo fallado<sup>20</sup>.

De este modo, como lo consigna la doctrina administrativa, se trata de órganos de la administración activa, dotados de “*funciones jurisdiccionales respecto de ciertas y determinadas materias que les han sido expresamente encargadas por la ley. Así, ejercen esta función, en determinados casos, el Director General de Aduanas, el Director General de Impuestos Internos*”<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Artículo 151 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N°1, del 2001, la que fue revisada en su constitucionalidad por el TC en los autos Rol N°50/1988, con motivo de una reforma al reclamo de ilegalidad municipal.

<sup>18</sup> Decreto con Fuerza de Ley N°30, del 2005, que fija el texto de la Ordenanza de Aduanas. El TC, conociendo de un proyecto que modernizaba el Servicio Nacional de Aduanas, dejó constancia de que dicho órgano ejercía funciones jurisdiccionales (Rol N°247/1996).

<sup>19</sup> Cassagne, Juan Carlos (2005). “La justicia administrativa en Iberoamérica”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor), op. cit., p. 22.

<sup>20</sup> “César y Antonio Karma SCICA”, Fallos, 310:360, citado por Sagües, Néstor Pedro (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, p. 761.

<sup>21</sup> Silva Cimma, Enrique (1996). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Introducción y Fuentes. Santiago: Ed. Jurídica, p. 33.

### 3. Breve referencia al Derecho Comparado

Como se sabe, en la justicia contenciosa administrativa, existen diversas modalidades y vertientes, en estricta concordancia con la tradición jurídica de cada uno de los países.

Así, la tradición francesa se origina con un fuerte énfasis en la resolución de los conflictos a través de órganos más bien de corte administrativo, particularmente, el Consejo de Estado. De este modo, se explica el otorgamiento de funciones de carácter jurisdiccional a órganos que forman parte del Ejecutivo.

En Inglaterra, en cambio, estas controversias están entregadas al conocimiento –en general– de los tribunales ordinarios. Alemania, a su turno, ha establecido una jurisdicción especial contenciosa administrativa situada fuera del Poder Judicial, mientras que en España forma parte de este último.

Sin embargo, en el curso del siglo XX, se han producido interacciones entre dichos modelos. Así, *“mientras que en Francia se comienza por entregar la resolución del contencioso administrativo a cuerpos administrativos que vienen a alcanzar paulatinamente un pleno o cuasi pleno carácter jurisdiccional, con sus correspondientes garantías, en Inglaterra el original sistema de control por tribunales ordinarios empieza a ser desplazado por la atribución de conocimiento de contenciosos administrativos especiales a órganos administrativos, sometidos en última instancia sólo a un control político”*<sup>22</sup>.

Incluso, la jurisprudencia estadounidense no ha estimado como contrario a la Carta Fundamental el que entidades administrativas puedan conocer ciertos contenciosos administrativos, exigiendo sí que el ciudadano pueda impugnar lo resuelto ante los tribunales de justicia<sup>23</sup>.

En Hispanoamérica, por último, se observan diversas variantes en el contencioso tributario<sup>24</sup>. Así, en primer lugar, en ciertos países como

<sup>22</sup> Aldunate Lizana, Eduardo (2005). “La evolución de la justicia administrativa”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor), op. cit., p. 15.

<sup>23</sup> V. Vigoriti (1970). *Costituzione e Giustizia Amministrativa negli Stati Uniti D’America*. Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, cit. por Bordalí Salamanca, Andrés. “Principios de una nueva justicia administrativa en Chile”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor), op. cit., p. 348.

<sup>24</sup> Vid. la excelente obra del jurista uruguayo Valdés Costa, Ramón (1992). *Instituciones de Derecho Tributario*. Depalma.

Argentina, Costa Rica, México, Perú y Chile<sup>25</sup>, se advierte la existencia de tribunales fiscales administrativos. En Brasil, Paraguay y Venezuela, se han establecido tribunales judiciales especializados en el seno del Poder Judicial. Del mismo modo, en Bolivia, Ecuador y Guatemala se han instituido tribunales independientes. Por último, en Colombia y Uruguay se han otorgado competencias en estas materias al Consejo de Estado y al Tribunal Contencioso Administrativo, respectivamente, como entes autónomos.

## II. EL NUEVO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

La nueva legislación, recientemente aprobada, importa un avance significativo en la justicia tributaria chilena. En efecto, por más de medio siglo las reclamaciones tributarias habían sido de competencia de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, en cuanto órganos que ejercen jurisdicción y que no forman parte del Poder Judicial. Ello motivó abundante crítica por parte de la doctrina especializada nacional<sup>26</sup> e, incluso, extranjera<sup>27</sup>.

El Tribunal Constitucional ya había señalado que el Director Regional del Servicio de Impuestos, como órgano jurisdiccional de primera instancia, no se encontraba en todo caso sujeto a las instrucciones que pudiere emitir al efecto el propio Servicio, debiendo fallar de acuerdo al mérito del proceso, a la prueba rendida, y respetando siempre los principios de un debido proceso<sup>28</sup>.

Lo sustancial es que, a partir de ahora, se establece una judicatura letrada, especializada e independiente de la autoridad administrativa.

### 1. Mecanismo de designación de los jueces

El nuevo Juez Tributario y Aduanero será nombrado por el Presidente de la República, de una terna elaborada por la respectiva Corte de Apelaciones,

<sup>25</sup> Ello ha cambiado sustancialmente con la presente modificación legal que comentamos en estas notas.

<sup>26</sup> Vid., entre otros, Revista de Derecho Económico, N°64, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1984, y Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, N°4, 2000.

<sup>27</sup> Valdés Costa, Ramón (1982). *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericanos*. Montevideo.

<sup>28</sup> TC, Rol N°616/2007.

la que a su vez será confeccionada sobre la base de una lista de un mínimo de cinco y un máximo de diez nombres propuesta por el Consejo de la Alta Dirección Pública.

De la historia fidedigna del establecimiento de la norma, se desprende que no se trató de una materia en la que existiera consenso por parte de los legisladores.

La norma sufrió modificaciones desde el texto primitivo, en que se entregaba al Ministerio de Hacienda dicha facultad, hasta el definitivo, en el que se la radicó en el Consejo de la Alta Dirección Pública, con el propósito específico de garantizar la “*idoneidad de los jueces tributarios*”.

Ello motivó que algunos parlamentarios hicieran presente eventuales dudas sobre la constitucionalidad del texto (senador Vásquez, entre otros). A su turno, ciertos diputados insistieron en la idea de que la Corte de Apelaciones debía elaborar con absoluta libertad las ternas con los candidatos que cumplieran con las debidas exigencias de especialización tributaria. Incluso, se sostuvo que el concurso podría estar única e íntegramente en manos del Poder Judicial (senador Gómez).

Por lo mismo, la Corte Suprema hizo presente sus reparos en cuanto a la intervención de órganos que se relacionan con el Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda, de forma tal que “*sería preferible entregar a las mismas Cortes de Apelaciones la ejecución de tales concursos públicos*”<sup>29</sup>.

Este tipo de procedimientos de designación de jueces, que podría denominarse de carácter mixto, no es del todo ajeno al ordenamiento jurídico chileno, aunque excepcional, si se piensa que, por ejemplo, tratándose del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de conformidad a la Ley N°19.911, participan órganos ajenos al Poder Judicial, como es el Banco Central, situación que fue estimada como ajustada a la Constitución Política por parte de esta Magistratura<sup>30</sup>. Algo similar –aunque evidentemente con matices– podría sostenerse respecto del Tribunal de la Contratación Pública<sup>31</sup> y del Tribunal de Propiedad Industrial<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> CS, Oficios 349, de 2 de noviembre de 2007 y 176, de 6 de diciembre de 2005.

<sup>30</sup> TC, Rol N°391/2003.

<sup>31</sup> Rol N°378/2003.

<sup>32</sup> Rol N°432/2005.

De hecho, la Constitución Política de la República autoriza incluso que órganos de la Administración ejerzan jurisdicción, aunque sujeto a los principios de todo debido proceso, en los términos que señala el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, como lo indicaron, en su momento, la Corte Suprema y, desde el 2006, el Tribunal Constitucional<sup>33</sup>.

El legislador ha empleado formas similares de designación en órganos que no forman parte del Poder Judicial, aunque sí sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema.

En este caso, incluso, los jueces tributarios y aduaneros serán calificados anualmente por la respectiva Corte de Apelaciones.

Resulta, en todo caso, extraño el empleo de un mecanismo como el de la Alta Dirección Pública, que es más bien propio de organismos de carácter administrativo, en los términos que establece la Ley N°19.882, no debiendo olvidarse que la judicatura se estructura sobre la base de oficios y no de oficinas, a lo que debe agregarse la circunstancia que de acuerdo a recientes instrucciones dictadas por la Corte Suprema toda designación de jueces y funcionarios judiciales debe efectuarse sobre la base de un concurso público, en estricta armonía por lo demás con lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política<sup>34</sup>.

Sobre esta materia, el TC señaló que *“en principio no es objetable la participación del Consejo de Alta Dirección Pública en el procedimiento para designar los jueces y secretarios abogados de los nuevos tribunales”*<sup>35</sup>.

Sin embargo, se cuestionó la circunstancia que las Cortes de Apelaciones pudieran objetar en forma fundada y por una sola vez la lista confeccionada por el referido Consejo, dado que agotada la facultad de rechazo *“las Cortes se verán obligadas a aceptar las propuestas que aquel haga, las cuales, en consecuencia, prevalecerán, limitando seriamente la intervención de los tribunales en el procedimiento que se analiza”*<sup>36</sup>.

Se concluye que *“las Cortes están en situación de apreciar adecuadamente si los postulantes reúnen las condiciones necesarias para integrar un tribunal que ha de*

<sup>33</sup> TC, Rol N°472/2006.

<sup>34</sup> CS, Acta 275/2008, de 7.11.2008.

<sup>35</sup> Rol 1243/2008, consid. 16°.

<sup>36</sup> Ibid., consid. 17°.

*ser ‘objetivamente independiente’ y ‘subjétivamente imparcial’ en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, en conformidad con las exigencias de un debido proceso”<sup>37</sup>.*

Por último, cabe señalar que en atención a que se trata de una judicatura especializada que no forma parte del Poder Judicial, habida consideración del sistema de carrera judicial, se declaró como contraria a la Constitución Política la norma que les permitía integrar las ternas para Ministro de Corte de Apelaciones<sup>38</sup>.

## **2. Unidad administrativa**

En los artículos 18 y siguientes de la ley que comentamos, se establece una Unidad Administradora. Se trata de un órgano funcionalmente desconcentrado de la Subsecretaría de Hacienda, a quien se le otorgan ciertas facultades de gestión administrativa, tales como el pago de remuneraciones, provisión de inmuebles, adquisición de materiales y medios informáticos y, en general, la ejecución de la administración financiera de los tribunales.

Su vinculación tiene pues sólo carácter administrativo, toda vez que siempre su dependencia jerárquica y jurisdiccional quedará sujeta a la respectiva Corte de Apelaciones y, en definitiva, a la Corte Suprema, cuyas facultades tienen fundamento constitucional, según lo ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>39</sup>.

Al aprobarse esta norma, un senador señaló que el establecimiento de dicha repartición “*rompe el necesario principio de independencia judicial*” (señor Larraín). Otros propusieron que formara parte de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (Novoa y Prokurica).

Ello motivó que la Corte Suprema hiciera presente que los Tribunales Tributarios y Aduaneros, al depender de dicha unidad, no sería “*posible reconocerle(s) la autonomía propia del ejercicio de la jurisdicción a cargo de tribunales independientes de otros Poderes del Estado, en especial si por la naturaleza de los asuntos comprendidos en su competencia, deberá conocer de reclamaciones en*

<sup>37</sup> Ibid., consid. 19°.

<sup>38</sup> TC, Rol 1243/2008.

<sup>39</sup> Rol N°795/2007.

*contra de actuaciones de otros Servicios que se relacionan precisamente con la misma Subsecretaría de Hacienda*<sup>40</sup>.

En todo caso, según se dejó constancia expresamente en la discusión de la disposición, el Ejecutivo se comprometió a revisar esta institución, por lo que su carácter de ser transitorio, mientras se implementa la nueva legislación.

Esta materia no fue sometida a conocimiento del Tribunal Constitucional por parte del Congreso Nacional, no presentando el carácter de normativa orgánica constitucional, al no referirse a la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia, en los términos que indica el artículo 77 de la Carta Fundamental, tal como se ha resuelto en casos similares por dicha Magistratura<sup>41</sup>, razón por la cual no fue revisada<sup>42</sup>.

En todo caso, como afirma Stolleis Michael<sup>43</sup>, el Estado de Derecho no es barato, pero sin tribunales independientes no existe verdaderamente un Estado de Derecho. Dentro de dicha autonomía por cierto debe encontrarse la financiera.

Y es que, como señalara el gran jurista Karl Loewenstein en su clásica obra Teoría de la Constitución, *“la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador del poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado Democrático Constitucional de Derecho”*.

### **3. El procedimiento general contencioso tributario**

La ley establece (artículos 123 y siguientes del Código Tributario) que la acción de reclamación tributaria ante el nuevo Tribunal Tributario y Aduanero debe presentarse dentro de un plazo de 90 días, ampliándose así en 30 días respecto del texto actualmente vigente en el Código Tributario<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Oficio 349, del 2 de noviembre del 2007.

<sup>41</sup> Por ejemplo, en los autos Roles N°s 107/1990, 304/2000 y 442/2005, entre otros.

<sup>42</sup> Hubo votos disidentes sobre este punto por parte de los ministros señores Vodanovic, Fernández Baeza y Venegas

<sup>43</sup> Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland.

<sup>44</sup> Artículo 124 del Código Tributario.

Cabe tener presente que se puede solicitar reposición ante la misma autoridad administrativa que dictó el acto, dentro del plazo de 15 días, lo que no interrumpe el plazo para la interposición del reclamo judicial<sup>45</sup>.

Del reclamo del contribuyente se confiere traslado al Servicio de Impuestos Internos por el término de 20 días, quien deberá hacer sus alegaciones en defensa del acto administrativo.

El Tribunal Tributario y Aduanero deberá recibir la causa a prueba, en caso de existir controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente.

El término probatorio se extenderá por 20 días y dentro de él se deberá rendir toda la prueba, la que deberá ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica.

El juez tendrá un plazo de 60 días para dictar sentencia, contado desde el vencimiento del término probatorio.

Contra la sentencia de primera instancia podrá interponerse recurso de apelación, dentro del plazo de 15 días, el que se tramitará en cuenta, a menos que cualquiera de las partes solicite alegatos dentro del quinto día. Cabe tener presente que las Cortes de Apelaciones de Valparaíso, Concepción, Santiago y San Miguel deberán tener una sala especializada<sup>46</sup>.

Finalmente, en contra de dicha sentencia, podrán interponerse recursos de casación en la forma y fondo.

#### **4. Amparo tributario**

Por último, cabe destacar que las disposiciones legales recientemente aprobadas establecen una acción especial de tutela ante el Juez Tributario y Aduanero.

<sup>45</sup> Esta disposición presenta características diversas a la norma contemplada en la ley de procedimiento administrativo, conforme a la cual *“interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquella no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada. Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo. Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que este interponga sobre la misma pretensión”* (artículo 54 de la Ley N°19.880).

<sup>46</sup> Nuevos incisos finales del artículo 66 del Código Tributario.

En efecto, si producto de un acto u omisión del Servicio de Impuestos Internos, un particular considera vulnerados los derechos de libertad económica (artículo 19 N°21)<sup>47</sup>, igualdad en el trato económico (artículo 19 N°22) o propiedad (artículo 19 N°24)<sup>48</sup>, se puede solicitar amparo ante el Tribunal Tributario, dentro del plazo de 15 días hábiles.

La normativa indica que interpuesta la acción de protección constitucional, de acuerdo al artículo 20, no se podrá a la vez recurrir de amparo tributario. Debe tenerse presente que conforme a las últimas modificaciones del Auto Acordado de Protección, el plazo para impetrar esta acción constitucional es de 30 días<sup>49</sup>.

Cabe tener presente que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado “ *juzgó necesario y conveniente impedir el uso de ambas herramientas de protección, o sea, esta acción especial de amparo tributario y el recurso constitucional de protección de garantías, para evitar que sobre unos mismos hechos puedan ventilarse procesos separados, que concluyan en sentencias contradictorias o incompatibles. Tuvo en cuenta, además, que la jurisprudencia invariable de las Cortes de Apelaciones no admite el recurso de protección si hay otras vías para atacar en sede jurisdiccional el acto u omisión impugnados. Finalmente, estimó ella que el precepto en análisis no merece reparo de inconstitucionalidad, porque no niega al interesado el ejercicio del recurso de protección constitucional, sino que le da la posibilidad de optar entre aquel y la acción de protección tributaria*”<sup>50</sup>.

El Tribunal Constitucional declaró ajustada la normativa a la Ley Fundamental, entendiendo que la protección debe a lo menos ser declarada admisible por la Corte de Apelaciones, puesto que de no ser así los afectados quedarían privados tanto de la acción de protección como del amparo tributario, lo que infringiría los artículos 19 N° 3 y 76<sup>51</sup>. En tal sentido, debe recordarse que la acción de protección es “sin perjuicio de los

<sup>47</sup> Sobre la materia vid. Navarro Beltrán, Enrique (2001). *La libertad económica y su consagración constitucional*. Revista Chilena de Derecho, N°28, pp. 299-310.

<sup>48</sup> Acerca del alcance jurisprudencial del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política vid. Navarro Beltrán, Enrique (2005). “Constitucionalización del Derecho Civil: la protección sobre las cosas incorporales”. En *Obra conmemorativa de 150 años del Código Civil*. Editorial LexisNexis, pp. 517-531.

<sup>49</sup> CS, Acta N°70-2007, publicada en el Diario Oficial del 8 de junio del 2007.

<sup>50</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, del 8 de julio del 2008.

<sup>51</sup> TC, Rol 1243/2008, consid. 48.

demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Será interesante, entonces, analizar de qué forma y en qué medida esta nueva acción de tutela será ejercida y cómo ello traerá aparejada la disminución de las acciones de protección<sup>52</sup>, sin perjuicio de lo cual respecto de la libertad económica también resulta procedente el amparo económico establecido en la Ley 18.971<sup>53</sup>.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

Aldunate Lizana, Eduardo (2005). “La evolución de la justicia administrativa”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (edit.), *La justicia administrativa*. LexisNexis.

Bordalí Salamanca, Andrés (2005). “Principios de una nueva justicia administrativa en Chile”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (edit.), *La justicia administrativa*. LexisNexis.

Carmona Santander, Carlos, “El contencioso administrativo entre 1990 y 2003”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor) (2005), *La Justicia Administrativa*. LexisNexis.

Cassagne, Juan Carlos (2005). “La justicia administrativa en Iberoamérica”. En Ferrada Bórquez, Juan Carlos (edit.), *La justicia administrativa*. LexisNexis.

Navarro Beltrán, Enrique (2001). *La libertad económica y su consagración constitucional*. Revista Chilena de Derecho, No.28.

Navarro Beltrán, Enrique (2005). “Constitucionalización del Derecho Civil: la protección sobre las cosas incorporales”. En *Obra conmemorativa de 150 años del Código Civil*. Editorial LexisNexis.

Navarro, Beltrán, Enrique (2005). *Recurso de amparo económico: revisión de 15 años (1991-2006)*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, 9.

<sup>52</sup> Sobre la materia vid. Soto Kloss, Eduardo (1982). *El Recurso de Protección*.

<sup>53</sup> En materia de amparo económico vid. Navarro Beltrán, Enrique (2005). *Recurso de Amparo Económico: revisión de 15 años (1991-2006)*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, 9.

Sagües, Néstor Pedro (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo II.

Silva Cimma, Enrique (1996). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Santiago: Ed. Jurídica.

Soto Kloss, Eduardo (1982). *El Recurso de Protección*.

Valdés Costa, Ramón (1982). *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericanos*. Montevideo.

Valdés Costa, Ramón (1992). *Instituciones de Derecho Tributario*. Depalma.

VVAA (1982), *Los Tribunales Contenciosos Administrativos. Antecedentes para su estudio. Doctrina, Jurisprudencia y proyectos*.

#### **NORMAS CITADAS:**

Ley Nº18.410, Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

Ley Nº18.168, Ley General de Telecomunicaciones.

Ley N 18.902, Ley Orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Decreto Ley Nº3.538, que regula el estatuto jurídico de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Decreto Ley Nº3.500, que se refiere al nuevo sistema de pensiones.

Ley Nº18.175, correspondiente a la Ley de Quiebras, modificada por la Ley Nº20.004.

Ley Nº18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central.

Ley Nº18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº1, del 2001.

Decreto con Fuerza de Ley Nº30, del 2005, que fija el texto de la Ordenanza de Aduanas.

Código Tributario.

**JURISPRUDENCIA CITADA:**

TC, Rol N°616/2007.

TC, Rol N°472/2006.

TC, Rol N°391/2003.

Tribunal de Contratación Pública, Rol N°378/2003.

Tribunal de Propiedad Industrial, Rol N°432/2005.

TC, Rol N°472/2006.

TC, Rol N°795/2007.

TC, Rol 1243/2008.



## EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA COMERCIAL DE CHILE

## JURIDICAL EVOLUTION OF THE COMMERCIAL POLICY OF CHILE

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA<sup>1</sup>

RODRIGO POLANCO LAZO<sup>2</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analiza la evolución jurídica de la política comercial chilena, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

**Palabras clave:** GATT. OMC. Libre comercio. Regionalismo. Tratados de libre comercio.

**Abstract:** This article examines the legal evolution of Chile's trade policy, starting on the second half of the twentieth century.

**Key words:** GATT. WTO. Free trade. Regionalism. Free trade agreements.

<sup>1</sup> Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. [jgallegos@derecho.uchile.cl](mailto:jgallegos@derecho.uchile.cl). Autor, entre otras obras, de: "Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional, en particular el régimen de sanciones establecidas en el marco de la Organización Mundial de Comercio", en *Revista Derecho y Humanidades* N°16; "Tendencias unificadoras del Derecho Comercial Internacional en el plano latinoamericano", en *Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho Privado*, Thomson Reuters, 2012; "La propiedad (industrial) en entredicho. Algunos elementos para tener en cuenta en materia de patente de medicamentos", *Anuario de Derecho Comercial y marítimo de la Universidad de Valparaíso*, N°3, 2011.

<sup>2</sup> Abogado y Magíster en Derecho Económico Universidad de Chile, LL.M. International Legal Studies, New York University. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. [rpolanco@derecho.uchile.cl](mailto:rpolanco@derecho.uchile.cl); Autor, entre otras obras, de: "The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2012", *Swiss Review of International and European Law*, N°3, September 2013 (co-authored with Prof. Thomas Cottier, Tobias Naef, Tetyana Payosova, Victor Saco & Charlotte Sieber-Gasser); "A Legal View on Border Tax Adjustments and Climate Change: A Latin American Perspective", co-author with Professor Valentina Durán, in *Sustainable Development Law & Policy (SDLP)*, American University Washington College of Law, Vol. XI, Issue 3, Spring 2011; and in "Energía, cambio climático y sustentabilidad, una mirada desde el derecho" (Pilar Moraga, ed.), Thomson Reuters Chile, June 2013; "Denunciation of Investment Treaties: Causes and Consequences", in "Estado y Futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina" (José Manuel Álvarez Zárata, Holger Hestermayer and Michelle Grando, eds), Universidad Externado de Colombia, March 2013.

*“Aunque no sea aún un país del Primer Mundo, y le falte bastante para serlo, Chile ya no es un país subdesarrollado. En el último cuarto de siglo ha progresado de manera sistemática, afianzando su sistema democrático, abriendo su economía e integrándose al mundo y fortaleciendo su sociedad civil de una manera que no tiene parangón en el continente latinoamericano”<sup>3</sup>.*

## **I. CHILE DURANTE LA VIGENCIA DEL GATT<sup>4</sup>**

### **1. Primer período 1947-1975**

La postura de Chile en materia de comercio exterior, como ha ocurrido en la mayor parte de los países de América Latina, ha oscilado con el paso de los años.

En un primer momento, al acordarse el GATT en 1947<sup>5</sup>, Chile fue uno de los países signatarios, apoyo que también se brindó a la Carta de La Habana de 1948, con la cual se intentaba crear la abortada Organización Internacional de Comercio, que no pudo formarse por el rechazo a esta iniciativa por parte del Senado de Estados Unidos<sup>6</sup>, potencia vencedora de la segunda guerra mundial, sin cuyo apoyo explícito ninguna propuesta podía surgir<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Vargas Llosa, Mario (2009). *Sables y utopías*.

<sup>4</sup> GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) o Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles.

<sup>5</sup> Antes de esta fecha, la política comercial exterior ya había oscilado bastante, ya que previo a la crisis económica surgida en 1929, el país había enfocado el grueso de su actividad hacia el comercio exterior (en lo que se ha denominado “desarrollo hacia afuera”), obteniendo gran parte de los ingresos a través de la exportación de los minerales, muy especialmente del salitre. Luego de la crisis y las distintas políticas proteccionistas que siguieron las distintas potencias, fue necesario cambiar el enfoque de las políticas económicas, lo que llegó a una decidida acción del Estado, impulsando un desarrollo “hacia adentro” (Pinto Santa Cruz, Aníbal (1954). *El desarrollo de la economía chilena. Vol. I. Antecedentes sobre el desarrollo de la economía chilena (1925- 1952)*. Santiago: Editorial Pacífico S.A., p. 9). Es por estos años que se establecen licencias y cuotas de importación, controles cambiarios múltiples y fijación de precios (Salazar, Gabriel y Pinto, Julio. (2002). *Historia contemporánea de Chile III, La economía de mercados, empresarios y trabajadores*. Santiago: Lom Ediciones, pp. 32- 36).

<sup>6</sup> Vallejos De la Barra, Federico (2011). *Del GATT a la OMC: la participación de Chile*. Revista Hemiciclo, N°4, p. 85.

<sup>7</sup> Sin embargo, ello no impidió que el GATT fuera aplicado de manera “temporal” y parcial, a través de la suscripción del Protocolo de Aplicación Provisional que entró en vigencia el año 1948, y del cual Chile no fue suscriptor inicial.

No obstante adherir a los términos del GATT de 1947, la doctrina imperante en el país y en la región era la Industrialización por Sustitución de Importaciones (ISI), pregonada de manera ferviente por el Secretario Ejecutivo de la CEPAL, el argentino Raúl Prebisch, que llevó a que, por cerca de tres décadas, el país (como país *periférico*) estableciera una serie de restricciones al libre comercio de mercaderías (con los países del *centro*), tendientes a fomentar y proteger la industria nacional<sup>8</sup>, para combatir –por esta vía– el permanente deterioro en los términos de intercambio<sup>9</sup> en que habían caído los productos nacionales luego de acaecida la crisis de inicios de los años treinta, que impedían –para mantener equilibrada la balanza de pagos– importar la misma cantidad y calidad de bienes y por ello requería que aquellos fueren sustituidos<sup>10</sup> (de manera no del todo satisfactoria) por la producción nacional<sup>11</sup>.

El modelo de industrialización por sustitución de importaciones tuvo diferentes manifestaciones concretas, entre las cuales podemos mencionar que desde 1934 se establecieron tipos de cambio especiales para la exportación de minerales, para efectos de que el fisco pudiere captar más recursos a título de tributo por la exportación de este mineral; la implantación en 1956, mediante la Ley N° 12.084, de un sistema de depósitos previos<sup>12</sup>; diferentes tipos de cambio, que favorecían aquellas industrias que se querían potenciar y, además, incentivos especiales a las industrias manufactureras mediante créditos especiales y múltiples y altas tasas arancelarias con los mismos objetivos, lo que hacía de la normativa comercial internacional un conjunto complejo y poco estable en el tiempo<sup>13</sup>, ya que las condiciones se modificaban periódicamente según los constantes

<sup>8</sup> Meller, Patricio (1996). *Un siglo de economía política chilena (1890–1990)*. Santiago: Editorial Andrés Bello, pp. 50–55; Hachette, Dominique (2001). “La reforma comercial”. En Centro de Estudios Públicos, *La transformación económica de Chile*, 2da edición, Santiago, p. 295.

<sup>9</sup> Baltra Cortés, Alberto (1969). *América Latina y la segunda UNCTAD*. Revista Estudios Internacionales, N°4, pp. 451–453.

<sup>10</sup> En aplicación de aquella política se lograron reducir, en gran medida, las importaciones de productos que fueron reemplazados por otros de elaboración local en área de textiles, productos químicos y farmacéuticos, explosivos, pinturas y barnices, entre otros (Pinto Santa Cruz, Aníbal. Op. cit., pp. 92–93).

<sup>11</sup> Ibid., pp. 11–15.

<sup>12</sup> Haindl, Erik (2007). *Chile y su desarrollo económico en el siglo XX*. Santiago: Editorial Andrés Bello, p. 97.

<sup>13</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 296.

déficit en la balanza comercial<sup>14</sup>, que demostraba el país con el correr de los años y el éxito de las presiones de los sectores productivos respectivos.

En paralelo a ello, Chile fue un actor que impulsaba un régimen diferenciado mediante esquemas de integración regional, y por ello participó primero de ALALC en 1960<sup>15</sup>, el primer intento para convenir un programa de integración regional con la finalidad de redefinir el sistema que regulaba las condiciones comerciales en Latinoamérica<sup>16</sup> –la que pese a despertar grandes expectativas tuvo “magros”<sup>17</sup> resultados – y luego, en 1969, concurrió a formar el Pacto Andino de Naciones, que, entre otros elementos, buscaba establecer un trato diferenciado en materia arancelaria para los países de aquel bloque de la vertiente occidental de la cordillera de los Andes<sup>18</sup>.

En paralelo, el GATT se desenvolvía a través de distintas rondas de negociación, estando las primeras cinco (1947-1961) enfocadas en el ingreso de nuevos miembros<sup>19</sup> y la reducción de aranceles, abordando las posteriores

<sup>14</sup> Otra de las causas del fracaso del modelo de industrialización por sustitución de importaciones, fue el que junto con la falta de coordinación de las políticas comerciales y productivas de los países de la región, los deficientes niveles de ingreso de la población, que se traducían en una estrecha capacidad de consumo, no lograban sostener en términos eficientes la producción local (De Arruda Sampaio, Plinio (2008). “Notas sobre los desafíos de la integración latinoamericana”. En *La Integración en América Latina: De la retórica a la realidad*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, p. 44).

<sup>15</sup> Mediante la firma del Tratado de Montevideo, con fecha 18 de febrero de 1960, se dio origen a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Los países fundadores fueron Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, incorporándose posteriormente Colombia (1961), Ecuador (1962), Venezuela (1966) y Bolivia (1967).

<sup>16</sup> Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) (2009). *Chile 20 Años de Negociaciones Comerciales*. Santiago, p. 30.

<sup>17</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 296 ; dentro de las críticas y fracasos que pueden formularse a ALALC está el hecho de que no pudo lograr su objetivo de crear una zona de libre comercio y además que en virtud de este se confririeron concesiones arancelarias que tuvieron el carácter de inmóvil, lo que impidió flexibilizar los márgenes ante los constantes cambios de la economía (Valencia Astorga, Manuel (1978). “Participación de Chile en esquemas bilaterales y multilaterales latinoamericanos”. En *Nuevas Perspectivas de la Integración Latinoamericana*. Santiago: Editorial Universitaria, pp. 15-16.

<sup>18</sup> El 26 de mayo de 1969, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú suscribieron el Acuerdo de Cartagena, que dio origen al Grupo Andino o Pacto Andino. Venezuela se adhirió al mismo el 13 de febrero de 1973.

<sup>19</sup> En el caso de Chile, pese a ser miembro fundador del GATT sólo accedió formalmente mediante la adhesión al Protocolo de Aplicación Provisional desde el 16 de marzo de 1949. Véase: Davis, Christina L. (2011). “Joining the Club: Accession to the GATT/WTO”. Disponible en: [http://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/joiningtheclub\\_DavisWilf.pdf](http://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/joiningtheclub_DavisWilf.pdf)

nuevos temas, como ocurrió con las rondas Kennedy (1964-1967) y de Tokio (1973-1979), en las cuales se discutieron por vez primera la situación de las medidas anti-dumping y de otras medidas no arancelarias, de manera de perfeccionar y regulando, con carácter multilateral, el sistema de comercio internacional<sup>20</sup>. No obstante ello, aquellas rondas no dejaron de ser cuestionadas por algunos autores, que señalaban que, en ellas, meramente se conseguían beneficios para los países desarrollados<sup>21</sup>.

Por otra parte, el país se vio beneficiado del Sistema General de Preferencias (SGP), gestado en la Conferencia de Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), de 1968, en virtud del cual las mercaderías provenientes de este país (y en general de los países en desarrollo) recibían un mejor trato arancelario, no recíproco, al exportar tales bienes a los países desarrollados. En efecto, en el año 1971, las Partes Contratantes del GATT aprobaron una excepción a la cláusula de la nación más favorecida por un período de diez años, a fin de autorizar los esquemas del SGP. Posteriormente, las Partes Contratantes decidieron aprobar en 1979 la denominada “Cláusula de Habilitación”<sup>22</sup>, en virtud de la cual se estableció una exención permanente al artículo I del GATT, a fin de que los países pudieran conceder un trato arancelario preferente en el marco de sus respectivos esquemas nacionales de SGP<sup>23</sup>.

A nivel local, por su parte, el país ostentaba, en los años setenta, diferentes resguardos proteccionistas. *“En septiembre de 1973, el arancel aduanero promedio era de 105%, con aranceles que variaban del 0% hasta el 750%. Además, las importaciones correspondientes al 3,6% de las posiciones tarifarias estaban prohibidas, y a las importaciones correspondientes al 56% de otras posiciones tarifarias se les aplicaba un depósito previo de 10.000% por noventa días sin intereses sobre su valor CIF, lo que las hacía virtualmente prohibitivas (...)”*<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Lowenfeld, Andreas (2002). *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 46-60.

<sup>21</sup> Baltra Cortés, Alberto. Op. cit., p. 464.

<sup>22</sup> Decisión del 28 de noviembre de 1979 de las Partes Contratantes (26S/203), titulada “Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo”.

<sup>23</sup> Según la información disponible de UNCTAD, a la fecha se han notificado dieciséis esquemas nacionales del SGP: Australia, Belarús, Bulgaria, Canadá, Comunidad Europea, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Hungría, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Polonia, República Checa, República Eslovaca, Suiza y Turquía. UNCTAD, About GSP, disponible en: <http://unctad.org/es/paginas/DITC/GSP/About-GSP.aspx>

<sup>24</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 299.

## 2. Segundo período 1975-1990

Fue con posterioridad, una vez producido el quiebre político institucional de 1973, que el Gobierno Militar introdujo una serie de cambios radicales en el modelo económico imperante<sup>25</sup>, que desde luego significó una transformación sustancial a la política de comercio exterior del país, la que a juicio de los economistas claves en la renovación de las políticas económicas en Chile era “nefasta”<sup>26</sup>, pues importaba restringir el acceso a muchos bienes productivos y también estimulando inadecuadamente la importación de bienes de primera necesidad, desincentivando su producción local (afectando en gran medida a la agricultura), y llevando a que la industria local se avoque en bienes suntuarios (pues los importados quedaban afectos a altos aranceles) sin que se detenten cualidades o ventajas comparativas para ello<sup>28</sup>. Se criticaba el hecho de que “la política proteccionista, orientada hacia adentro, que básicamente asiló a los productores locales de la competencia extranjera, a expensas de los consumidores y de la eficiencia económica general”<sup>29</sup>.

Tales cambios se implementaron a través de una serie de medidas, en primer término, a través de la reducción unilateral de los aranceles<sup>30</sup>, acompañadas de ajustes periódicos (pero en ocasiones erráticos)<sup>31</sup> de los tipos de cambio, para los productos importados, que ya fueron anunciando a partir de 1974<sup>32</sup> y que conduciría luego de un proceso gradual de un arancel máximo de un

<sup>25</sup> “Se presentaba como un proyecto global, de construcción de un nuevo tipo de sociedad e incluso de una nueva cultura, todo lo cual se presentaba como modelo alternativo respecto al socialismo como a la democracia liberal” (Moulián, Tomás y Vergara, Pilar (1980). *Estado, ideologías y políticas económicas en Chile: 1973-1978*. Revista Estudios CIEPLAN, N°3, p. 68).

<sup>26</sup> De Castro, Sergio (1992). *El Ladrillo. Bases de la Política Económica del Gobierno Militar Chileno*. Santiago: Andros Impresores, p. 73.

<sup>27</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 299.

<sup>28</sup> De Castro, Sergio. Op. cit., pp. 73-74.

<sup>29</sup> Larraín, Felipe (1998). *América Latina a las puertas del siglo XXI: Hacia una asociación transpacífica, América Latina y Asia-Pacífico: Oportunidades ante la Crisis*. Colección de Estudios Internacionales. Santiago, p. 377.

<sup>30</sup> Briones, Álvaro (1998). “Chile ante la integración latinoamericana”. En *Integración eurolatinoamericana*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, p. 590.

<sup>31</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 302.

<sup>32</sup> Moulián, Tomás y Vergara, Pilar. Op. cit., p. 81; Buchi Buc, Hernán (1993). *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, p. 45.

60% en 1977, a un arancel uniforme del 10% en junio de 1979<sup>33</sup>, eliminación de las distorsiones arancelarias<sup>34</sup>, de las prohibiciones de importar y de restricciones cuantitativas, y también del sistema de depósitos previos con sumas prohibitivas (que a 1973 afectaba a la mitad de las importaciones con una tasa del 10.000%)<sup>35</sup>. Además de todo ello, se estableció una serie de mecanismos para potenciar la industria exportadora eficiente en el país<sup>36</sup>, en base a ventajas comparativas y competitivas, y no bajo la óptica de un Estado planificador, que busca a toda costa industrializar el país, incluso en aquellos sectores en que no se contaba con resultados eficientes, como había ocurrido en los años anteriores.

Aquellas medidas fueron impulsadas por los que fueron denominados *Chicago Boys*, y como era de esperarse, en su momento fueron fuertemente resistidas por los actores empresariales locales, que se encontraban cómodos con el esquema de protección industrial a través de restricciones al libre comercio, lo que llevó a que incluso se tildase a estos economistas como “traidores a la patria”<sup>37</sup>.

La adopción de estas medidas condujo a un aumento significativo de las importaciones bajo un régimen general y no selectivo y también de las exportaciones, en este último caso, especialmente en las áreas de uso

<sup>33</sup> La “receta” original, formulada en “El Ladrillo”, aconsejaba la fijación de un arancel uniforme para todo tipo de bienes importados con una tasa de un 30%; otra medida que se recomendaba decía relación con el establecimiento de un valor mínimo de aforo, que permitiera evitar prácticas de dumping, que quisieran llevar a cabo los productores de bienes importados, permitiendo con ello el examen de los precios bajo el promedio de los precios internacionales de los últimos tres o cinco años; abolir las prohibiciones de importación, entre otros (De Castro, Sergio. Op. cit., pp. 76-77). La excepción a aquella regla la constituía el sector automotriz, que mediante el DL 1239 de 1975, y luego, mediante el DL 2629 de 1979, gozó de un régimen especial, con aranceles que fluctuaban entre el 10% y el 90%.

<sup>34</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 300.

<sup>35</sup> Ffrench-Davis, Ricardo (2003). *Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad. Tres décadas de políticas económicas en Chile*. Santiago: JC. Sáez Editor, tercera edición, p. 117.

<sup>36</sup> “Un modelo económico de esas características requería de una reestructuración de la oferta industrial, concentrándola en una gama seleccionada de bienes y de una concentración de los recursos en un número limitado de industrias que pudieran aprovechar plenamente las economías a escala para lograr niveles de productividad que les permitieran competir en los mercados externos” (Moulián, Tomás y Vergara, Pilar. Op. cit., p. 83)

<sup>37</sup> Edwards, Sebastián (2009). *Populismos o mercados. El dilema de América Latina*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, pp. 130- 132.

intensivo en recursos naturales, lo que no dejó de ser blanco de críticas por parte de algunos economistas nacionales, quienes además han observado que ello llevó a la importación de bienes de consumo y no bienes de capital, que unido a la fijación del tipo de cambio a \$39 en 1979 no potenció la industria nacional<sup>38</sup>.

Este cambio de prisma, supuso romper los postulados económicos imperantes en la región<sup>39</sup>, lo que entre otros aspectos, condujo al retiro del país, en 1976<sup>40</sup>, del Pacto Andino de Naciones, del cual había sido su fundador<sup>41</sup>, ya que este “nunca rindió los frutos esperados”<sup>42</sup>. Entre otros aspectos, las autoridades económicas del Gobierno Militar estimaban que a través de la inversión extranjera<sup>43</sup> se podrían percibir recursos para obtener bienes de capital necesarios para el proceso de industrialización selectivo exportador que estaba emprendiendo el país<sup>44</sup>, que bajo los márgenes del esquema de integración subregional, contenidos en la Decisión 24 del Pacto Andino, resultaban muy difíciles de alcanzar. Dicha Decisión establecía el Régimen Común Andino para las Inversiones Extranjeras, el que incluía normas regulatorias sobre la entrada y salida de esas inversiones, las que entraron en conflicto directo con la dictación por parte del Gobierno de Chile del “Estatuto de la Inversión Extranjera”, aprobado en abril de 1974 por el Decreto Ley 600, el que se abrió absolutamente a las inversiones desde

<sup>38</sup> Ffrench-Davis, Ricardo. Op. cit., pp. 100-102, 121, 122.

<sup>39</sup> Briones, Álvaro. Op. cit., pp. 595-596.

<sup>40</sup> Moulián, Tomás y Vergara, Pilar. Op. cit., p. 100; Hachette, Dominique. Op. cit., p. 300.

<sup>41</sup> Criticando la vía de la integración subregional el ex ministro Hernán Büchi ha señalado: “*Aquí estaba la trampa del Pacto Andino, que era un proyecto aún mucho más insignificante. Integrarse al uno o al dos por ciento de la economía mundial puede ser consolador para algunas mentes, pero lo que eventualmente se puede ganar de tal integración no vale nada en comparación a las oportunidades que pasan a perderse por efecto de hacer acuerdos regionales o subregionales con mentalidad de clausura*” (Buchi Buc, Hernán. Op. cit., p. 48).

<sup>42</sup> Walker, Ignacio (2006). *La política exterior chilena*. Revista Estudios Internacionales, N°155, p. 20.

<sup>43</sup> En esta misma línea, en 1977 se introdujeron una serie de modificaciones en el sistema financiero, en particular en la Ley de Cambios internacionales, que permitió el aumento de los márgenes de endeudamiento externo para la banca comercial privada (Moulián, Tomás y Vergara, Pilar. Op. cit., p. 101.). Se decía de las inversiones extranjeras que aportan “*no sólo capitales sino que conocimientos y tecnología; por ello deben ser bienvenidas al amparo de un estatuto razonable que garantice la soberanía nacional, la eficiencia y la equidad respecto de los inversionistas nacionales que no deben sufrir ninguna discriminación respecto de los extranjeros*” (De Castro, Sergio. Op. cit., pp. 83-84).

<sup>44</sup> Buchi Buc, Hernán. Op. cit., pp. 46-47.

el exterior<sup>45</sup>. Además, el arancel externo común que manejaba este esquema subregional, coartaba la libertad del país, en el proceso sistemático de reducción de los aranceles en el cual se encontraba avocado<sup>46</sup>.

Apartir de ese momento, Chile adoptó una vía propia y jugó un rol de pionero<sup>47</sup> en las reformas. Se transformó en un verdadero lugar de “experimento” en la instauración de un nuevo modelo económico, estructurado sobre los principios del libre mercado, en que el Estado asume un rol subsidiario de mero regulador, previniendo y sancionando los desajustes que puedan producirse en el juego de la oferta y la demanda.

Un académico argentino<sup>48</sup>, comentando esta vía adoptada por Chile, señala: “(...) *la evolución de su economía interna y su inserción en el ámbito internacional, definen a Chile como un mercado emergente. Ya desde mediado de la década del 70, la política económica mundial tendió a captar este tipo de mercados. Chile fue el primer país latinoamericano que reestructuró su aparato productivo para insertarse en una economía crecientemente globalizada, dejando atrás décadas de fuerte proteccionismo. Por este motivo, se ha convertido en un modelo para el resto de los países latinoamericanos y se ha colocado incluso, en pie de igualdad con los denominados Tigres Asiáticos*”.

Ahora bien, como hemos ya esbozado, no fue ajeno a los economistas que tutelaban las transformaciones económicas bajo la administración castrense, el implementar, en conjunto con la reducción de los aranceles, una promoción a las exportaciones<sup>49</sup>, traducido en subsidios para asesoría y comercialización en el extranjero y establecimiento de créditos especiales dirigidos a financiar proyectos destinados a la exportación, entre otras medidas.

<sup>45</sup> DIRECON (2009). Op. cit., p. 40.

<sup>46</sup> De Castro, Sergio. Op. cit., p. 82. Otros autores han señalado que la incorporación misma originaria del país en el Pacto Andino de Naciones fue un error, ya que con los demás países miembros no se comparte una identidad común, suponiendo “*el alejamiento de un foco de desarrollo más avanzado, reemplazado por otro que además implicaba una redefinición de sus raíces culturales propias. Chile como ‘país andino’ se plegaba a cierta imagen y tradición que no correspondía con sus componentes sociales y raciales*” (Cardemil, Alberto (1997). *El camino de la utopía. Alessandri, Frei y Allende. Pensamiento y obra*. Santiago: Editorial Andrés Bello, p. 272).

<sup>47</sup> Larraín, Felipe. Op. cit., pp. 377-378.

<sup>48</sup> Da Silva, Carlos (1998). “Chile: Entre el globalismo y la integración regional”. En *El MERCOSUR en el nuevo orden mundial*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, segunda edición, pp. 133-134.

<sup>49</sup> De Castro, Sergio. Op. cit., p. 78.

Con todo, con ocasión de las nefastas consecuencias económicas de la crisis de 1982 en el país (y la región), las autoridades decidieron dar marcha atrás a algunas de las medidas liberalizadoras que tuvieron lugar años antes, para –entre otras finalidades– intentar paliar los grandes niveles de desempleo que presentaba nuestra economía. Fue así como se aumentó la tasa de arancel uniforme sentada en un 10% en 1979, “en momentos de duda ante la opción de continuar por el camino elegido o volver al pasado”<sup>50</sup>, a un 20% en 1983, y luego a un 35% en 1984, que en definitiva se transformaría en el arancel consolidado del país en la Ronda de Tokio<sup>51</sup>.

Sería luego, con la recuperación de la economía, que volverían a reducirse las tasas arancelarias, a un 20% en 1985, a un 15% en 1989, manteniendo, con todo, una alteración al libre juego de la oferta y la demanda, a través del mantenimiento de un sistema de bandas de precio, para el trigo, la remolacha y la maravilla, que opera sobre la base de precios de aforo. Una muestra de la preocupación de las autoridades por el sector agrícola, que tan desfavorable trato había recibido los años anteriores al Gobierno Militar.

Con el paso de los años, algunos autores de signo político marcadamente contrarios a los del Gobierno castrense<sup>52</sup>, reconocerían que la política comercial impulsada por las autoridades de fines de los setenta contribuyeron a un acelerado crecimiento de las exportaciones, tanto tradicionales como no tradicionales, diversificándolas, tanto en términos de productos como en destino, y que, por ende, el “crecimiento hacia afuera”<sup>53</sup> que implementó el Gobierno Militar resultaba más acorde con las particularidades del país, una vez superado el modelo de industrialización sustitutiva de importaciones.

Ya a fines de los ochenta, distintos actores económicos<sup>54</sup> llamaban a que el país no se enfocase en ser meramente un país beneficiario del Sistema Generalizado de Preferencias, dado lo inestable de estas y su carácter de

<sup>50</sup> Buchi Buc, Hernán. Op. cit., p. 46.

<sup>51</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 304.

<sup>52</sup> Sáez, Sebastián y Valdés, Juan Gabriel (1999). *Chile y su política comercial 'lateral'*. Revista de la CEPAL, N° 67, p. 83.

<sup>53</sup> Walker, Ignacio. Op. cit., p. 19

<sup>54</sup> Méndez González, Juan Carlos (1993). “El proteccionismo de los otros. Chile frente al proteccionismo y el Gatt”. En *Política Económica: Fundamentos, realidades y proposiciones. Ensayos en memoria de Emilio Sanfuentes Vergara*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, pp. 118-119.

concesiones que resultaban poco exigibles desde un punto de vista jurídico, haciendo en cambio un llamado para que el país emprendiese un proceso de liberalización del comercio, por vía de convenios multilaterales y bilaterales que importen compromisos jurídicos efectivos, que den ciertos márgenes de certeza a los exportadores nacionales.

### 3. Tercer período 1990-1995

Fue en ese contexto que Chile participó en las negociaciones del GATT<sup>55</sup>, que se realizaron a partir de 1986 con la Ronda de Uruguay<sup>56</sup>, que a la postre llevaría a la constitución de la Organización Mundial de Comercio, desde el Acuerdo de Marrakech de 1994<sup>57</sup>.

Como se sabe, la OMC supuso un avance sustantivo respecto al GATT en diferentes aspectos, siendo uno de ellos, el recoger los avances en la regulación del comercio de mercaderías acaecido desde 1948. Por otra parte, se concibió una regulación multilateral y, por ende, obligatoria para

<sup>55</sup> Se veía que este foro multilateral era el adecuado para que los países en vías de desarrollo, en ese entonces altamente afectados por la crisis de la deuda de comienzos de la década, pudieran negociar de mejor forma sus intereses frente a los países desarrollados (Méndez González, Juan Carlos. Op. cit., p. 121).

<sup>56</sup> No resulta un dato menor, el que aún en 1986, el año de inicio de la Ronda de Uruguay, y también el de la muerte de Prebisch, este economista argentino haya seguido pregonando el sistema de sustitución de importaciones, al decir en el vigésimo primer período de sesiones de la CEPAL, que se celebraron en México: *“La medida que nuestros países tendrían que proseguir la sustitución de importaciones, combinada con las exportaciones, dependerá de la capacidad receptiva de los centros. Si el crecimiento de los centros sigue siendo muy inferior a lo que fue en el pasado y siguen proliferando las medidas proteccionistas, la necesidad de sustituir importaciones será mucho mayor que si se abren las puertas de economías desarrolladas en franco crecimiento a las exportaciones, no solamente de manufacturas, sino de productos primarios de los países en desarrollo. Ella depende, en última instancia, de la capacidad receptiva de los centros; no es un capricho de los países en desarrollo, sino una exigencia de su crecimiento”* (Videla, Ludovico y González Fraga, Javier (editores) (2010). *Raúl Prebisch. Su vida y su obra*. Madrid: Unión Editorial, p. 25).

<sup>57</sup> La incorporación del país a la OMC se produjo previa aprobación parlamentaria del Acuerdo de la OMC y de sus anexos, que posteriormente se traduciría en la promulgación del DS Nº 16, del Ministerio de Relaciones Exteriores del 5 de enero de 1995, publicado en el Diario Oficial el 17 de mayo de ese mismo año. Respecto al efecto directo de los distintos instrumentos de la OMC, cabe tener presente que discutida esta temática al estudiar la suscripción del Acuerdo de Marrakech, expresamente la Comisión de la Cámara Baja que abordó esta temática señaló que los distintos acuerdos de la OMC no resultaban autoejecutables o exigibles por los particulares, requiriéndose necesariamente su incorporación expresa a través de una de las formas normativas contempladas dentro de nuestro ordenamiento para que tales normas gocen de eficacia dentro de nuestro territorio (Vallejos De la Barra, Federico. Op. cit., p. 88).

los Estados miembros en el comercio internacional de servicios y también de los aspectos de propiedad intelectual relativos al comercio, y de la mano de ello, se modificó y perfeccionó, haciendo un giro drástico en la forma de concebir los procesos, el mecanismo de solución de diferencias para los conflictos que se susciten de la aplicación de las citadas normas, lo que ha resultado un “elemento clave del orden comercial multilateral”<sup>58</sup>.

Ahora bien, tal como se venía haciendo ya en el GATT, desde fines de los años sesenta, la OMC reconoció un trato especial para los “países menos adelantados”, relativizando las obligaciones impuestas a ellos, ampliando los plazos para que ajusten sus normativas locales a las pautas de este organismo multilateral, y también haciéndoles merecedor de un trato diferenciado, a través del ya señalado Sistema Generalizado de Preferencias, excepción relevante a la cláusula de la nación más favorecida.

Una vez constituido este organismo internacional, Chile ha podido posicionarse como un actor del comercio internacional, bajo el marco dado por el sistema multilateral, entendiendo que la globalización es más una oportunidad que una amenaza<sup>59</sup>, y que a su vez, con la participación en este foro se pueden obtener reglas claras, estables, predecibles y equitativas para todos los miembros<sup>60</sup>. De ahí que se haya enfáticamente señalado por un alto funcionario de la Cancillería en su momento, que se entiende “el multilateralismo como parte de nuestras tradiciones republicanas, y como un elemento consustancial de nuestra identidad nacional externa y de nuestro propio interés nacional”<sup>61</sup>.

De más está señalar que los gobiernos de centro izquierda que sucedieron al Gobierno Militar, lejos de desarmar las reformas económicas introducidas, las profundizaron<sup>62</sup>, continuando con las políticas de reducción de aranceles, de un 15 a 11% en 1991, y luego a un 6%, emprendiendo además y en paralelo una nueva fase, caracterizada por la ejecución de una estrategia bilateral<sup>63</sup>, a través de la celebración de numerosos e importantes acuerdos

<sup>58</sup> Ibid., p. 93.

<sup>59</sup> Van Klaveren, Alberto (2009). *Chile: hacia un multilateralismo efectivo*. Revista Estudios Internacionales, N°153, p. 137.

<sup>60</sup> Walker, Ignacio. Op. cit., pp. 10-16; Vallejos De la Barra, Federico. Op. cit., p. 86; Sáez, Raúl (1995). *Los Acuerdos de la Ronda Uruguay y Chile*. Colección Estudios CIEPLAN, N°40, p. 82.

<sup>61</sup> Van Klaveren, Alberto. Op. cit., p. 138.

<sup>62</sup> Edwards, Sebastián. Op. cit., pp. 135-136; Walker, Ignacio. Op. cit., p. 20.

<sup>63</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 318.

de complementación económica y tratados de libre comercio, primero con los países de la región<sup>64</sup> y luego con las principales potencias económicas del mundo<sup>65</sup>, en lo que se ha denominado “regionalismo abierto”, con la finalidad de establecer reglas más precisas y obtener mejores condiciones para que nuestros productos ingresen a aquellos mercados, no siendo “la autarquía una alternativa viable”<sup>66</sup>, permitiendo alcanzar aumentos considerables en la cantidad y calidad de las exportaciones de bienes y servicios<sup>67</sup>, diversificando la composición de las exportaciones y los socios comerciales<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Algunos autores fueron críticos con las políticas seguidas por la Cancillería chilena a comienzos de los años noventa, que se centró en alcanzar acuerdos con países latinoamericanos, señalando que la selección de los “socios” no había sido la adecuada, teniendo en consideración de que con estos, principalmente con los países miembros del Mercosur, no se contaba con grados de complementariedad económica adecuados, aun cuando reconocen que pueden resultar justificables por aspectos político culturales. Otra crítica que también se formuló a aquella política apuntaba a que con esta se perdía la homogeneidad y simplicidad del sistema arancelario construido durante el Gobierno militar, ya que con ocasión de estos acuerdos es necesario determinar el origen de la mercadería para establecer si se le aplicará el arancel “general”, un 0% si proviene de México, u otra tasa si proviene de un país con el que se haya celebrado un ACE (Hachette, Dominique. Op. cit., pp. 327- 329).

<sup>65</sup> Edgardo Boeninger (Boeninger, Edgardo (1998). *Democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*. Santiago: Editorial Andrés Bello, segunda edición, pp. 499-502), si bien elogia la apertura comercial del país llevada a cabo durante los gobiernos de los presidentes Aylwin Azócar y Frei Ruiz Tagle, hace un llamado de atención al hecho de no haber adoptado un modelo como el que se concibió en Corea y Japón, en los cuales el Estado ha apoyado a industrias “presumiblemente ganadoras” en el plano internacional, ya que, a su juicio, ya restablecida del todo la democracia, no es del todo desaconsejable un rol orientador del Estado, de manera estratégica.

<sup>66</sup> Van Klaveren, Alberto. Op. cit., p. 137.

<sup>67</sup> Chonchol, Jacques (1999). *¿Hacia dónde nos lleva la globalización? Reflexiones para Chile*. Santiago: LOM Ediciones, p.64. Este mismo autor expresamente indica que no es necesario abandonar la orientación económica enfocada hacia la exportación de mercaderías, pero aboga porque se ponga énfasis en la comercialización de manufacturas y servicios y menos en materias primas y recursos naturales. “La apertura es necesaria, pero debe ser selectiva y gradual y apoyarse, muy fuertemente, en las exportaciones industriales” (Ibid., p. 84). Un diagnóstico crítico de los resultados concretos de los tratados de libre comercio, en especial, en lo poco diversificado de la canasta exportadora y de la escasa relevancia porcentual de los bienes manufacturados, se puede encontrar en: Fazio, Hugo (2007). *Chile en el período de las vacas gordas. Sus grandes beneficiarios*. Santiago: LOM Ediciones, pp. 259-262. Una conclusión similar se puede alcanzar al revisar algunos datos que arrojaba la CEPAL el año 2005, que nos informaban que del total de las exportaciones de Chile, sólo un 7,5% de este corresponde a bienes industriales no basados en recursos naturales y que de estos sólo el 5,6% es de aquellos con tecnología media y alta (Guardia, Alexis (2009). *Un cambio de la calidad de la inserción en una estrategia de desarrollo para Chile. Necesidades e interrogantes. Hacia un desarrollo inclusivo*. Santiago: CEPAL-OIT, p. 210).

<sup>68</sup> Larraín, Felipe. Op. cit., p. 378.

Las autoridades del Gobierno del presidente Aylwin definieron la política comercial en términos pragmáticos, bajo el postulado que la estrategia unilateral emprendida los años anteriores resultaba insuficiente en el nuevo estado de las cosas<sup>69</sup>.

## II. CHILE DURANTE LA VIGENCIA DE LA OMC

Chile, como miembro de la OMC, ha optado por celebrar acuerdos comerciales con diferentes Estados, lo que le ha permitido contar con un régimen especial, que facilita el ingreso de las mercaderías y servicios en aquellos países. Lo anterior, en el marco establecido por el GATT que contempla ciertos requerimientos que deben satisfacer este tipo de acuerdos, como que los derechos de aduana y las reglamentaciones no pueden ser más rigurosos que en la etapa previa a la suscripción del acuerdo, ni tampoco pueden constituir un obstáculo a las relaciones comerciales con terceros, o afectar ventajas concedidas a países limítrofes para facilitar el tráfico fronterizo<sup>70</sup>.

Estos acuerdos han ido evolucionando en su forma y contenido a lo largo de los años. Primero, al amparo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)<sup>71</sup>, se negociaron los denominados “Acuerdos de Complementación Económica”, los que cubren básicamente la liberalización del comercio de bienes y en algunos casos, aspectos de integración física y que han permitido que la mayoría del comercio de Chile con los países de la ALADI se realice sin aranceles hace varios años<sup>72</sup>. Posteriormente, a raíz de la evolución de las relaciones económicas internacionales, se suscribieron Tratados de Libre Comercio (TLC) que, además de bienes, incluyen otras

<sup>69</sup> Sáez, Sebastián; Salazar, Juan y Vicuña, Ricardo (1995). *Antecedentes y resultados de la estrategia comercial del Gobierno Aylwin*. Colección de Estudios CIEPLAN, N°41, p. 45.

<sup>70</sup> Véase GATT Artículo XXIV, el Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del GATT y el Artículo V del Acuerdo General Sobre Comercio de Servicios (AGCS).

<sup>71</sup> La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) es el mayor grupo latinoamericano de integración. Sus trece países miembros comprenden a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, representando en conjunto veinte millones de kilómetros cuadrados y más de quinientos diez millones de habitantes. Su marco jurídico global constitutivo y regulador está dado por el Tratado de Montevideo suscrito el 12 de agosto de 1980.

<sup>72</sup> DIRECON (2009). Op. cit., p. 70.

disciplinas, como servicios, inversiones, compras de gobierno, políticas de competencia, transparencia, entre otros aspectos<sup>73</sup>.

Para algunos autores, dado el grado de apertura ya alcanzado a esa fecha por la economía chilena, una continuación de la apertura unilateral descrita precedentemente arrojaría pocas ganancias adicionales en eficiencia. Asimismo, el escaso poder negociador de Chile en el plano multilateral permitía sugerir que la opción de las negociaciones bilaterales o plurilaterales era la más conveniente<sup>74</sup>.

## 1. Regionalismo abierto<sup>75</sup>

### 1.1 Acuerdos de Complementación Económica

En el plano regional, utilizando los instrumentos contemplados en ALADI, el país llevó a cabo una estrategia de reinserción de Chile en América Latina. Así en 1990 se firmó el primer Acuerdo de Complementación Económica con Argentina<sup>76</sup>, seguido por ACEs con Bolivia y Venezuela, en 1993, con Ecuador<sup>77</sup> en 1994 y con Cuba en 1999<sup>78</sup>.

<sup>73</sup>Id.

<sup>74</sup> Agosín, Manuel (1993). *Beneficios y Costos Potenciales para Chile de Los Acuerdos de Libre Comercio*. Estudios Públicos, N° 52, pp. 101-126.

<sup>75</sup> Un análisis bastante crítico respecto a los tratados de libre comercio, no refiriéndose a la posición o situación especial de Chile, sino que en base a la experiencia global, especialmente, dada la asimetría en las relaciones que se da a la hora de alcanzar estos acuerdos, se puede encontrar en: Stiglitz, Joseph (2006). *Cómo hacer que funcione la globalización*. Bogotá: Taurus, pp. 93-112.

<sup>76</sup> Este ACE entró en vigencia en 1991. Cinco años más tarde, Chile firmó un Acuerdo de Complementación Económica con MERCOSUR, bloque del cual Argentina es miembro pleno, por lo que absorbió casi todos los ítem negociados individualmente con ese país, con algunas excepciones, por ejemplo, en materia energética. Véase DIRECON (2009). Op. cit., pp. 73-78.

<sup>77</sup> En marzo del 2008, los dos países suscribieron un nuevo ACE que profundizó las disciplinas ya existentes en el acuerdo anterior, en materias como obstáculos técnicos al comercio, normas sanitarias y fitosanitarias, normas de origen y asuntos aduaneros; e incorpora un nuevo capítulo de solución de controversias mucho más detallado. Véase DIRECON (2009). Op. cit., p.91. Su entrada en vigencia se concretó en febrero del 2010.

<sup>78</sup> Chile y Cuba firmaron un ACE el 20 de diciembre de 1999, el que sólo entró en vigencia el 28 de agosto del 2008. Se negoció con la modalidad de un Acuerdo de Alcance Parcial (AAP), que implica un cierto número de productos sujetos a preferencias arancelarias, que cada país concede a la contraparte. Véase DIRECON (2009). Op. cit., p. 123.

En 1996 se alcanzó un Acuerdo de Complementación Económica con el MERCOSUR, que supuso un camino o enfoque vecinal, conducente a no dejar atrás las relaciones con los países integrantes de este bloque, no obstante, no se haya alcanzado el estatus de miembro pleno. Aquella decisión obedece al hecho de que el MERCOSUR cuenta con una estrategia internacional diferente a la chilena, marcada por una serie de medidas proteccionistas de sus miembros, especialmente de Brasil y Argentina<sup>79</sup>.

La incorporación plena supondría el aumentar los aranceles fijados por Chile, lo que importaría una contrarrevolución económica<sup>80</sup>, pasos que quienes dirigieron las relaciones comerciales internacionales durante los noventa, la primera década del nuevo siglo, y lo que va del decenio actual, no están dispuestos a ejecutar.

Este acuerdo con el MERCOSUR, si bien mantiene una balanza comercial negativa para Chile, tiene la cualidad de que a estos socios comerciales se les exporta bienes manufacturados e industriales, lo que se da en mayor medida que a otros socios comerciales más desarrollados<sup>81</sup>. De ahí que este acuerdo permita mejorar las condiciones para acceder a grandes mercados, como el brasilero y el argentino y, además, permite una diversificación de la canasta exportadora, de las industrias alimentarias, de bebidas, alcoholes, tabacos, químicos, hierro, acero, metálicos, maquinarias y equipos, constituyendo la segunda plaza receptora de las exportaciones industriales chilenas<sup>82</sup>.

Coherente con lo anterior, se ha sostenido que “La composición del comercio de Chile con América Latina, que favorece la exportación de bienes con mayor valor agregado, los servicios y la inversión, así como los vínculos culturales e históricos existentes (...) explican la prioridad que Chile ha asignado a la región latinoamericana en su política comercial”<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Ibid., pp. 96-118.

<sup>80</sup> Fermandois, Joaquín y Henríquez, María José (2005). *¿Contradicción o diáda? Política exterior de Chile ante el Mercosur*. Revista de Estudios Internacionales, N°148, p. 59.

<sup>81</sup> Sáez, Sebastián, Valdés, Juan Gabriel. Op. cit., p. 91; Briones, Álvaro. Op. cit., pp. 597-598.

<sup>82</sup> DIRECON, Departamento de Estudios (2010). Evaluación de las relaciones comerciales entre Chile y MERCOSUR a catorce años de la entrada en vigencia del acuerdo de complementación económica, p. s/n.

<sup>83</sup> Sáez, Sebastián y Valdés, Juan Gabriel. Op. cit., p. 89.

El último acuerdo de estas características se suscribió fuera de nuestra órbita regional, pero relacionado indirectamente con el MERCOSUR. Ello por cuanto, con fecha 8 de marzo del 2006, se suscribió un Acuerdo de Alcance Parcial (AAP) entre Chile e India, siendo nuestro país la primera nación latinoamericana que individualmente logró firmar un acuerdo comercial con India, que tiene un Acuerdo de Preferencia de Comercio con MERCOSUR vigente desde junio del 2009<sup>84</sup>.

### 1.2 Tratados de Libre Comercio

En diciembre de 1994, Chile fue invitado a iniciar negociaciones para incorporarse al Tratado de Libre Comercio de América del Norte<sup>85</sup>, lo que no se pudo realizar, porque al Gobierno del presidente Clinton no le fue posible obtener un mandato especial para negociar de parte del Congreso de Estados Unidos (“*fasttrack*”)<sup>86</sup>. Ello llevó a que nuestro país decidiera adoptar una nueva estrategia frente al NAFTA: negociar acuerdos de libre comercio de manera separada con cada uno de sus países miembros<sup>87</sup>.

Lo anterior llevaría a que en diciembre de 1996, Chile celebrara un Tratado de Libre Comercio con Canadá, y luego en 1998, un acuerdo de mayores alcances aún con México, con lo cual el país ya consolidaba relaciones económicas preferenciales con dos de los tres países miembros de NAFTA.

Hubo que esperar algunos años más para que Chile pudiese concretar un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos, como veremos más adelante.

A fines de la década de los ‘90 y comienzos de la siguiente Chile, amparado en el acuerdo marco de libre comercio con Centroamérica (1999), celebraría protocolos bilaterales de libre comercio con Costa Rica (1999) y El Salvador (2000). Ellos fueron complementados posteriormente con los protocolos firmados con Honduras (2008) y Guatemala (2010). La última parte del

<sup>84</sup> Véase DIRECON (2009). Op. cit., pp. 179-180.

<sup>85</sup> El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), North American Free Trade Agreement (NAFTA), o Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), es un acuerdo regional vigente a partir del 1 de enero de 1994 entre Canadá, México y Estados Unidos de América para crear una zona de libre comercio.

<sup>86</sup> Larraín, Felipe. Op. cit., p. 379.

<sup>87</sup> DIRECON (2009). Op. cit., p. 66.

proceso de consolidación comercial con el bloque centroamericano es el protocolo con Nicaragua, el que entró en vigencia el 19 de octubre del 2012.

Un acuerdo que tuvo una relevancia muy evidente fue el Acuerdo de Asociación Económica con la Unión Europea, en vigor desde el 1 de febrero del 2003. Ello por cuanto tiene diferencias sustanciales con otros acuerdos económicos internacionales que a esa fecha había suscrito el país, al incorporar aspectos políticos, económicos y de cooperación en una amplia gama de actividades con mecanismos precisos para asegurar el cumplimiento de sus compromisos<sup>88</sup>. Con todo, ello no alcanzó con igual profundidad a aspectos laborales y ambientales, los ya que habían sido objeto de acuerdos complementarios separados al firmarse el Tratado de Libre Comercio con Canadá.

Luego de largas negociaciones, en junio del 2003, Chile celebró un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos<sup>89</sup>, el que entró en vigor el 1 de enero del 2004, constituyendo desde un punto de vista económico, un “acuerdo integral”<sup>90</sup>, que incluye todos los aspectos de la relación económica bilateral, como el comercio de mercaderías, promoción y protección de inversiones y de servicios transfronterizos y protección de los derechos de propiedad intelectual, entre otras materias, que además de facilitar el acceso de nuestros productos a ese mercado, ha implicado la asunción de una serie de compromisos internacionales, que han conducido a la modificación de distintas leyes internas, entre ellas, las de propiedad intelectual e industrial.

Si bien este tratado ha permitido el envío de mercaderías nacionales libres de aranceles, los resultados concretos nos indican que las exportaciones a ese país siguen estando mayoritariamente concentradas en recursos naturales sin mayor valor agregado<sup>91</sup>, como el cobre (29%), las uvas (10%),

<sup>88</sup> Ibid., p. 154.

<sup>89</sup> Distintos estudios previos, elaborados por destacados economistas nacionales, destacaban los beneficios que traería para el país alcanzar un acuerdo de este tipo con el país de América del Norte. Particularmente completo e interesante resulta ser el estudio de Coymans y Larraín (Coymans, Juan Eduardo y Larraín, Felipe. (1994) *Efectos de un acuerdo de libre comercio entre Chile y Estados Unidos: Un enfoque de equilibrio general*. Revista Cuadernos de Economía, N°94, pp. 357- 399).

<sup>90</sup> DIRECON (2010). Op. cit.

<sup>91</sup> CEPAL (2011). *Aspectos destacados de la economía y el comercio entre los Estados Unidos y América Latina y el Caribe*. Santiago, p. 23.

filetes de pescado (8%), frutas (7%), apareciendo en un quinto puesto el vino (3%).

En ese contexto, la Ley N°19.912, de noviembre del 2003, en cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas a la fecha por el país, adecuó la normativa interna a los acuerdos de la OMC suscritos por Chile<sup>92</sup>, ajustando nuestras reglas en materia de obstáculos técnicos al comercio y los reglamentos técnicos en diferentes materias, dictados para tal efecto; normando las medidas en frontera para la observancia de los derechos de propiedad intelectual; incorporando modificaciones en la ley de importaciones (Ley N°18.525), en asuntos de valoración aduanera; ampliando el marco de bienes susceptible de ser protegidos por las normas de propiedad intelectual, entre otras materias.

Posteriores Tratados de Libre Comercio sólo han reforzado la voluntad de nuestro país de reducir las barreras al comercio mediante negociaciones en acuerdos preferentes, privilegiando a los países destinatarios de nuestras exportaciones. Tal como informa DIRECON, el mercado al que Chile accede con preferencias comerciales alcanza al 62% de la población mundial y el 93% de las exportaciones de nuestro país se producen con países con alguna preferencia comercial<sup>93</sup>. Los acuerdos que siguen se focalizan entonces en Europa, Asia-Pacífico y Latinoamérica.

De esta manera, el 1 de abril del 2004, entró en vigor el Tratado de Libre Comercio con Corea, y luego el 1 de diciembre de ese mismo año, el Acuerdo con EFTA (*European Free Trade Association*, en el que convergen Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia). En ese mismo período, se iniciaron las negociaciones con Turquía, las que, sin embargo, sólo fructificaron cinco años más tarde, entrando en vigencia el 1 de marzo del 2011.

El 1 de octubre del 2006, entró en vigor el Tratado de Libre Comercio con China, gigante asiático que celebró con nuestro país el primer acuerdo de este tipo con un país latinoamericano. Este acuerdo ha tenido enormes resultados prácticos, ya que ha permitido que China se transforme en el

<sup>92</sup> Con esta ley, además, se dio cumplimiento a compromisos especiales contraídos por el país en los Tratados de Libre Comercio suscritos con México en Canadá, en cuyos textos, expresamente, se indicaba que al año 2000, debían estar en vigor las normas multilaterales en determinados tópicos, que con ocasión de esta ley se recogieron y ajustaron en nuestro ordenamiento jurídico local.

<sup>93</sup> DIRECON, Acuerdos Comerciales Vigentes. Disponible en: <http://www.direcon.gob.cl/acuerdo/list> (fecha de consulta: 20 de noviembre del 2012).

principal destino de las exportaciones chilenas, desplazando a un segundo lugar a Estados Unidos como destino de nuestros envíos, duplicando nuestras exportaciones previas al acuerdo<sup>94</sup>.

Este acuerdo sería seguido con importantes tratados con países de la región Asia-Pacífico. Así, el 8 de noviembre de ese mismo año 2006, entró en vigencia el Acuerdo de Asociación Económica con P4 (esquema subregional que comprende a Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei); el 3 de septiembre del 2007, comenzó a regir el Acuerdo de Asociación Económica con Japón, y el 6 de marzo del 2009 el Tratado de Libre Comercio con Australia y más recientemente, el 18 de abril del 2012, el Tratado de Libre Comercio con Malasia.

En el ámbito regional, el 7 de marzo del año 2008 se suscribió el Tratado de Libre Comercio con Panamá, el primero que firmó dicho país con una nación sudamericana. En los meses de marzo y mayo del 2009, entraron en vigor, respectivamente, los Tratados de Libre Comercio con Perú y Colombia, mediante un proceso de ampliación de los Acuerdos de Complementación Económica que ya se habían suscrito con ambos países.

Esta estrategia adoptada por Chile, en que se conjuga una activa red de acuerdos a nivel bilateral, junto a una decidida participación multilateral y al mismo tiempo la adopción progresiva de medidas unilaterales, le ha permitido al país, sin formar parte de ningún esquema de integración subregional, poder ejecutar una política coherente y libre, sin ataduras, como hubiese ocurrido si el país fuere miembro pleno de MERCOSUR o la CAN, esquemas de integración que por definición impiden que sus Estados miembros puedan ejercer autónomamente una política comercial propia, ya que delegan gran parte de estos asuntos a los organismos creados para tal efecto. De ahí que la estrategia adoptada sea más sincera y clara, y acorde con los compromisos asumidos, que la que han seguido otros países, que no obstante pertenecer a esquemas subregionales han entrado en negociaciones o derechamente han celebrado tratados de libre comercio con Estados Unidos o la Unión Europea<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> CEPAL (2011). Op. cit., p. 21.

<sup>95</sup> Vargas Amaral, Renata y Ryal De Andrade, Thalís (2008). *Las relaciones comerciales de América Latina: integraciones económicas regionales y análisis de la proliferación de acuerdos con los EE.UU.* Revista Jurídica Foro, N°9, pp. 183-184; Fazio, Hugo. Op. cit., pp. 262-264.

Por otra parte, los resultados concretos que se han exhibido con esta estrategia es el aumento del número de empresas que se dedican a exportar sus productos. “En 2005 había 6.880 empresas exportadoras de 5.303 productos destinados a 183 países. El volumen de exportaciones de bienes y servicios durante el período 1974-1996 (a precios de 1996) se multiplicó poco más de 6,5 veces con una tasa de crecimiento promedio anual de 8,9%. Entre 1996-2005 esta tasa fue de 6,9%. Las exportaciones de bienes y servicios representaron un 35% del PIB (2005) y el empleo directo e indirecto generado por el sector exportador era estimado a mediados de los noventa en 35% de la fuerza de trabajo”<sup>96</sup>.

Además, es interesante destacar el hecho de que existen diferentes estudios<sup>97</sup> que han analizado positivamente cómo las reformas comerciales impulsadas en el país han llevado consigo un mejoramiento en las tasas de productividad de Chile, sobre el entendido de que en virtud de esta se reducen los precios relativos de los bienes de inversión (que son principalmente importados de las economías más desarrolladas) y al mismo tiempo se permite el acceso a un mayor número de insumos y el aprovechamiento de las economías a escala.

Otro beneficio de este tipo de acuerdos sería el hecho de que tal red confiere mayor certeza y, al abrir nuevos mercados, constituye un importante atractivo para las inversiones, que permitiría al país transformarse en una plataforma regional, captando inversiones<sup>98</sup> en infraestructura y servicios, dada su proyección natural hacia el océano Pacífico, lo que le permitiría servir de puente entre Asia y América Latina<sup>99</sup>.

El mecanismo empleado por Chile, que ha llevado a una diversificación de los mercados donde colocar sus productos, y con ello, diversificar los riesgos ante eventuales disminuciones en la demanda de las mercaderías que el país exporta, ha sido favorable, ya que no obstante la crisis financiera de fines de la década anterior, el país pudo mantener un destacado coeficiente de exportaciones, de un 45% en relación a su PIB<sup>100</sup>, lo que parece ser un

<sup>96</sup> Guardia, Alexis. Op. cit., pp. 203-204.

<sup>97</sup> Álvarez, Roberto y Fuentes, Rodrigo (2003). *Reforma comercial y productividad en Chile. Una mirada 15 años después*. El Trimestre Económico, N°277, pp. 22-24; Guardia, Alexis. Op. cit., p. 201.

<sup>98</sup> Coeymans, Juan Eduardo y Larraín, Felipe. Op. cit., p. 389.

<sup>99</sup> Guardia, Alexis. Op. cit., p. 212.

<sup>100</sup> CEPAL (2011). Op. cit., p. 7.

resultado más que exitoso, dadas las turbulencias internacionales y las incertidumbres que estas traen consigo.

## 2. Trans-Pacific Partnership (TPP)

Una nueva etapa en la estrategia de negociación de acuerdos comerciales por Chile, parece iniciarse con las actuales tratativas para firmar el denominado “Acuerdo de Asociación Transpacífico” o Trans-Pacific Partnership (TPP).

Su origen se remonta al año 2002 en el marco de la decimocuarta reunión anual del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), donde se dio inicio a un proceso de negociación entre tres de sus miembros: Chile, Nueva Zelanda y Singapur. Posteriormente se incorporó Brunei Darussalam, lo que llevaría a que el 18 de julio del 2005 se suscribiera el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Cooperación Económica, también conocido como Pacific-4 (P-4), el cual entró en vigencia el año 2006. Los países que suscribieron este tratado manifestaron su intención de crear un acuerdo de comercio exhaustivo, orientado hacia el futuro, que fijara puntos de referencia de alta calidad en las reglas del comercio, y que ayudara a promover la liberalización y facilitar el comercio dentro de la región de la APEC<sup>101</sup>.

En marzo del 2008, Estados Unidos de América manifestó su intención de iniciar una negociación con los miembros del P-4, con el propósito de trabajar en el desarrollo de normas relativas a la inversión y servicios financieros. Motivados por el potencial de que más países de la región se sumaran a la iniciativa de negociación de este acuerdo, en noviembre del 2009 el Gobierno de los Estados Unidos asumió el compromiso con ellos de dar forma a un acuerdo regional que tendrá una amplia membresía y altos estándares, dignos de un acuerdo de comercio del siglo XXI<sup>102</sup>. Otros seis países –Australia, Canadá, Japón, Malasia, Perú y Vietnam–, se han incorporado a las negociaciones<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Véase DIRECON (2009). Op. cit., pp. 169-171.

<sup>102</sup> Fergusson, Ian y Vaughn, Bruce (2011). *The Trans-Pacific Partnership Agreement*. Disponible en: Congressional Research Service, www.crs.gov (fecha de consulta 22 de noviembre del 2012).

<sup>103</sup> Fergusson, Ian; Cooper, William; Jurenas, Remy y Williams, Brock (2012). *The Trans-Pacific Partnership Negotiations and Issues for Congress*. Disponible en: Congressional Research Service, www.crs.gov (fecha de consulta 22 de noviembre del 2012).

El TPP constituye uno de hitos más interesantes en materia de comercio internacional, en una de las zonas de mayor dinamismo comercial. Se gesta en el seno de países que ya tienen economías profundamente liberalizadas, y en muchos casos con tratados de libre comercio ya existentes entre sus miembros. Tiene el potencial de sentar las bases para la creación de un área de libre comercio en la zona del Asia-Pacífico, representando una nueva política de acercamiento de los Estados Unidos hacia la región, en la búsqueda de consolidar, a largo plazo, todo lo avanzado en la región, en materia de libre comercio<sup>104</sup>.

Desde el punto de vista del contenido, el TPP se sustenta en dos ejes, por un lado el elevar los estándares de regulación y, por otro, el incorporar tópicos hasta ahora no abordados por la mayoría de los tratados de libre comercio. La necesidad de avanzar en estos nuevos temas, es resultado del incremento de los intercambios comerciales y la disminución de los aranceles entre los países de la región del Asia-Pacífico –aun cuando todavía es posible encontrar importantes sectores de la economía que se encuentran protegidos–, para evitar así la aparición de medidas complejas que pueden entorpecer los intercambios comerciales, disminuir los niveles de competencia y mermar la seguridad jurídica<sup>105</sup>.

Entre los tópicos que se incorporan en las actuales negociaciones del TPP destacan: el fortalecimiento de derechos de propiedad intelectual –que ha sido objeto de ácidas críticas<sup>106</sup>–, un nuevo trato para con las empresas de propiedad o administradas por el Estado, incorporación de garantías de acceso y protección a la inversión extranjera, eliminación de barreras no arancelarias y la incorporación de un capítulo de coherencia regulatoria, entre otros<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Id.

<sup>105</sup> Al respecto, véase Ferreira, Felipe (2012). *Coherencia regulatoria en el marco de las negociaciones del TPP: Una aproximación al concepto y sus posibles efectos en el comercio internacional*. Memoria de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>106</sup> Al respecto, véase entre otras: Rabble, Protests greet another Trans-Pacific Partnership round. Disponible en: <http://rabble.ca/blogs/bloggers/council-canadians/2012/09/protests-greet-another-trans-pacific-partnership-round> (fecha de consulta: 22 de noviembre del 2012), y ONG DERECHOS DIGITALES, Tratado Transpacífico Acarreará Millonarias Pérdidas Económicas Al País. Disponible en: <http://www.derechosdigitales.org/2012/11/26/declaracion-publica-tratado-transpacifico-acarrear-millonarias-perdidas-economicas-al-pais/> (fecha de consulta: 22 de noviembre del 2012).

<sup>107</sup> Fergusson, Cooper, et al., Op. cit., p. 2.

A la fecha, no hay tratados de comercio internacional que hayan incluido capítulos específicos dedicados a la coherencia regulatoria o hayan establecido una aproximación a la misma como un tema en sí mismo. Las negociaciones del TPP incluyen un grupo de trabajo avocado a la tarea de dar forma a un capítulo de coherencia regulatoria, respecto de la cual se ha señalado –en documentos que informalmente se han filtrado a Internet– que su meta es el facilitar el movimiento de bienes y servicios a través de los países miembros del TPP y promover, así, el crecimiento económico, por medio de asegurar que los países miembros mantengan sistemas transparentes, efectivos, ejecutables y mutuamente coherentes, los cuales se basarán en modelos de riesgo y ciencia, adhieran a las mejores prácticas comerciales, y aseguren altos niveles de cooperación entre los gobiernos del TPP y sus partes interesadas<sup>108</sup>. Si bien ello puede tener evidentemente efectos positivos, todos estos temas poseen la capacidad de generar una enorme tensión entre las reglas que imponen los tratados de libre comercio y la soberanía del Estado para crear sus propias regulaciones, más aún, cuando todavía no existe una aproximación clara al concepto mismo ni a las implicancias de la coherencia regulatoria.

### **III. POLÍTICA COMERCIAL CHILENA Y SUS DESAFÍOS PENDIENTES**

#### **1. Otros elementos relevantes en la política comercial del país**

El país ha estructurado una serie de oficinas comerciales chilenas, ubicadas estratégicamente en distintos lugares del mundo, que dan facilidades a los productores nacionales para colocar sus mercancías. También se han adoptado medidas tendientes a certificar la seguridad alimentaria de nuestros productos y se han establecido planes conducentes a innovación y desarrollo, destinados a que las exportaciones posean un mayor valor agregado<sup>109</sup>.

Sin que importe un intervencionismo estatal, sino que un mero apoyo a la industria exportadora local, ya el Gobierno Militar implementó, en su

<sup>108</sup> Id., p. 37.

<sup>109</sup> Edwards, Sebastián. Op. cit., pp. 138-139.

momento, una serie de medidas<sup>110</sup> como devaluaciones en el tipo de cambio, la devolución del IVA y la creación de una institución pública de fomento a las exportaciones<sup>111</sup>, ProChile<sup>112</sup>, por medio del Decreto Ley N°740 de 1974 y más tarde la Fundación Chile<sup>113</sup>, entidad preocupada del desarrollo tecnológico de las empresas, medidas que se mantuvieron y profundizaron con los gobiernos venideros con posterioridad a la administración castrense.

En materia de tipo de cambio, cabe tener presente que la Constitución de 1980 ha establecido, de manera pionera en la región, un Banco Central autónomo, impedido de poder otorgar créditos directos o indirectos al Gobierno, con excepción de los casos de guerra o peligro de esta. Tal Banco Central encontró su normativa orgánica en 1989, a través de la Ley N°18.840.

En el ejercicio de las facultades que le confiere la citada ley orgánica, el Consejo del Banco Central ha adoptado, desde el año 2000, un sistema de flotación cambiaria que actúa en conjunto con su sistema de metas de inflación, en virtud del cual es el mercado, conforme a las reglas de la oferta y la demanda, el que determina el precio de la divisa, dando lugar a intervenciones por parte del instituto emisor sólo en casos excepcionales. Este sistema cambiario permite amortiguar de mejor forma los shocks externos, y las oscilaciones que pueden sufrir los precios de los bienes exportados, ya que consiente que el ajuste del tipo de cambio ante tales circunstancias siga haciendo competitivos estos productos, y con ello, las empresas y sus trabajadores puedan seguir produciendo<sup>114</sup>. Como se ve, este es el corolario de una serie de avances en materia cambiaria, que en pretéritos años se caracterizaba por múltiples tipos de cambio, establecidos con la finalidad de proteger o estimular determinadas industrias, postulados

<sup>110</sup> Moulián, Tomás y Vergara, Pilar. Op. cit., p. 87.

<sup>111</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., p. 309.

<sup>112</sup> A la fecha, esta Dirección de Promoción de Exportaciones cuenta con oficinas y representaciones comerciales en más de cuarenta países en cuatro continentes, para apoyar a las empresas exportadoras chilenas. Respecto al efecto de las distintas medidas emprendidas por ProChile en fomento a las exportaciones, se puede consultar el estudio: Álvarez, Roberto y Crespi, Gustavo (2000). *Efecto de las políticas de fomento en el dinamismo exportador chileno*. El Trimestre Económico, N°268, pp. 557- 577.

<sup>113</sup> Edwards, Sebastián. Op. cit., p. 139.

<sup>114</sup> Larraín, Felipe y Sachs, Jeffrey (2000). *El debate sobre sistemas cambiarios y las rigideces de la dolarización*. Estudios Públicos, N°77, pp. 145-146; De Gregorio, José; Tokman, Andrea y Valdés, Rodrigo (2005). *Tipo de cambio flexible con metas de inflación en Chile: Experiencias y temas de interés*. Documentos de Política Económica, N°14, p. 11.

que hoy han sido dejado atrás, bajo la óptica que dadas las condiciones que presenta el país, es mejor el haber adoptado este sistema de flotación.

Dado este marco normativo, nuestras exportaciones han crecido de manera sostenida, tanto en términos cuantitativos como de precios. Además de lograrse, en cierta medida, una mayor diversificación de los bienes exportados (aun cuando sigue siendo muy intensiva en recursos naturales) y los destinos donde estos se envían<sup>115</sup>, lo que no deja de ser positivo, ya que permite afrontar de mejor forma las eventuales reducciones en los precios o las disminuciones de la demanda que se pueden dar de manera periódica en los países.

## **2. Desafíos pendientes ante el escenario actual**

Uno de los sectores más sensibles y que ha gatillado distintas controversias al país, en los foros internacionales, es el agrícola. A este respecto, podemos mencionar que se hace necesaria una modernización de la agricultura, llamado que se viene formulando hace ya bastantes años<sup>116</sup>, puesto que medidas que buscan proteger este sector resultan insostenibles bajo las pautas del sistema multilateral de comercio, con el cual Chile se encuentra firmemente comprometido.

Por lo demás, la protección que se ha dado a este sector ya ha sido objetada por diversos Estados al llevar estas materias al sistema de solución de controversias de la OMC. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando Argentina objetó el sistema de bandas de precios establecido por la Ley N°19.897 del 2003, que modificó la Ley N°18.525 sobre importaciones, contemplando salvaguardias provisionales a las importaciones de trigo, harina de trigo y aceites vegetales comestibles. El pronunciamiento del Grupo Especial sobre este respecto señaló que las medidas objetadas resultaban incompatibles con el Acuerdo de la OMC sobre Agricultura<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> Hachette, Dominique. Op. cit., pp. 310-311. Respecto al destino de nuestras mercaderías, cabe mencionar que los productos naturales y procesados se exportan principalmente a Asia, Europa y EEUU, mientras que los productos manufacturados tienen como principal destino los países latinoamericanos.

<sup>116</sup> Ibid, p. 332.

<sup>117</sup> OMC, Solución de Diferencias: Chile –Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas (DS/207). Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds207\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds207_s.htm) (fecha de consulta: 22 de noviembre del 2012).

Argentina también impugnaría, más adelante, una salvaguardia impuesta sobre las mezclas de aceites comestibles, otra que afectó a los productos lácteos y también otra que afectó a las importaciones de fructosa. Colombia, por su parte, impugnó la salvaguardia que Chile aplicó contra la importación de azúcar<sup>118</sup>.

Ahora bien, la agricultura también debe ser vista desde otro ámbito y en atención a su contexto global, ya que esta puede quedar expuesta a la férrea competencia que oponen productores del sector, provenientes de países como los miembros de la Unión Europea o Estados Unidos, que reciben enormes subsidios, lo que resulta ser un obstáculo tanto para Chile, y también para los productores de otros países que negocian con Estados Unidos, y así, por ejemplo, se ha hecho ver en el Perú<sup>119</sup>, que también cuenta con un Tratado de Libre Comercio con ese país, en vigor desde el año 2009.

Relativo a estas materias, y en particular, respecto a mecanismos de defensa comercial, cabe tener presente que nuestro país, el 22 de junio del 2011, mediante la Ley N°20.514, introdujo modificaciones al Art. 7° de la Ley N°18.525, sobre importación de mercancías al país<sup>120</sup>, normativa que respetando las pautas generales de la OMC, en materia de salvaguardias, contempla un período para las sobretasas de dos años, susceptible de ser prorrogado si persisten las circunstancias que condujeron a la aplicación, sin que en ningún caso se pueda extender por más allá de cuatro años desde la aplicación de la medida provisional<sup>121</sup>.

Hoy por hoy, los avances en la OMC se encuentran estancados, luego que desde el año 2006, la Ronda de Doha para el desarrollo, de aspiraciones mucho más amplias que las anteriores, no ha logrado mostrar logros significativos en las reglas del sistema multilateral de comercio, lo que ha hecho florecer algunas medidas proteccionistas por algunos Estados miembros, frente a

<sup>118</sup> Al respecto, véase OMC, Solución de Diferencias. Disputas DS/226, DS/228, DS/230, DS/278, DS/351, y DS/356. Disponibles en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_by\\_country\\_s.htm#chl](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm#chl) (fecha de consulta: 22 de noviembre del 2012).

<sup>119</sup> Lizárraga Bobbio, Raúl (2005). *Tratado de Libre Comercio. Riesgos y oportunidades: El caso peruano*. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSM, N°28, p. 170.

<sup>120</sup> Cabe tener presente que ya el año 1999 Chile había adecuado su normativa interna, conforme a los criterios de la OMC, mediante la Ley N°19.612.

<sup>121</sup> Importante resulta destacar el hecho de que la normativa de la OMC permite a los Estados miembros un plazo de vigencia de la medida de salvaguardia de hasta ocho años, por lo que la normativa nacional es ostensiblemente más estricta y pro libre comercio que la podría haber adoptado, ya que en nuestro país el plazo de esta es de hasta cuatro años.

los constantes apoyos y subsidios que los países desarrollados entregan a sus nacionales, a que ya hacíamos mención, y el impedimento a una verdadera liberalización de estos mercados. Tal estado de cosas no resulta positivo para los países en vías de desarrollo, quienes sólo en un marco multilateral, e idealmente actuando bajo postulados comunes, pueden hacer valer de mejor forma sus intereses a los países avanzados. De ahí la necesidad de que los distintos países, no obstante exploren, a nivel bilateral, el seguir avanzando de manera más rápida, como ha ocurrido con Chile, deban al mismo tiempo seguir desplegando sus mejores esfuerzos por avanzar en la liberalización comercial en el plano multilateral<sup>122</sup>, dentro de lo cual el enfoque hacia la región Asia-Pacífico, en base a tratos recíprocos, puede resultar especialmente auspicioso e interesante para la región<sup>123</sup>.

Otro aspecto que debemos tener presente es el hecho de que el escenario ha cambiado, respecto a la situación que se daba años atrás. Hoy por hoy, Chile ha dejado de ser el único país sudamericano que contaba con ventajas comparativas, al tener un mejor acceso a mercados en atención a la celebración de tratados de libre comercio con las principales potencias internacionales. Colombia y Perú se han desmarcado de una política de bloque respecto a los demás integrantes de la Comunidad Andina de Naciones<sup>124</sup>, motivo por el cual muchos de sus productos comienzan a competir en igualdad de condiciones con los productos nacionales, lo que supone un reto para nuestros exportadores<sup>125</sup>, de potenciar de mejor forma su posición en el mercado o explorar nuevos productos para no ser desplazados por los productos provenientes de estos países. En este cometido, un proceso de incorporación de tecnologías, diversificación de la oferta exportadora, y modernización de los distintos servicios exportados y los servicios funcionales a la exportación de otras mercaderías, resultará fundamental.

Para que el país pueda hacer frente de manera adecuada ante este nuevo contexto, resulta necesario que alcance lo que Ferrer<sup>126</sup> ha denominado

<sup>122</sup> López, Dorotea y Muñoz, Felipe (2007). *El sistema multilateral de comercio y la región*. Estudios Internacionales, N°156, p. 92.

<sup>123</sup> Larraín, Felipe. Op. cit., pp. 372-373.

<sup>124</sup> López, Dorotea y Muñoz, Felipe. Op. cit., p. 100.

<sup>125</sup> Guardia, Alexis. Op. cit., p. 212.

<sup>126</sup> Ferrer, Aldo (2010). *Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global*. Revista CEPAL, N°101, pp. 13-14.

“densidad nacional”, refiriéndose con ello a la cohesión social, la existencia de liderazgos de alta calidad, estabilidad institucional en el largo plazo y el surgimiento de ideas innovadoras y creativas, pues así se podrá avanzar a pie firme, y de manera mancomunada, utilizando el comercio internacional como una herramienta para el desarrollo.

Por otro lado, cabe mencionar los caminos a seguir, que propone en un reciente trabajo el ex canciller don Alejandro Foxley<sup>127</sup>, quien postula la necesidad, junto con emprender grandes inversiones en infraestructura en el subcontinente, de aprovechar el favorable momento económico que viven las economías latinoamericanas, dados los favorables precios de sus *commodities*, para emprender, de una vez por todas, y de manera seria, avances más sustantivos en materia de integración regional, para así poder aprovechar las ventajas de las economías a escala en un mercado que comprende más de 550 millones de habitantes, reorientando además su eje hacia la cuenca Asia-Pacífico.

En definitiva, Chile debe buscar su “manera nacional”<sup>128</sup>, pero atendiendo necesariamente en el contexto espacial y de circunstancias en que se desenvuelve, para participar en el desarrollo del sistema internacional, y para ello no hay fórmulas únicas y el camino a seguir depende de las distintas realidades de cada uno de los países, teniendo siempre presente que “la liberalización del comercio no es un objetivo en sí mismo, sino un instrumento para procurar un crecimiento equitativo<sup>129</sup> y sustentable”<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Foxley, Alejandro (2012). *La trampa del ingreso medio. El desafío de esta década para América Latina*. Santiago: CIEPLAN. pp. 135-138.

<sup>128</sup> Valdés, Juan Gabriel (2007). “Hacia una política de integración global” En CEP, *Expansiva Institucionalidad para el Desarrollo: Los nuevos desafíos*. Santiago, p. 114.

<sup>129</sup> Hay autores que han criticado las condiciones laborales que se presentan en los sectores tradicionales de exportación de mercaderías, como ocurre en el sector frutícola, en que se han denunciado algunos problemas en materia ambiental y de los horarios y exposición de trabajo de los temporeros dedicados a estas labores (Chonchol, Jacques. Op. cit., pp. 75-77)

<sup>130</sup> Walker, Ignacio. Op. cit., p. 16.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

Agosín, Manuel (1993). *Beneficios y Costos Potenciales para Chile de Los Acuerdos de Libre Comercio*. Revista Estudios Públicos, N°52.

Álvarez, Roberto y Crespi, Gustavo (2000). *Efecto de las políticas de fomento en el dinamismo exportador chileno*. El Trimestre Económico, N°268.

Álvarez, Roberto y Fuentes, Rodrigo (2003). *Reforma comercial y productividad en Chile. Una mirada 15 años después*. El Trimestre Económico, N°277.

Baltra Cortés, Alberto (1969). *América Latina y la segunda UNCTAD*. Revista Estudios Internacionales, N°4.

Boeninger, Edgardo (1998). *Democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*, 2da edición. Santiago: Editorial Andrés Bello.

Briones, Álvaro (1998). “Chile ante la integración latinoamericana”. En *Integración eurolatinoamericana*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Buchi Buc, Hernán (1993). *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Cardemil, Alberto (1997). *El camino de la utopía. Alessandri, Frei y Allende. Pensamiento y obra*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

CEPAL (2011). *Aspectos destacados de la economía y el comercio entre los Estados Unidos y América Latina y el Caribe*. Santiago.

Chonchol, Jacques (1999). *¿Hacia dónde nos lleva la globalización? Reflexiones para Chile*. Santiago: LOM Ediciones.

Coeymans, Juan Eduardo y Larraín, Felipe (1994). *Efectos de un acuerdo de libre comercio entre Chile y Estados Unidos: Un enfoque de equilibrio general*. Revista Cuadernos de Economía, N°94.

Da Silva, Carlos (1998). “Chile: Entre el globalismo y la integración regional”. En *El MERCOSUR en el nuevo orden mundial*, 2da edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Davis, Christina L. (2011). “Joining the Club: Accession to the GATT/WTO”. Disponible en: [http://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/joiningtheclub\\_DavisWilf.pdf](http://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/joiningtheclub_DavisWilf.pdf)

De Arruda Sampaio, Plinio (2008). “Notas sobre los desafíos de la integración latinoamericana”. En *La integración en América Latina: De la retórica a la realidad*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.

De Castro, Sergio (1992). *El Ladrillo. Bases de la Política Económica del Gobierno Militar Chileno*. Santiago: Andros Impresores.

De Gregorio, José; Tokman, Andrea y Valdés, Rodrigo (2005). *Tipo de cambio flexible con metas de inflación en Chile: Experiencias y temas de interés*. Documentos de Política Económica, N°14.

Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) (2009). *Chile 20 Años de Negociaciones Comerciales*. Santiago.

DIRECON, Departamento de Estudios (2010). *Evaluación de las relaciones comerciales entre Chile y MERCOSUR a catorce años de la entrada en vigencia del acuerdo de complementación económica*.

Edwards, Sebastián (2009). *Populismos o mercados. El dilema de América Latina*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Fazio, Hugo (2007). *Chile en el período de las vacas gordas. Sus grandes beneficiarios*. Santiago: LOM Ediciones.

Fergusson, Ian y Vaughn, Bruce (2011). The Trans-Pacific Partnership Agreement, disponible en: Congressional Research Service, [www.crs.gov](http://www.crs.gov)

Fergusson, Ian; Cooper, William; Jurenas, Remy y Williams, Brock (2012), The Trans-Pacific Partnership Negotiations and Issues for Congress, disponible en: Congressional Research Service, [www.crs.gov](http://www.crs.gov)

Fernandois, Joaquín y Henríquez, María José (2005). *¿Contradicción o diada? Política exterior de Chile ante el Mercosur*. Revista de Estudios Internacionales, N°148.

Ferreira, Felipe (2012). *Coherencia Regulatoria en el marco de las negociaciones del TPP: Una aproximación al concepto y sus posibles efectos en el comercio internacional*. Memoria de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Ferrer, Aldo (2010). *Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global*. Revista de la CEPAL, N°101.

Ffrench- Davis, Ricardo (2003). *Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad. Tres décadas de políticas económicas en Chile*, 3ª edición. Santiago: JC Sáez Editor.

Foxley, Alejandro (2012). *La trampa del ingreso medio. El desafío de esta década para América Latina*. Santiago: CIEPLAN.

Guardia, Alexis (2009). *Un cambio de la calidad de la inserción en una estrategia de desarrollo para Chile. Necesidades e interrogantes. Hacia un desarrollo inclusivo*. Santiago: CEPAL- OIT.

Hachette, Dominique (2001). “La reforma comercial”. En Centro de Estudios Públicos (CEP), *La transformación económica de Chile*, 2da edición, Santiago.

Haindl, Erik (2007). *Chile y su desarrollo económico en el siglo XX*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

Larraín, Felipe (1998). *América Latina a las puertas del siglo XXI: Hacia una asociación transpacífica, América Latina y Asia-Pacífico: Oportunidades ante la Crisis*. Colección de Estudios Internacionales, Santiago.

Larraín, Felipe y Sachs, Jeffrey (2000). *El debate sobre sistemas cambiarios y las rigideces de la dolarización*. Revista Estudios Públicos, N°77.

Lizárraga Bobbio, Raúl (2005). *Tratado de Libre Comercio. Riesgos y Oportunidades: El caso peruano*. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSM, N°28.

López, Dorotea y Muñoz, Felipe (2007). *El sistema multilateral de comercio y la región*. Revista Estudios Internacionales, N°156.

Lowenfeld, Andreas (2002). *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press.

Meller, Patricio. (1996) *Un siglo de economía política chilena (1890–1990)*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

Méndez González, Juan Carlos (1993). “El proteccionismo de los otros. Chile frente al proteccionismo y el Gatt”. En *Política Económica: Fundamentos, realidades y proposiciones. Ensayos en memoria de Emilio Sanfuentes Vergara*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae.

Moulián Tomás y Vergara, Pilar (1980). *Estado, ideologías y políticas económicas en Chile: 1973–1978*. Revista Estudios CIEPLAN, N°3.

ONG DERECHOS DIGITALES, Tratado Transpacífico Acarreará Millonarias Pérdidas Económicas Al País, <http://www.derechosdigitales.org/2012/11/26/declaracion-publica-tratado-transpacifico-acarrear-millonarias-perdidas-economicas-al-pais/>

OMC, Solución de Diferencias: Chile — Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas (DS/207), disponible en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds207\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds207_s.htm)

OMC, Solución de Diferencias. Disputas DS/226, DS/228, DS/230, DS/278, DS/351, y DS/356, disponibles en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_by\\_country\\_s.htm#chl](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm#chl)

Pinto Santa Cruz, Aníbal (1954). *El desarrollo de la economía chilena. Vol. I. Antecedentes sobre el desarrollo de la economía chilena (1925-1952)*. Santiago: Editorial Pacífico S.A.

Rabble, Protests greet another Trans-Pacific Partnership round, disponible en: <http://rabble.ca/blogs/bloggers/council-canadians/2012/09/protests-greet-another-trans-pacific-partnership-round>

Sáez, Raúl (1995). *Los Acuerdos de la Ronda Uruguay y Chile*. Colección Estudios CIEPLAN, N°40.

Sáez, Sebastián y Valdés, Juan Gabriel (1999). *Chile y su política comercial 'lateral'*. Revista de la CEPAL, N°67.

Sáez, Sebastián; Salazar, Juan y Vicuña, Ricardo (1995). *Antecedentes y resultados de la estrategia comercial del Gobierno Aylwin*. Colección de Estudios CIEPLAN, N°41.

Salazar, Gabriel y Pinto, Julio. (2002) *Historia contemporánea de Chile III. La economía de mercados, empresarios y trabajadores*. Santiago: Lom Ediciones.

Stiglitz, Joseph (2006). *Cómo hacer que funcione la globalización*. Bogotá: Taurus.

Valdés, Juan Gabriel (2007). “Hacia una política de integración global”. En, CEP, Expansiva *Institucionalidad para el Desarrollo: Los nuevos desafíos*. Santiago.

Valencia Astorga, Manuel (1978). “Participación de Chile en esquemas bilaterales y multilaterales latinoamericanos”. En *Nuevas Perspectivas de la Integración Latinoamericana*. Santiago: Editorial Universitaria.

Vallejos De la Barra, Federico (2011). *Del GATT a la OMC: la participación de Chile*. Revista Hemiciclo, N°4.

Van Klaveren, Alberto (2009). *Chile: hacia un multilateralismo efectivo*. Revista Estudios Internacionales, N°153.

Vargas Amaral, Renata y Ryal De Andrade, Thalís (2008). *Las relaciones comerciales de América Latina: integraciones económicas regionales y análisis de la proliferación de acuerdos con los EE.UU.* Revista Jurídica Foro, N°9.

Vargas Llosa, Mario (2009). *Sables y utopías*.

Videla, Ludovico y González Fraga, Javier (Editores) (2010). *Raúl Prebisch. Su vida y su obra*. Madrid: Unión Editorial.

Walker, Ignacio (2006). *La política exterior chilena*. Revista Estudios Internacionales, N°155.

## NOMENCLATURA ARANCELARIA

## TARIFF NOMENCLATURE

HERNÁN MARTINI GUTIÉRREZ<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analiza la nomenclatura arancelaria a la luz de la normativa interna y de los convenios internacionales.

**Palabras clave:** Tarifas arancelarias. Comercio internacional. Tratados internacionales.

**Abstract:** In this article the tariff nomenclature is analyzed in relation to internal regulations and also international covenants.

**Key words:** Tariffs. International Trade. International Agreements.

<sup>1</sup> Administrador Público, Universidad de Chile. Jefe del Departamento Técnicas Aduaneras. Dirección Regional Metropolitana. Servicio Nacional de Aduanas. Graduado Curso Iberoamericano de Aduanas, Instituto Estudios Fiscales, Madrid. Profesor del Diplomado Administrador Público, Universidad de Chile. Profesor del Diplomado en Derecho Aduanero, Universidad Finis Terrae.

## 1. INTRODUCCIÓN

En un plano estrictamente teórico, el régimen comercial internacional de absoluta libre circulación de bienes y servicios entre países sin ningún tipo de trabas, es el ideal.

Sin embargo, se desconoce si tal condición se habrá producido en alguna época o lugar. Lo que sí ha ocurrido es que hay períodos con mayor o menor grado de liberalización en las relaciones económicas internacionales, afectadas usualmente por algunas barreras impuestas por los países en contra de la libre circulación de mercancías, llamadas medidas proteccionistas.

Se han señalado varias razones para tales controles, tanto económicas, políticas, sociales, ambientales, que sin perjuicio de la validez de tales argumentos, lo usual es que tengan fines de renta para el erario del Estado.

De las medidas que integran la restricción al comercio, las más difundidas son los aranceles, un tributo que el Gobierno exige a los productos extranjeros con el objeto de permitir su ingreso al territorio nacional.

Un arancel normalmente va a elevar el precio del producto, a reducir las cantidades consumidas e importadas y a incrementar la producción nacional de tal producto o sus sustitutos.

Los ingresos arancelarios suponen una transferencia al Estado por parte de los consumidores, además de la disminución del consumo de bienes que podrían haber efectuado sin ese mayor costo, sin que reciban nada directamente a cambio, pero no representarán un costo para la sociedad si el Estado los utiliza en su presupuesto de gastos.

A pesar de su actual declinar, las rentas aduaneras han sido soporte de arcas imperiales clásicas y nacionales de tiempos modernos, teniendo aún significación rentística y ser básicos para establecer convenios internacionales.

Con los tratados de libre comercio y la globalización de los mercados, las tasas arancelarias en el mundo han caído constantemente, reemplazadas usualmente por impuestos al valor agregado, aun cuando existen países industrializados con medianos y marcadamente diferenciados.

Desde los primeros aranceles nacionales hasta el actual en uso, se ha tenido que convenir en distinguir dos elementos principales en ellos, la tarifa y la nomenclatura:

La tarifa se expresa tanto como unidades de medida física a las que corresponde cierta cantidad monetaria, conocidos como derechos específicos, o como una alícuota sobre el valor de las mercancías, denominada derecho ad valorem, hoy la más usual.

La nomenclatura es el elemento de ordenamiento de bienes, servicios o industrias, utilizado como la base común para establecer estadísticas internacionales y así poder comparar equilibradamente información sobre volúmenes del intercambio comercial y explicar sus procesos evolutivos.

Para mantener estas estadísticas actualizadas, se han acordado diversas nomenclaturas, acordes al desarrollo de la tecnología y aumento de los volúmenes del comercio internacional, cuyas principales características se indicarán a continuación.

La tarifa se denomina usualmente como derechos de aduana, indistintamente si es específicos o ad valorem.

También, arancel es llamado el texto donde se encuentran relacionados todos los derechos de aduana con una nomenclatura, establecidos bajo la forma de una ley.

Las regulaciones del comercio exterior se han aplicado básicamente a bienes; actualmente se han ampliado a servicios, diferenciados para personas, industrias y regiones.

Para los bienes se aplican reglas generales, mayoritariamente neutras, pero con fuerte énfasis en tributos que discrimen ciertas mercancías, tanto para favorecer su ingreso como para impedirlo.

Las personas, naturales y jurídicas, son tratadas de distinta forma por el legislador, según determinadas circunstancias que llevan a favorecer a algunas de ellas, tales como discapacitados, inmigrantes, viajeros o cierto tipo de industria o de actividad económica, como fue el caso por el último medio siglo del sector automotor.

A las regiones, usualmente para aquellas más alejadas del centro político, se les dictan normas más convenientes, una forma de paliar las asimetrías económicas del transporte y el tamaño del mercado.

## 2. LAS TARIFAS ARANCELARIAS

Desde el inicio de la vida del país como dominio español, se gravó el comercio exterior nacional con tributos a ciertos productos, basados en su valor y con fines de renta real, tributación que era aceptada pero altamente incumplida; otras limitaciones al comercio eran de las principales causas de resentimiento con la metrópoli por las prohibiciones de ingreso o salida de ciertos productos, obligando a restricciones que se alejaban de las realidades locales.

Como reacción, desde el primer texto legal aduanero de la incipiente emancipación, en 1811, se enfatizó el carácter liberatorio del comercio exterior chileno. Aun así, se señalaron algunos productos como impedidos del ingreso por considerarse inconvenientes para la industria local, la seguridad nacional o la moral de la época.

Se firmaron varios Tratados de Comercio, con naciones vecinas y los Estados Unidos de América, para la libertad del comercio bajo liberación de aranceles entre las partes.

Desde la modificación a esta legislación en 1823, se fluctuó entre el 5% al 40% como tasas generales, con recargos para el azúcar y liberación para maquinaria agrícola, armas y libros; siempre se concentró en las tarifas de aplicación moderada, ya que había interés en traer bienes del exterior, protegiendo a algunos productos agrícolas y, excepcionalmente, bienes de la incipiente industria nacional, tales como sombreros (siglo XIX y comienzo siglo XX), electrónica y automotores.

En 1834 se fija un arancel diferenciado con gravámenes del 0%, 5%, 10%, 15%, 30% y 35%; agrega derechos específicos a los suntuarios, con el fin de proteger actividades manufactureras nacionales, afectando su competencia con la tasa del 35%. Las prohibiciones se limitan a láminas impresas que atenten contra la moral y comida en mal estado (sic), tarifa reducida en 1845 del 30% máximo a una de 20% para sal, azúcar, jabón, géneros, y otros similares de uso doméstico o consumo habitual, gravando menos a los bienes considerados de primera necesidad.

Desde 1842, aranceles a la exportación de guano fueron aplicados a los territorios del norte, bajo conflictos con países vecinos por el establecimiento de puestos aduaneros.

Luego, en 1851, la tasa de 35% para artículos manufacturados se reduce a 30% y la tasa de 30%, que afectaba a la mayoría de las mercaderías, se

rebaja a un 25%, iniciándose una tendencia hacia la desgravación que se refuerza por el pensamiento económico liberal que impera, el que lleva en 1864 al establecimiento de dos tasas arancelarias, del 25% y 15%, la primera a la gran mayoría de las importaciones, la segunda a bienes intermedios (herramientas, arados, alambre, etcétera) y bienes de uso doméstico. La maquinaria se mantiene libre de derechos aduaneros.

Una importante diferencia se crea en 1880, cuando son los aranceles a la exportación del salitre los que pasan a ser la principal fuente de ingresos de las arcas fiscales, cuyas tasas fluctuaron desde el 9% inicial hasta 44% en 1900, manteniéndose en niveles altos hasta los años treinta.

Hay pocas variaciones en las tasas de importaciones hasta 1897, año en que las exportaciones caen en 13%, lo que lleva a influir a empresarios organizados para que se dicte la Ley N°980, que establece un arancel aduanero basado en “la necesaria protección a la industria nacional”, importante reforma arancelaria proteccionista. Estos mismos grupos pidieron al Congreso que dictara leyes, eximiendo de derechos la importación de materias primas.

Las tasas de 15% y 25% suben al 35% y 60%, la última tasa a los bienes manufacturados producidos en el país, tales como zapatos, carruajes, ropa, comestibles, muebles, menaje de casa y otros similares.

En 1916 se dictó una ley que cambió los derechos ad valorem por derechos específicos, resultando menos proteccionistas para el sector manufacturero, y en 1921 se establece un recargo general del 50% a casi todos los derechos de internación.

Hacia mediados de los años 20, la misión Kenmerer hizo grandes aportes al desarrollo del sistema arancelario y aduanero nacionales, dando un marco conceptual modernizado, el cual se mantiene hasta el día de hoy en sus rasgos básicos.

De esa época, destacan el arancel de 1928, establecido por ley 4.321, muy ordenado y sistematizado, usado por cuarenta años como base de aranceles, y las estadísticas del comercio exterior nacional, complementado por ley 5.107 de 19.04.1932, que faculta al Presidente de la República para rebajar hasta en un 50% los derechos arancelarios, norma vigente hasta 1950.

Atendiendo la crisis económica de la Gran Depresión, que golpeó fuertemente al país, se dictó la ley 5202, de 24.07.1933, que crea la comisión de licencias de importación y autoriza importar ciertas mercancías,

previa “licencia”, concepto de control estatal de profunda significación económica y política. También se fijan las cantidades totales de los diversos artículos sometidos al régimen de licencias de importación en un período determinado, facultad entregada al Banco Central.

Es interesante indicar que por DRE 656/14.10.1949 se estableció el Convenio con Uruguay sobre facilidades para la internación de libros e impresos, importante norma en favor de la cultura, aplicada hasta el día de hoy.

A raíz de un informe del Banco Central y de la Misión Klein-Saks, se envió un oficio al Congreso para agilizar la ley 9.839, de 1950, con lo cual se logró su promulgación y con ello las disposiciones más importantes para el comercio exterior, estableciéndose que los bienes a importar serán siempre dentro de una lista de mercancías de importación permitida; la exportación será libre en productos, pero se someterá a una cuota de exportación (“contingente”); mientras se reemplaza la licencia para importar por el registro previo del operador económico, sujeto a un porcentaje de depósito previo (mera inscripción).

Empieza a crearse una frondosa legislación especial en favor de instituciones y organismos internacionales, al igual que áreas sectoriales de industria nacional.

Por ley 12.084, de 1956, se reemplaza el Consejo Nacional de Comercio Exterior por una Comisión de Cambios Internacionales, traspasando las atribuciones ejercidas en materia de comercio exterior por el Ministerio de Economía al Ministerio de Hacienda; establece un sistema de libre importación para las mercaderías incluidas en una lista aprobada por decreto supremo (LIP), únicas autorizadas para ser ingresadas legalmente (Decreto de Hacienda 5.474 de 1959). Estos productos igualmente quedaron afectos a impuestos adicionales con finalidades fiscalistas, los que alcanzaron niveles del 200% del valor CIF de las mercancías.

Al mismo tiempo, se liberaron del derecho de internación las maquinarias nuevas y demás elementos necesarios para la instalación de industrias que no existan en el país, siempre que ellas consuman, a lo menos, un porcentaje de materia prima nacional, con igual beneficio a la internación de maquinarias agrícolas, de la pequeña y mediana minería e industria pesquera nacional.

El 18.02.60 se publica el Tratado de Montevideo (ex Alalá) y su primera lista de desgravación parte en 1961, en forma gradual y en espera de alcanzar

una liberación total en el largo plazo, meta difícil de cumplir bajo las condiciones establecidas, aun cuando posteriormente este organismo devino en la actual ALADI.

En 1966 se crea la tasa de despacho (5%), tributo especial en reemplazo de los aranceles liberados por alguna norma especial, excepto tratados internacionales y otras instituciones favorecidas por leyes especiales. Fue objeto de un arduo conjunto de interpretaciones para su aplicación durante su larga vigencia.

Por Decreto 926 del 23.09.67 se implementa la sección cero del arancel, regímenes aduaneros especiales, recogiendo los beneficios a determinadas personas e industrias.

En los años setenta, los derechos de aduanas fluctuaban entre dos sistemas, el primero incluía tarifas nominales entre cero a setecientos por ciento ad valórem, adicionados con tasa a productos suntuarios, más depósitos previos de cerca de diez mil por ciento del precio del producto, tema que afectó a vehículos, y otros productos considerados inconvenientes de proveer desde el exterior, dada la escasez de divisas del momento, siendo el segundo sistema el más efectivo, en que las mercancías se importaban bajo amplios beneficios regionales o sectoriales, bajo el afán de industrializar al país.

Como punto básico, se intentó hacer de las industrias y la minería el motor del desarrollo, exportando lo menos posible otros artículos, sin permitir importaciones diferentes de materias primas o artículos a medio elaborar para la armaduría de otros bienes.

A pesar de las altas tasas nominales, el arancel efectivamente pagado era bajo, atendiendo las estrictas condiciones bancarias y la amplia gama de liberaciones industriales vigentes.

Sin embargo, los acontecimientos políticos de la época llevaron a profundas reformas, mediante la apertura de la economía al exterior, la liberalización del comercio exterior, las rebajas arancelarias y la eliminación de las barreras para arancelarias.

Todas estas importantes reformas se realizaron en dos grandes fases:

En la primera, 1974-81, se crearon las bases del modelo; se le dio vida a la mayor parte del proceso de desregulación y liberalización mediante eliminación de casi todas las restricciones no arancelarias y se redujeron

los aranceles de manera escalonada. (En 1973 la tasa promedio era 94% y en 1979 de un 10% para todos los bienes).

En la segunda fase, 1982-89, hubo cambio en algunas normas para las importaciones mediante la elevación de los aranceles, que en marzo de 1983 se llevó el arancel uniforme de importación al 20% y en septiembre de 1984 fue reescalonado al 35%.

Adicionalmente, se establecieron varios instrumentos para fomentar las exportaciones, en especial el sistema de pago diferido de aranceles, usualmente liberados después de cumplir ciertas condiciones de producción y exportación.

En 1985 se bajó el arancel al 30% y luego al 20%, para terminar en enero de 1988, con un arancel uniforme del 15%.

Posteriormente, mediante una sucesión de rebajas ordenadas, se van rebajando los aranceles nominales hasta llegar al 6% actual.

Destacan las leyes 18.525 de 1996 (con texto refundido en 2004) y 19.897, del 25.09.2003, las que establecen sobretasas e impuestos específicos a la importación de trigo, harina de trigo y azúcar, bajo decretos de Hacienda periódicos.

El país debió restablecer ante la organización Mundial de Comercio la tarifa consolidada desde un 31.5% al 98% para el azúcar, exclusivamente (ley 19.772 del 19.11.2001).

En concordancia con tales rebajas, se establece como política general de desarrollo de las exportaciones la firma de tratados de libre comercio, con reducciones amplias de aranceles y un programa de desgravación gradual restringido a una canasta de productos sensibles a las partes. Como complemento a estos tratados y acuerdos, se dictó en el 2008, la ley 20.269 en favor de bienes de capital para pequeñas y medianas empresas, previamente incluidos en un listado dado por el Ministerio de Hacienda, modificable a petición de partes interesadas.

Un reciente proyecto para dinamizar las exportaciones, que incluyó la eliminación definitiva de los aranceles aduaneros, fue rechazado por varios sectores industriales y sectores políticos, ya que implicaría dejar sin opción de negociación de firma de nuevos tratados de libre comercio, al dejar de haber contraparte de protección que mantener, produciendo una apertura

unilateral que desincentiva al otro país a negociar, ya que cuenta con apertura comercial sin costo.

Tampoco fueron aceptados los nuevos impuestos a ciertos productos ambientalmente sensibles (impuestos verdes).

### **3. NOMENCLATURAS ARANCELARIAS INTERNACIONALES**

El primer intento de una nomenclatura uniforme proviene del Primer Congreso Internacional de Estadística, en Bruselas, en septiembre de 1853, seguidas de otras hasta 1908, antevíspera de la Conferencia Internacional de Estadística Comercial, de 1910 a 1913, en Bélgica, basándose en la agrupación sistemática, hecha por ese país entre 1831 hasta 1854, en concordancia con las normas de la Nomenclatura Austro-Húngara de 1882 y el proyecto de 1905, resultando todo en la Nomenclatura Común de Mercancías del 31.12.1913, aprobada por 29 países (entre ellos, Chile) y base de aquella adoptada por ley 4.321 del 27.02.28 (modificada por ley 4.945, del 06.11.31, el Decreto Ley 296, del 20.03.31, con texto final publicado el 02.07.31).

En 1927, la Conferencia Económica Internacional recomendó que el Consejo de la Sociedad de las Naciones buscara una nomenclatura aduanera metódica, con un proyecto en 1931, publicada en 1937 y llamada Nomenclatura de Ginebra en 1948, devenida en CUCI, basada en sistemas estadísticos por actividad económica.

El recién creado Comité de Cooperación Económica Europea, a través de su Comité Aduanero, empezó en 1948 a buscar una armonización de nomenclaturas, logrado en 1950, base del arancel establecido en Chile por ley 16.464 / 25.04.66 y aplicado mediante el Decreto de Hacienda 10 del 02.01.67, utilizado hasta 1989.

Devenido en Consejo de Cooperación Aduanera (Organización Mundial de Aduanas), de su Consejo dependen los Comité de la Nomenclatura y del Sistema Armonizado, con Subcomités de Revisión y el Subcomité Científico, encargados de mantener actualizada la nomenclatura creada.

Para integrar otras nomenclaturas ocupadas por países importantes, se buscó un esquema intermedio que las integrara, resultando en Bruselas: el 14 de junio de 1983 fue establecido el Convenio Internacional del

Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, que es una Nomenclatura polivalente y dinámica de uso múltiple, para lograr la armonía y uniformidad en la clasificación de mercancías para efectos de tarifa y estadísticas.

Han acordado adherir a su Convenio 164 países a la fecha.

En el país se adoptó mediante ley 18.768, del 29.12.88, el cual indica en su artículo 42° que se reemplaza la nomenclatura utilizada en el arancel aduanero por la “convención internacional del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías”.

Por Decreto con Fuerza de Ley 2, publicado el 21.08.89, se aprobó y establece como oficial para Chile el arancel aduanero basado en la Nomenclatura del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. Este texto legal entró en vigencia a contar del 01.01.90.

Cuando el Presidente de la República desglose las partidas del arancel aduanero y modifique dichos desgloses para fines estadísticos o de otra índole administrativa, no podrá afectar el tributo aduanero que corresponda pagar en la importación de las mercancías, salvo que se trate de un desglose necesario para aplicar sobretasas, derechos antidumping y derechos compensatorios de los mencionados en la ley 18.525.

El Servicio de Aduanas podrá efectuar los desgloses y modificaciones anteriores, cuando así lo autorice el Presidente de la República. En tal caso, las resoluciones de dicho servicio deberán publicarse en el Diario Oficial.

Al Director del Servicio Nacional de Aduanas le corresponde indicar las destinaciones aduaneras en que las mercancías deberán clasificarse, empleando obligatoriamente la nomenclatura del arancel aduanero.

Una nueva versión de esta nomenclatura fue establecida por Decreto de Hacienda N°1.519 del 21.12.95, mediante la Resolución 5.2788, del 28.08.97; se incorpora la versión en español de las notas explicativas de este Sistema Armonizado, complemento indispensable del texto en que se basa.

Por Decreto de Hacienda 1.019/ 31.12.01, se modifica el arancel para integrar la Versión Única en Español del Sistema Armonizado (VUESA), a fin de evitar situaciones de conflicto por variantes idiomáticas entre los países latinoamericanos, arancel cuyo nuevo texto rige desde el 01.01.2002.

La Resolución 5.534, del 15.12.04, adopta la tercera enmienda SA, nuevas notas explicativas, con las actualizaciones 1 y 2, de febrero y agosto del 2002, traducidas por autoridades de España. Posteriormente, por Resolución 2.992, del 16.07.2004, se incorporó la versión actualizada de las notas explicativas, que incluye la Tercera Enmienda en español.

Por Decreto del Ministerio de Hacienda N°997, del 16.12.06, vigente a partir del 01 de enero del 2007 hasta el 31.12.2011, se mantuvo nuevo arancel acorde a la Cuarta Recomendación de Enmienda del Sistema Armonizado.

Mediante el Decreto de Relaciones Exteriores N°171, del 24.01.08, se promulga el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, su protocolo de enmienda y las enmiendas a la Nomenclatura del Convenio, paso trascendente y definitivo en establecer este sistema de nomenclatura en forma definitiva.

El 26 de junio del 2009, el Consejo de Cooperación Aduanera aprobó la Quinta Recomendación de Enmienda a los textos de la Nomenclatura del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, que ha sido incorporada a nuestro Arancel Nacional, por Decreto de Hacienda 1148, texto publicado el 22 de diciembre del 2011, entrando en vigencia el 1º de enero del 2012.

#### **4. ESTRUCTURA DEL SISTEMA ARMONIZADO**

Clasificación es un método lógico por el cual, de acuerdo con determinados principios especialmente seleccionados, el universo de las mercancías se divide en clases o categorías que, a su vez, pueden subdividirse en subclases homogéneas y más detalladas.

En términos arancelarios, clasificar es encontrar la exacta posición relativa a una mercancía o clases de mercancías en determinado esquema de clasificación.

El principio básico es que a cada producto corresponda una sola posición arancelaria, y siempre debe tener una donde ubicarse.

Requiere conocimiento del sistema utilizado y precisa identificación de las mercancías a clasificar, sobre la base del examen de sus características físicas, químicas y de uso.

Esencialmente, las nomenclaturas son de dos grandes tipos:

- a) las de actividades económicas cubren el conjunto de actividades de la agricultura a los servicios y se utilizan para clasificar las entidades económicas;
- b) las de productos, en las que hay dos categorías:  
El criterio de clasificación es el origen de producción de los bienes; y aquellas que se estructuran en función de la naturaleza del producto.

Los principios esenciales de la clasificación de mercancías por naturaleza del producto son los siguientes:

Agrupar bienes según la naturaleza de la materia prima, las que están ordenadas por el reino de la naturaleza al que pertenecen, completa o principalmente, siguiendo siempre el orden clásico de tres categorías: animal, vegetal y mineral.

Clasificar las mercancías, en forma conjunta, a los productos de una misma industria, composición o contenido de los productos.

Presentar posiciones referentes a productos manufacturados más detallados que los de materias primas, por grado de preparación o de elaboración en el proceso de su transformación según usos y aplicaciones.

Entregar soluciones a todos los productos posibles de comerciar.

Para poder alcanzar las condiciones de descripción adecuada, que permita conseguir una clasificación sin tener que analizar el artículo en forma completa, se requiere que exista una clara descripción del mismo, generalmente lograda desde sus atributos más relevantes, tales como nombre, composición, materia prima, dimensiones, grado de elaboración, uso o industria a la que sirve.

## **5. LOS ELEMENTOS DE LA NOMENCLATURA DEL SISTEMA ARMONIZADO DE DESIGNACIÓN Y CODIFICACIÓN DE MERCANCÍAS SON LOS SIGUIENTES:**

Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura, son seis.

Secciones y Notas de Secciones se numeran en números romanos, del I al XXI.

Capítulos y sus Notas de Capítulos son numerados del 1 al 97; hay tres reservados para futuros usos de la nomenclatura.

Partidas son 1.224; se designan con un número de cuatro dígitos, los dos primeros corresponden al número del Capítulo, y los dos últimos indican el orden en que aparece la partida de dicho Capítulo.

Sub partidas y sus Notas de las subpartidas son 5.205; se dividen en dos niveles:

Sub partidas de un (1) guion: su quinto dígito es diferente al 0.

Subpartidas de dos (2) guiones: su sexto dígito es diferente de 0.

Sólo las Reglas Generales para la Interpretación del SA, las Notas de Sección, de Capítulo y de sub partidas y los números y textos de las partidas y subpartidas son parte integrante de la Nomenclatura del Sistema Armonizado.

Los países tienen la facultad para incorporar aperturas nacionales para especificar productos de su interés particular.

En Chile se ocupan bastante y hacen obligatorio el uso de ocho dígitos para clasificar a nivel de ítem arancelario.

Corresponde indicar que las mercancías están ordenadas en forma progresiva, desde las simples materias primas hasta las manufacturas más complejas y se disponen en el orden de su grado de elaboración, desde el Capítulo 1 al 83, según su materia constitutiva y en los Capítulos 84 al 97 prioritariamente a la función que cumplen.

La progresión en el grado de elaboración de las materias primas, productos semiterminados y productos terminados se repite en las respectivas Secciones, Capítulos, Partidas y Subpartidas.

También se contempla el ordenamiento según sectores industriales, tales como alimentos, química, plásticos, caucho, madera, papel, artes gráficas, industria textil, metalurgia, cerámicas, maquinarias, electrónicas, transportes, etcétera.

Hay seis (6) reglas generales para la Nomenclatura, con aplicación en estricto orden jerárquico o secuencial. Cabe distinguir que estas reglas generales son seis, y su subdivisión nos lleva a diez principios a aplicar.

1. Los títulos de las agrupaciones del arancel sólo tienen un valor indicativo, ya que la clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo, y complementadas con las reglas que siguen:

2.a) Las referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que estén presentes las características esenciales de tal artículo, completo o terminado, incluso si se presenta sin montar.

2.b) Cualquier referencia a una materia en una partida alcanza a dicha materia incluso mezclada o asociada con otras materias, incluso si están constituidas total o parcialmente por dicha materia.

3. Cuando una mercancía pudiera clasificarse, en principio, en dos o más partidas por aplicación de la Regla 2 b) o en cualquier otro caso, la clasificación se efectuará como sigue:

3.a) La partida con descripción más específica tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más genérico.

3.b) Los productos mezclados, las manufacturas compuestas de materias diferentes o constituidas por la unión de artículos diferentes y las mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, cuya clasificación no pueda efectuarse aplicando la Regla anterior, se clasifican según la materia o con el artículo que les confiera su carácter esencial, si fuera posible determinarlo.

3.c) Cuando las dos reglas anteriores no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta.

4. Las mercancías que no puedan clasificarse aplicando las Reglas anteriores se clasifican en la partida que comprenda aquellas con las que tengan mayor

analogía (caso previsto especialmente para productos nuevos difíciles de catalogar).

5. Además de las disposiciones precedentes, a las mercancías consideradas a continuación, se les aplicarán las Reglas siguientes:

5.a) Los estuches y continentes similares, especialmente apropiados para contener un artículo determinado o un juego o surtido, susceptibles de uso prolongado y presentados con los artículos a los que están destinados, se clasifican con dichos artículos cuando sean de los tipos normalmente vendidos con ellos.

5.b) Salvo lo dispuesto en la Regla anterior, los envases que contengan mercancías se clasifican con ellas cuando sean de los tipos normalmente utilizados para esa clase de mercancías. Sin embargo, esta disposición no es obligatoria cuando los envases sean susceptibles de ser utilizados razonablemente de manera repetida.

6. La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada legalmente por los textos de estas subpartidas y de las Notas de subpartida así como, mutatis mutandis, por las Reglas anteriores, bien entendido que sólo pueden compararse subpartidas del mismo nivel. A efectos de esta Regla, también se aplican las Notas de Sección y de Capítulo, salvo disposición en contrario.

Existen los siguientes tipos de Notas para las Sección, de capítulos, de subcapítulos y de subpartidas:

- notas definitorias, las que entregan una definición de las mercancías incluidas;
- notas incluyentes de algún tipo de producto; y
- notas excluyentes de cierto tipo de bienes.

Lo interesante de estas categorías es que entregan una clara opción de clasificación, eliminando las alternativas que abren las Reglas Generales.

También existen reglas generales complementarias, nacionales, que permiten adaptar las normas generales a la realidad del arancel en uso.

Regla 1: las reglas generales precedentes son igualmente válidas “mutatis mutandis”.

(Cambiando aquello pertinente) para establecer, dentro de cada posición, la suposición aplicable y, a su vez, dentro de esta última, el ítem que corresponda.

Regla2: para la interpretación de este arancel, los términos posición y suposición deben entenderse equivalentes a los términos partida y subpartida.

Regla 3: la importación de mercancías usadas, incluso cuando el arancel aduanero contempla posiciones específicas que incluyan mercancías usadas, estará gravada con los derechos que el arancel establece para la correspondiente mercancía nueva, recargada 50% (de los aranceles aplicables).

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará en las siguientes mercancías:

- a) a los bienes de capital, con excepción de los barcos para pesca y barcos factorías, que pueden acogerse a pago diferido de derechos de aduana.
- b) a las comprendidas en la sección o del arancel aduanero, siempre que su importación se efectuó en las condiciones y con los requisitos que se especifican en cada posición arancelaria de esta sección.
- c) a las consignadas a particulares o internadas por estos, siempre que correspondan a operaciones que no tengan carácter comercial y hasta por un monto CIF de cien dólares EUA.

## ANEXOS

### ANEXO I

Reglas sobre procedimiento de aforo son aplicadas para ajustar el despacho de carga a normas de la Nomenclatura.

#### Regla 1

Salvo disposiciones particulares, cuando diferentes partes y piezas sueltas que, reunidas, constituyan un objeto determinado, incluso incompleto, se presenten juntas al aforo y sean solicitadas a despacho en un solo documento de destinación, tales partes y piezas seguirán el régimen del objeto que van a componer, aun cuando estén contenidas en varios bultos, constituyen diferentes bultos o se importen a granel.

Cuando por causa de fuerza mayor, o por otras calificadas en cada caso por el Director Regional o Administrador de Aduana, según corresponda (como ser la caída al mar de parte del cargamento o bien la circunstancia de que las diversas partes de un conjunto procedan de fábricas distintas), no se presente al aforo un todo completo, el despachador, previa declaración del hecho en la declaración inicial, tendrá opción al aforo en conjunto que se resolverá cuando se importen las partes complementarias.

Cuando se trate de máquinas o aparatos de grandes dimensiones, cuya importación deba efectuarse por parcialidades, en plazos diversos, el Director Nacional, previo informe del Director Regional o del Administrador respectivo, podrá autorizar el aforo de la mercancía como un todo completo, siempre que los importadores comprueben con planos y documentos la exacta correspondencia de las partes que constituyen dichas máquinas o aparatos.

En todo caso, los interesados deberán suscribir una obligación para responder al cumplimiento de la importación total, la que deberá efectuarse dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de numeración de la declaración inicial, prorrogable por el Director Nacional de Aduanas a petición fundada de los interesados.

#### Regla 2

Los Directores Regionales o los Administradores de Aduana podrán autorizar la inutilización de las mercancías afectas a derechos a fin de que constituyan muestras inutilizadas sin valor comercial.

### Regla 3

Los Directores Regionales o los Administradores de Aduana podrán autorizar las operaciones de cortes, perforaciones u otras transformaciones mecánicas en los materiales de consumo, para determinar sus usos como piezas de máquinas, aparatos o herramientas.

Dichas operaciones deberán ser solicitadas antes de la designación del fiscalizador para el aforo, reservándose la Aduana el derecho de comprobar posteriormente su uso.

Cuando se solicite “verificación de aforo por examen” de la mercancía, la franquicia podrá acordarse hasta después de efectuado el reconocimiento por el fiscalizador y previa notificación al interesado del resultado de esta operación.

## **ANEXO II**

### Reglas sobre las unidades

son definiciones básicas para ordenar los datos estadísticos.

#### Regla 1: Peso bruto

Por peso bruto se entenderá el de las mercancías con todos sus envases y embalajes interiores y exteriores, siempre que estos sean los que habitualmente se presentan.

El peso bruto de las mercancías que ordinariamente se transportan a granel o sin envases o embalajes, como el carbón, los líquidos en barcos o en vagones u otros vehículos cisternas, los minerales, las maquinarias, las piezas de hierro, etcétera, es aquel que tiene en las condiciones en que se presenta.

#### Regla 2: Peso legal

Por peso legal se entenderá el peso de las mercancías con todos los envases interiores, incluyendo las ataduras, cajas, envolturas, etcétera, con que estén acondicionadas dentro del embalaje exterior, simple o múltiple que les sirva de receptáculo general, con exclusión de la paja, viruta, papeles, aserrín, cuñas u otros materiales empleados para acondicionar los paquetes o las mercancías.

Se considerará como legal el peso bruto de los productos que vengan a granel dentro de un solo envase.

Cuando estos productos se presenten a granel, acondicionados en envases concéntricos, para la determinación del peso legal se considerarán el o los envases necesarios para que el transporte a y de la romana y el aforo se efectúe en condiciones normales de seguridad tanto para el operador como para el producto.

En los casos en que para determinar el peso legal de una mercancía haya que aplicar el recargo correspondiente, y el peso legal teórico que se obtiene agregando al peso neto dicho porcentaje resulta superior al peso bruto de la mercancía, se considerará como legal su peso bruto.

#### Regla 3: Peso neto

Se entiende por peso neto el peso de la mercancía desprovista de todos sus envases y embalajes.

#### Regla 4: Recargos

En general, las mercancías tendrán un recargo del 10 % sobre su peso neto cuando estén afectas a derechos sobre su peso legal y a 20 % sobre su peso legal o 30 % sobre su peso neto cuando están afectas a derechos sobre su peso bruto, si se presentan sin embalajes o mezcladas dentro de un mismo bulto con mercaderías afectas a diferentes derechos o comprendidas en distintos ítem del arancel aduanero.

**ANEXO III**

## Tasas arancelarias vigentes en últimos 40 años

Fechas	Porcentaje Máximo	Fechas	Porcentaje Máximo
31.12.73	220	1984	35
01.03.74	200	1985	35
27.03.74	160	1986	20
05.06.74	140	1987	20
1974	200	1988	15
16.01.75	120	1989	15
13.08.75	90	1990	15
1975	120	1991	11
09.02.76	80	1992	11
07.06.76	65	1993	11
23.12.76	65	1994	11
1976	80	1995	11
08.01.77	55	1996	11
02.05.77	45	1997	11
29.08.77	35	1998	10
03.12.77	25	1999	9
1977	55	2000	8
1978	20	2001	7
1979	15	2002	6
1980	10	2003	6
1981	10	2004	6
1982	10	2005	6
1983	20	2006	6

## **ANEXO IV**

### **I. CONVENIO INTERNACIONAL DEL SISTEMA ARMONIZADO DE DESIGNACIÓN Y CODIFICACIÓN DE MERCANCÍAS**

(Dado en Bruselas el 14 de junio de 1983)

#### PREÁMBULO

Las partes contratantes del presente Convenio, elaborado en Bruselas bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera,

Con el deseo de facilitar el comercio internacional,

Con el deseo de facilitar el registro, la comparación y el análisis de las estadísticas, especialmente de las del comercio internacional,

Con el deseo de reducir los gastos que ocasiona en el curso de las transacciones internacionales la necesidad de atribuir a las mercancías una nueva designación, una nueva clasificación y un nuevo código al pasar de una clasificación a otra y de facilitar la uniformidad de los documentos comerciales, así como la transmisión de datos,

Considerando que la evolución de las técnicas y estructuras del comercio internacional reclama modificaciones importantes del Convenio de la Nomenclatura, para la clasificación de mercancías en los aranceles de aduanas, dado en Bruselas el 15 de diciembre de 1950,

Considerando igualmente que el grado de detalle requerido por los gobiernos y los medios comerciales para fines arancelarios y estadísticos sobrepasa ampliamente al que ofrece la Nomenclatura anexa al Convenio citado,

Considerando que es preciso disponer de datos exactos y comparables para las negociaciones comerciales,

Considerando que el Sistema Armonizado está destinado a ser utilizado en la tarificación y estadísticas correspondientes a las diversas modalidades de transporte de mercancías,

Considerando que el Sistema Armonizado será incorporado, en lo posible, a los sistemas comerciales de designación y codificación de mercancías,

Considerando que el Sistema Armonizado pretende favorecer el establecimiento de una correlación, lo más estrecha posible, entre las estadísticas del comercio de importación y exportación, por una parte, y las estadísticas de producción por otra,

Considerando que debe mantenerse una estrecha correlación entre el Sistema Armonizado y la Clasificación Uniforme para el Comercio Internacional (CUCI) de Naciones Unidas,

Considerando que conviene dar respuesta a las necesidades antes aludidas mediante una nomenclatura arancelaria y estadística combinada que pueda ser utilizada por cuantos intervienen en el comercio internacional,

Considerando que es importante mantener al día el Sistema Armonizado siguiendo la evolución de las técnicas y estructuras de comercio internacional,

Considerando los trabajos ya efectuados en este campo por el Comité del Sistema Armonizado establecido por el Consejo de Cooperación Aduanera,

Considerando que, si bien el Convenio de la Nomenclatura se ha revelado como un instrumento eficaz para conseguir un determinado número de objetivos, el mejor medio de llegar a los resultados deseados consiste en concluir un nuevo convenio internacional,

Conviene lo siguiente:

## ARTÍCULO 1

### Definiciones

Para la aplicación del presente Convenio se entenderá:

- a) por “Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías”, llamado en adelante Sistema Armonizado: la nomenclatura que comprenda las partidas, subpartidas y los códigos numéricos correspondientes, las Notas de las secciones, de los capítulos y de las subpartidas, así como las Reglas generales para la interpretación del Sistema Armonizado que figuran en el anexo al presente Convenio;
- b) por “nomenclatura arancelaria”: la nomenclatura establecida según la legislación de una Parte contratante para la percepción de los derechos arancelarios a la importación;

- c) por “nomenclaturas estadísticas”: las nomenclaturas elaboradas por una Parte contratante para registrar los datos que han de servir para presentar las estadísticas del comercio de importación y exportación;
- d) por “nomenclatura arancelaria estadística combinada”: la nomenclatura combinada que integra la arancelaria y la estadística, reglamentariamente sancionada por una Parte contratante para la declaración de las mercancías a la importación;
- e) por “Convenio que crea el Consejo”: el Convenio por el que se crea el Consejo de Cooperación Aduanera, dado en Bruselas el 15 de diciembre de 1950;
- f) por “Consejo”: El Consejo de Cooperación Aduanera a que se refiere el apartado e) anterior;
- g) por “Secretario General”: el Secretario General del Consejo;
- h) por “ratificación”: la ratificación propiamente dicha, la aceptación o la aprobación.

## ARTÍCULO 2

El anexo al presente Convenio forma parte de este y cualquier referencia al Convenio se aplica también a dicho anexo.

## ARTÍCULO 3

Obligaciones de las Partes contratantes

1. Sin perjuicio de las excepciones mencionadas en el artículo 4:

a) Las Partes contratantes se comprometen, salvo que apliquen las disposiciones del apartado c) siguiente, a que sus nomenclaturas arancelaria y estadística se ajusten al Sistema Armonizado a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio para cada Parte. Se comprometen, por tanto, en la elaboración de sus nomenclaturas arancelaria y estadística:

1º a utilizar todas las partidas y subpartidas de Sistema Armonizado sin adición ni modificación, así como los códigos numéricos correspondientes;

2º a aplicar las Reglas generales para la interpretación del Sistema Armonizado así como todas las Notas de las secciones, capítulos y subpartidas y a no modificar el alcance de las secciones, de los capítulos, partidas o subpartidas del Sistema Armonizado;

3° a seguir el orden de numeración del Sistema Armonizado;

b) Las Partes contratantes pondrán también a disposición del público las estadísticas del comercio de importación y exportación siguiendo el código de seis cifras del Sistema Armonizado o, por su propia iniciativa, con un nivel más detallado, salvo que tal publicación no pueda realizarse por razones excepcionales, tales como el carácter confidencial de la información comercial o la seguridad nacional;

c) Ninguna disposición de este artículo obliga a las Partes contratantes a utilizar las subpartidas del Sistema Armonizado en su nomenclatura arancelaria, siempre que se respeten las obligaciones prescritas en los apartados a) 1°, a) 2° y a) 3° anteriores en una nomenclatura arancelaria y estadística combinada.

2. Respetando las obligaciones previstas en el apartado 1 a) de este artículo, las Partes contratantes podrán hacer las adaptaciones del texto que sean indispensables para dar validez al Sistema Armonizado en relación con la legislación nacional.

3. Ninguna disposición de este artículo prohíbe a las Partes contratantes crear, en su propia nomenclatura arancelaria o estadística, subdivisiones para la clasificación de mercancías a un nivel más detallado que el del Sistema Armonizado, siempre que tales subdivisiones se añadan y codifiquen a un nivel superior al del código numérico de seis cifras que figura en el anexo al presente Convenio.

#### ARTÍCULO 4

##### Aplicación parcial por los países en desarrollo

1. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante puede diferir la aplicación de una parte o del conjunto de las subpartidas del Sistema Armonizado, durante el tiempo que fuera necesario, teniendo en cuenta la estructura de su comercio internacional o sus posibilidades administrativas.

2. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante y opte por la aplicación parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones de este artículo, se compromete a hacer lo necesario para aplicar el Sistema Armonizado completo con sus seis cifras en el plazo de cinco años que siga a la entrada en vigor del presente Convenio para dicho país o en cualquier

otro plazo que estime necesario, teniendo en cuenta las disposiciones del apartado 1 de este artículo.

3. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante y opte por la utilización parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones de este artículo aplicará todas las subpartidas de dos guiones de una subpartida de un guion o ninguna, o bien todas las subpartidas de un guion de una partida o ninguna. En estos casos de aplicación parcial, la sexta cifra o las cifras quinta y sexta correspondientes a la parte del código de Sistema Armonizado que no se aplique serán reemplazadas por “o” o “oo”, respectivamente.

4. Al convertirse en Parte contratante, cualquier país en desarrollo que opte por la aplicación parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones de este artículo notificará al Secretario General las subpartidas que no aplique en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio para dicho país y le notificará también las subpartidas que va a aplicar posteriormente.

5. Al convertirse en Parte contratante, cualquier país en desarrollo que opte por la aplicación parcial del Sistema Armonizado de acuerdo con las disposiciones de este artículo podrán notificar al Secretario General que se compromete formalmente a aplicar el Sistema Armonizado completo con sus seis cifras en el período de tres años que siga a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio respecto de dicho país.

6. Cualquier país en desarrollo que sea Parte contratante y aplique parcialmente el Sistema Armonizado conforme a las disposiciones de este artículo quedará exento de las obligaciones que impone el artículo 3 en lo que se refiere a las subpartidas que no aplique.

## ARTÍCULO 5

### Asistencia técnica a los países en desarrollo

Los países desarrollados que sean partes contratantes prestarán asistencia técnica a los países en desarrollo que lo soliciten, según las modalidades convenidas de común acuerdo, especialmente en la formación de personal, en la transposición de sus actuales nomenclaturas al Sistema Armonizado y en el asesoramiento sobre las medidas convenientes para mantener actualizados sus sistemas ya transpuestos, teniendo en cuenta

las enmiendas introducidas en el Sistema Armonizado, así como sobre la aplicación de las disposiciones del presente Convenio.

## ARTÍCULO 6

### Comité del Sistema Armonizado

1. De acuerdo con el presente Convenio, se crea un comité denominado Comité del Sistema Armonizado, compuesto por representantes de cada una de las partes contratantes.
2. El Comité del Sistema Armonizado se reunirá, en general, por lo menos, dos veces al año.
3. Las reuniones serán convocadas por el Secretario General y tendrán lugar en la sede del Consejo, salvo decisión en contrario de las Partes contratantes.
4. En el seno del Comité del Sistema Armonizado, cada Parte contratante tendrá derecho a un voto; sin embargo, a efectos del presente Convenio y sin perjuicio de cualquier otro que se concluya en el futuro, cuando una Unión aduanera o económica, así como uno o varios de sus Estados miembros sean Partes contratantes, estas Partes contratantes tendrán en conjunto un solo voto. Del mismo modo, cuando todos los Estados miembros de una Unión aduanera o económica que pueda ser Parte contratante según las disposiciones del artículo 11 b) sean ya Partes contratantes tendrán, en conjunto, un solo voto.
5. El Comité del Sistema Armonizado elegirá su Presidente, así como uno o varios Vicepresidentes.
6. El Comité redactará su propio reglamento por decisión de una mayoría de dos tercios de los votos de sus miembros. Dicho reglamento se someterá a la aprobación del Consejo.
7. El Comité invitará a participar en su trabajos, si lo estima conveniente, con carácter de observadores, a organizaciones intergubernamentales u otras organizaciones internacionales.
8. El Comité creará, llegado el caso, subcomités o grupos de trabajo, teniendo en cuenta, principalmente, lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 7 y determinará la composición, los derechos relativos al voto y el reglamento interno de dichos órganos.

## ARTÍCULO 7

### Funciones del Comité

1. Teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 8, el Comité ejercerá las siguientes funciones:

- a) proponer cualquier proyecto de enmienda al presente Convenio que estime conveniente, teniendo en cuenta, principalmente, las necesidades de los usuarios y la evolución de las técnicas o de las estructuras del comercio internacional;
- b) redactar notas explicativas, criterios de clasificación y otros criterios, para la interpretación del Sistema Armonizado;
- c) formular recomendaciones para asegurar la interpretación y aplicación uniforme del Sistema Armonizado;
- d) reunir y difundir cualquier información relativa a la aplicación del Sistema Armonizado;
- e) proporcionar, de oficio o a petición, informaciones o consejos sobre cualquier cuestión relativa a la clasificación de mercancías en el Sistema Armonizado a las Partes contratantes, a los Estados miembros del Consejo, así como a las organizaciones intergubernamentales y otras organizaciones internacionales que el Comité estime apropiado;
- f) presentar en cada sesión del Consejo un informe de sus actividades, incluidas las propuestas de enmiendas, notas explicativas, criterios de clasificación y otros criterios;
- g) ejercer, en lo que se refiere al Sistema Armonizado, cualquier potestad o función que el Consejo o las Partes contratantes puedan juzgar conveniente.

2. Las decisiones administrativas del Comité del Sistema Armonizado que tengan implicaciones presupuestarias se someterán a la aprobación del Consejo.

## ARTÍCULO 8

### Papel del Consejo y procedimiento de reserva

1. El Consejo examinará las propuestas de enmienda al presente Convenio elaboradas por el Comité del Sistema Armonizado y las recomendará a las

Partes contratantes de acuerdo con el procedimiento del artículo 16, salvo que un Estado miembro del Consejo que sea Parte contratante del presente Convenio pida que todas o parte de dichas propuestas se devuelvan al Comité para un nuevo examen.

2. Las Notas explicativas, los Criterios de clasificación y demás criterios relativos a la interpretación del Sistema Armonizado y las recomendaciones encaminadas a asegurar la interpretación y aplicación uniforme del Sistema Armonizado que hayan sido redactados durante una sesión del Comité del Sistema Armonizado, conforme a las disposiciones del apartado 1 del artículo 7, se considerarán aprobados por el Consejo si, antes de finalizar el segundo mes que siga al de la clausura de dicha sesión, ninguna Parte contratante del presente Convenio hubiera notificado al Secretario General una petición para que el asunto sea sometido al Consejo.

3. Cuando el Consejo deba ocuparse de un asunto de acuerdo con las disposiciones de apartado 2 de este artículo, aprobará las citadas Notas explicativas, Criterios de clasificación y demás criterios y recomendaciones, salvo que un Estado miembro del Consejo que sea Parte contratante del presente Convenio pida que se devuelva todo o parte al Comité para nuevo examen.

## ARTÍCULO 9

### Tipos de los derechos de aduanas

Las Partes contratantes no contraen, por el presente Convenio, ningún compromiso en lo que se refiere al tipo de los derechos de aduanas.

## ARTÍCULO 10

### Resolución de diferencias

1. Cualquier diferencia entre las Partes contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente Convenio se resolverá, en lo posible, por vía de negociaciones directas entre dichas Partes.

2. Cualquier diferencia que no se resuelva por esta vía será presentada por las Partes en desacuerdo ante el Comité del Sistema Armonizado que la examinará y hará las recomendaciones pertinentes con vistas a su resolución.

3. Si el Comité del Sistema Armonizado no puede resolver la diferencia, la presentará al Consejo que hará las recomendaciones pertinentes conforme al apartado 3 del artículo 3 del Convenio por el que se crea el Consejo.

4. Las Partes en desacuerdo podrán convenir por anticipado la aceptación de las recomendaciones del Comité o del Consejo.

#### ARTÍCULO 11

Condiciones requeridas por ser Parte contratante

Pueden ser Parte contratante del presente Convenio:

- a) Los Estados miembros del Consejo;
- b) Las Uniones aduaneras o económicas a las que se haya transferido la competencia para concluir tratados sobre todas o algunas de las materia reguladas por el presente Convenio; y
- c) Cualquier Estado al que el Secretario General dirija una invitación con este fin conforme a las instrucciones del Consejo.

#### ARTÍCULO 12

Procedimiento para ser Parte contratante

1. Cualquier Estado o Unión aduanera o económica que cumpla las condiciones requeridas podrá ser Parte contratante del presente Convenio:

- a) firmándolo sin reserva de ratificación;
- b) depositando un instrumento de ratificación después de haberlo firmado a reserva de ratificación; o
- c) adhiriéndose a él después de que el Convenio haya dejado de estar abierto a la firma.

2. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados y Uniones aduaneras o económicas a las que alude el artículo 11 hasta el 31 de diciembre de 1986 en la sede del Consejo en Bruselas. A partir de dicha fecha, estará abierto a la adhesión.

3. Los instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarán ante el Secretario General.

## ARTÍCULO 13

### Entrada en vigor

1. El presente Convenio entrará en vigor el 1 de enero que siga (con un plazo mínimo de doce meses y máximo de veinticuatro meses) a la fecha en que un mínimo de diecisiete Estados o Uniones aduaneras o económicas a los que se alude en el artículo 11 anterior lo hayan firmado sin reserva de ratificación o hayan depositado el instrumento de ratificación o de adhesión, pero nunca antes del 1 de enero de 1987.

2. Para cualquier Estado o Unión aduanera o económica que firme el presente Convenio sin reserva de ratificación, que lo ratifique o que se adhiera al mismo después de haberse alcanzado el número mínimo requerido en el apartado 1 de este artículo, el Convenio entrará en vigor el 1 de enero que siga (con un plazo mínimo de doce meses y máximo de veinticuatro meses) a la fecha en que, si no se precisa alguna más cercana, dicho Estado o dicha Unión aduanera o económica haya firmado el Convenio sin reserva de ratificación o haya depositado el instrumento de ratificación o de adhesión. Sin embargo, la fecha de entrada en vigor derivada de las disposiciones de este apartado no podrá ser anterior a la prevista en el apartado 1 de este artículo.

## ARTÍCULO 14

### Aplicación en los territorios dependientes

1. Cuando un Estado llegue a ser Parte contratante del presente Convenio o posteriormente, podrá notificar al Secretario General que este Convenio afecta a todos o algunos de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable designándolos en la notificación. Esta notificación surtirá efecto el 1 de enero que siga (con un plazo mínimo de doce meses y máximo de veinticuatro meses) a la fecha en que la reciba el Secretario General, salvo si se indica en la misma una fecha más cercana. Sin embargo, el presente Convenio no podrá ser aplicable en dichos territorios antes de su entrada en vigor respecto del Estado interesado.

2. El presente Convenio dejará de ser aplicable en el territorio designado en la fecha en que dejen de estar bajo la responsabilidad de la Parte contratante las relaciones internacionales de dicho territorio, o en cualquier fecha anterior que se notifique al Secretario General en las condiciones previstas en el artículo 15.

## ARTÍCULO 15

### Denuncia

El presente Convenio es de duración ilimitada. No obstante, cualquier Parte contratante podrá denunciarlo y la denuncia surtirá efecto un año después de la recepción del instrumento de denuncia por el Secretario General, salvo que se fije en el mismo una fecha posterior.

## ARTÍCULO 16

### Procedimiento de enmienda

1. El Consejo podrá recomendar a las Partes contratantes enmiendas al presenta Convenio.
2. Cualquier Parte contratante podrá notificar al Secretario General que formula una objeción o una enmienda recomendada y podrá retirarla posteriormente en el plazo indicado en el apartado 3 de este artículo.
3. Cualquier enmienda recomendada se considera aceptada a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el Secretario General haya notificado dicha enmienda, siempre que al término de dicho plazo no exista ninguna objeción.
4. Las enmiendas aceptadas entrarán en vigor para todas las Partes contratantes en una de las fechas siguientes:
  - a) 1 de enero del segundo año que siga a la fecha de notificación, si la enmienda recomendada fue notificada antes del 1 de abril.
  - b) 1 de enero del tercer año que siga a la fecha de notificación, si la enmienda recomendada fue notificada el 1 de abril o posteriormente.
5. En la fecha contemplada en el apartado 4 de este artículo, las nomenclaturas estadísticas de las Partes contratantes, así como la nomenclatura arancelaria o la nomenclatura arancelaria y estadística combinadas en el caso previsto en el apartado 1 c) del artículo 3, deberán estar ya de acuerdo con el Sistema Armonizado enmendado.
6. Debe entenderse que cualquier Estado o Unión aduanera o económica que firme el presente Convenio sin reserva de ratificación, que lo ratifique o que se adhiera ha aceptado las enmiendas que, en la fecha en que dicho Estado o dicha Unión accedan al Convenio, hayan entrado en vigor o hayan

sido aceptadas de acuerdo con las disposiciones del apartado 3 de este artículo.

#### ARTÍCULO 17

##### Derechos de las Partes contratantes con respecto al Sistema Armonizado

En lo que se refiere a las cuestiones relativas al Sistema Armonizado, el apartado 4 del artículo 6, el artículo 8 y el apartado 2 del artículo 16 confieren derechos a las Partes contratantes:

- a) respecto a la parte del Sistema Armonizado que apliquen conforme a las disposiciones del presente Convenio; o
- b) hasta la fecha de entrada en vigor del presente Convenio para una Parte contratante conforme a las disposiciones del artículo 13, respecto a la parte del Sistema Armonizado que estará obligada a aplicar en dicha fecha de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio; o
- c) respecto a todo el Sistema Armonizado, siempre que se haya comprometido formalmente a aplicar el Sistema Armonizado completo, con sus seis cifras, en el plazo de tres años indicado en el apartado 5 del artículo 4 y hasta la expiración de dicho plazo.

#### ARTÍCULO 18

##### Reservas

No se admite ninguna reserva al presente Convenio.

#### ARTÍCULO 19

##### Notificaciones del Secretario General

El Secretario General comunicará a las Partes contratantes, a los demás Estados signatarios, a los Estados miembros del Consejo que no sean Partes contratantes del presente Convenio y al Secretario General de Naciones Unidas:

- a) Las notificaciones recibidas de acuerdo con el artículo 4;
- b) Las firmas, ratificaciones y adhesiones que se contemplan en el artículo 12;

- c) La fecha en que el presente Convenio entre en vigor de acuerdo con el artículo 13;
- d) Las notificaciones recibidas de acuerdo con el artículo 14;
- e) Las denuncias recibidas de acuerdo con el artículo 15;
- f) Las enmiendas al presente Convenio recomendadas de acuerdo con el artículo 16;
- g) Las objeciones formuladas a las enmiendas recomendadas de acuerdo con el artículo 16, así como su eventual retirada;
- h) Las enmiendas aceptadas de acuerdo con el artículo 16, así como la fecha de su entrada en vigor.

#### ARTÍCULO 20

##### Registro en Naciones Unidas

De acuerdo con el artículo 102 de la Carta de Naciones Unidas, el presente Convenio se registrará en la Secretaría de Naciones Unidas a petición del Secretario General del Consejo.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados al efecto, suscriben el presente Convenio.

Dado en Bruselas, el 14 de junio de 1983, en la lengua francesa e inglesa, dando fe ambos textos en un solo ejemplar, el cual se deposita ante el Secretario General del Consejo que remitirá copias certificadas a todos los Estados y a todas las Uniones aduaneras o económicas que se contemplan en el artículo 11.

## **II. PROTOCOLO DE ENMIENDA AL CONVENIO INTERNACIONAL DE SISTEMA ARMONIZADO DE DESIGNACIÓN Y CODIFICACIÓN DE MERCANCÍAS**

(dado en Bruselas el 24 de junio de 1986)

Las Partes contratantes del Convenio por el que se creó el Consejo de Cooperación Aduanera firmado en Bruselas el 15 de diciembre de 1950 y la Comunidad Económica Europea,

Considerando que es deseable que el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (dado en Bruselas el 14 de junio de 1983) entre en vigor el 1 de enero de 1988,

Considerando que, salvo que se enmiende el artículo 13 de dicho Convenio, la entrada en vigor del Convenio permanecerá incierta,

Han acordado lo siguiente:

### **ARTÍCULO 1**

El apartado 1 del artículo 13 del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, dado en Bruselas el 14 de junio de 1983 (denominado en adelante “Convenio”) se sustituirá por el siguiente texto:

“1. El presente Convenio entrará en vigor el 1 de enero que siga inmediatamente, después de tres meses por lo menos, a la fecha en que un mínimo de diecisiete Estados o Uniones aduaneras o económicas a los que se alude en el artículo 11 anterior lo hayan firmado sin reserva de ratificación o hayan depositado el instrumento de ratificación o de adhesión, pero no antes de 1 de enero de 1988”.

### **ARTÍCULO 2**

A. El presente Protocolo entrará en vigor al mismo tiempo que el Convenio con la condición de que un mínimo de diecisiete Estados o Uniones aduaneras o económicas a las que alude el artículo 11 del Convenio hayan depositado el instrumento de aceptación del Protocolo ante el Secretario General del Consejo de Cooperación Aduanera. Sin embargo, ningún Estado o Unión aduanera o económica podrá depositar el instrumento de aceptación del presente Protocolo, si previamente no ha firmado o no firma

al mismo tiempo el Convenio sin reserva de ratificación, o no ha depositado o no deposita al mismo tiempo el instrumento de ratificación o de adhesión al Convenio.

B. Cualquier Estado o Unión aduanera o económica que llegue a ser Parte contratante del Convenio después de la entrada en vigor del presente Protocolo de acuerdo con el apartado A anterior será parte contratante del Convenio enmendado por el Protocolo.

### **Recomendaciones de enmienda del sistema armonizado**

El Anexo al Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, firmado en Bruselas el 14 de junio de 1983, se ha enmendado, conforme al artículo 16 de ese Convenio, por las Recomendaciones siguientes:

Recomendación de 5 de julio de 1989.

Esta Recomendación entró en vigor el 1 de enero de 1992.

Recomendación de 6 de julio de 1993.

Esta recomendación entró en vigor el 1 de enero de 1996.

Recomendación de 25 de junio de 1999.

Esta Recomendación entró en vigor el 1 de enero de 2002.

Recomendación de 26 de junio de 2004.

Esta Recomendación entró en vigor el 1 de enero de 2007.

## **ANEXO V**

### **NOMENCLATURA DEL SISTEMA ARMONIZADO**

#### **Versión única en español del sistema armonizado**

#### **Índice de materias**

Reglas Generales para la Interpretación del Sistema Armonizado

#### **Sección I**

Animales vivos y productos del reino animal

Notas de Sección

- 1 Animales vivos
- 2 Carne y despojos comestibles
- 3 Pescados y crustáceos, moluscos y demás invertebrados acuáticos
- 4 Leche y productos lácteos; huevos de ave; miel natural; productos comestibles de origen animal, no expresados ni comprendidos en otra parte
- 5 Los demás productos de origen animal no expresados ni comprendidos en otra parte

#### **Sección II**

Productos del reino vegetal

Nota de Sección

- 6 Plantas vivas y productos de la floricultura
- 7 Hortalizas, plantas, raíces y tubérculos alimenticios
- 8 Frutas y frutos comestibles; cortezas de agrios (cítricos), melones o sandías
- 9 Café, té, yerba mate y especias
- 10 Cereales
- 11 Productos de la molinería; malta; almidón y fécula; inulina; gluten de trigo

- 12 Semillas y frutos oleaginosos; semillas y frutos diversos; plantas industriales o medicinales; paja y forraje
- 13 Gomas, resinas y demás jugos y extractos vegetales
- 14 Materias trenzables y demás productos de origen vegetal, no expresados ni comprendidos en otra parte

### **Sección III**

Grasas y aceites animales o vegetales; productos de su desdoblamiento; grasas alimenticias elaboradas; ceras de origen animal o vegetal

- 15 Grasas y aceites animales o vegetales; productos de su desdoblamiento; grasas alimenticias elaboradas; ceras de origen animal o vegetal

### **Sección IV**

Productos de las industrias alimentarias; bebidas, líquidos alcohólicos y vinagre; tabaco y sucedáneos del tabaco elaborados

- 16 Preparaciones de carne, pescado o de crustáceos, moluscos o demás invertebrados acuáticos
- 17 Azúcares y artículos de confitería
- 18 Cacao y sus preparaciones
- 19 Preparaciones a base de cereales, harina, almidón, fécula o leche; productos de pastelería
- 20 Preparaciones de hortalizas, frutas u otros frutos o demás partes de plantas
- 21 Preparaciones alimenticias diversas
- 22 Bebidas, líquidos alcohólicos y vinagre
- 23 Residuos y desperdicios de las industrias alimentarias; alimentos preparados para animales
- 24 Tabaco y sucedáneos del tabaco elaborados

### **Sección V**

Productos minerales

- 25 Sal; azufre; tierras y piedras; yesos, cales y cementos

- 26 Minerales metalíferos, escorias y cenizas
- 27 Combustibles minerales, aceites minerales y productos de su destilación; materias bituminosas; ceras minerales

## **Sección VI**

Productos de las industrias químicas o de las industrias conexas

- 28 Productos químicos inorgánicos; compuestos inorgánicos u orgánicos de metal precioso, de elementos radiactivos, de metales de las tierras raras o de isótopos
- 29 Productos químicos orgánicos
- 30 Productos farmacéuticos
- 31 Abonos
- 32 Extractos curtientes o tintóreos; taninos y sus derivados; pigmentos y demás materias colorantes; pinturas y barnices; mástiques; tintas
- 33 Aceites esenciales y resinoides; preparaciones de perfumería, de tocador o de cosmética
- 34 Jabón, agentes de superficie orgánicos, preparaciones para lavar, preparaciones lubricantes, ceras artificiales, ceras preparadas, productos de limpieza, velas y artículos similares, pastas para modelar, «ceras para odontología» y preparaciones para odontología a base de yeso fraguable
- 35 Materias albuminoideas; productos a base de almidón o de fécula modificados; colas; enzimas
- 36 Pólvora y explosivos; artículos de pirotecnia; fósforos (cerillas); aleaciones pirofóricas; materias inflamables
- 37 Productos fotográficos o cinematográficos
- 38 Productos diversos de las industrias químicas

## **Sección VII**

Plástico y sus manufacturas; caucho y sus manufacturas

- 39 Plástico y sus manufacturas
- 40 Caucho y sus manufacturas

### **Sección VIII**

Pieles, cueros, peletería y manufacturas de estas materias; artículos de talabartería o guarnicionería; artículos de viaje, bolsos de mano (carteras) y continentes similares; manufacturas de tripa

- 41 Pieles (excepto la peletería) y cueros
- 42 Manufacturas de cuero; artículos de talabartería o guarnicionería; artículos de viaje, bolsos de mano (carteras) y continentes similares; manufacturas de tripa
- 43 Peletería y confecciones de peletería; peletería facticia o artificial

### **Sección IX**

Madera, carbón vegetal y manufacturas de madera; corcho y sus manufacturas; manufacturas de espartería o cestería

- 44 Madera, carbón vegetal y manufacturas de madera
- 45 Corcho y sus manufacturas
- 46 Manufacturas de espartería o cestería

### **Sección X**

Pasta de madera o de las demás materias fibrosas celulósicas; papel o cartón para reciclar (desperdicios y desechos); papel o cartón y sus aplicaciones

- 47 Pasta de madera o de las demás materias fibrosas celulósicas; papel o cartón para reciclar (desperdicios y desechos)
- 48 Papel y cartón; manufacturas de pasta de celulosa, de papel o cartón
- 49 Productos editoriales, de la prensa y de las demás industrias gráficas; textos manuscritos o mecanografiados y planos

### **Sección XI**

Materias textiles y sus manufacturas

- 50 Seda
- 51 Lana y pelo fino u ordinario; hilados y tejidos de crin
- 52 Algodón

- 53 Las demás fibras textiles vegetales; hilados de papel y tejidos de hilados de papel
- 54 Filamentos sintéticos o artificiales; tiras y formas similares de materia textil sintética o artificial
- 55 Fibras sintéticas o artificiales discontinuas
- 56 Guata, fieltro y tela sin tejer; hilados especiales; cordeles, cuerdas y cordajes; artículos de cordelería
- 57 Alfombras y demás revestimientos para el suelo, de materia textil
- 58 Tejidos especiales; superficies textiles con mechón insertado; encajes; tapicería; pasamanería; bordados
- 59 Telas impregnadas, recubiertas, revestidas o estratificadas; artículos técnicos de materia textil
- 60 Tejidos de punto
- 61 Prendas y complementos (accesorios), de vestir, de punto
- 62 Prendas y complementos (accesorios), de vestir, excepto los de punto
- 63 Los demás artículos textiles confeccionados; juegos; prendería y trapos

## **Sección XII**

Calzado, sombreros y demás tocados, paraguas, quitasoles, bastones, látigos, fustas, y sus partes; plumas preparadas y artículos de plumas; flores artificiales; manufacturas de cabello

- 64 Calzado, polainas y artículos análogos; partes de estos artículos
- 65 Sombreros, demás tocados y sus partes
- 66 Paraguas, sombrillas, quitasoles, bastones, bastones asiento, látigos, fustas, y sus partes
- 67 Plumas y plumón preparados y artículos de plumas o plumón; flores artificiales; manufacturas de cabello

## **Sección XIII**

Manufacturas de piedra, yeso fraguable, cemento, amianto (asbesto), mica o materias análogas; productos cerámicos; vidrio y sus manufacturas

- 68 Manufacturas de piedra, yeso fraguable, cemento, amianto (asbesto), mica o materias análogas

- 69 Productos cerámicos
- 70 Vidrio y sus manufacturas

#### **Sección XIV**

Perlas finas (naturales) o cultivadas, piedras preciosas o semipreciosas, metales preciosos, chapados de metal precioso (plaqué) y manufacturas de estas materias; bisutería; monedas

- 71 Perlas finas (naturales) o cultivadas, piedras preciosas o semipreciosas, metales preciosos, chapados de metal precioso (plaqué) y manufacturas de estas materias; bisutería; monedas

#### **Sección XV**

Metales comunes y manufacturas de estos metales

- 72 Fundición, hierro y acero
- 73 Manufacturas de fundición, hierro o acero
- 74 Cobre y sus manufacturas
- 75 Níquel y sus manufacturas
- 76 Aluminio y sus manufacturas
- 77 (Reservado para una futura utilización en el Sistema Armonizado)
- 78 Plomo y sus manufacturas
- 79 Cinc y sus manufacturas
- 80 Estaño y sus manufacturas
- 81 Los demás metales comunes; cermets; manufacturas de estas materias
- 82 Herramientas y útiles, artículos de cuchillería y cubiertos de mesa, de metal común; partes de estos artículos, de metal común
- 83 Manufacturas diversas de metal común

#### **Sección XVI**

Máquinas y aparatos, material eléctrico y sus partes; aparatos de grabación o reproducción de sonido, aparatos de grabación o reproducción de imagen o sonido en televisión, y las partes y accesorios de estos aparatos

84 Reactores nucleares, calderas, máquinas, aparatos y artefactos mecánicos; partes de estas máquinas o aparatos

85 Máquinas, aparatos y material eléctrico, y sus partes; aparatos de grabación o reproducción de sonido, aparatos de grabación o reproducción de imagen y sonido en televisión, y las partes y accesorios de estos aparatos

### **Sección XVII**

Material de transporte

86 Vehículos y material para vías férreas o similares, y sus partes; aparatos mecánicos (incluso electromecánicos) de señalización para vías de comunicación

87 Vehículos automóviles, tractores, velocípedos y demás vehículos terrestres; sus partes y accesorios

88 Aeronaves, vehículos espaciales, y sus partes

89 Barcos y demás artefactos flotantes

### **Sección XVIII**

Instrumentos y aparatos de óptica, fotografía o cinematografía, de medida, control o precisión; instrumentos y aparatos medicoquirúrgicos; aparatos de relojería; instrumentos musicales; partes y accesorios de estos instrumentos o aparatos

90 Instrumentos y aparatos de óptica, fotografía o cinematografía, de medida, control o precisión; instrumentos y aparatos medicoquirúrgicos; partes y accesorios de estos instrumentos o aparatos

91 Aparatos de relojería y sus partes

92 Instrumentos musicales; sus partes y accesorios

### **Sección XIX**

Armas, municiones, y sus partes y accesorios

93 Armas, municiones, y sus partes y accesorios

### **Sección XX**

Mercancías y productos diversos

- 94 Muebles; mobiliario médico-quirúrgico; artículos de cama y similares; aparatos de alumbrado no expresados ni comprendidos en otra parte; anuncios, letreros y placas indicadoras luminosos y artículos similares; construcciones prefabricadas
- 95 Juguetes, juegos y artículos para recreo o deporte; sus partes y accesorios
- 96 Manufacturas diversas

### **Sección XXI**

Objetos de arte o colección y antigüedades

- 97 Objetos de arte o colección y antigüedades
- 98 (Reservado para usos particulares por las Partes contratantes)
- 99 (Reservado para usos particulares por las Partes contratantes)



## ANÁLISIS DE SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES TRIBUTARIOS Y ADUANEROS

### ANALYSIS OF JUDGEMENTS GIVEN BY TAX AND CUSTOMS COURTS

JAIME GARCÍA ESCOBAR<sup>1</sup>

**Resumen:** Este artículo tiene por objeto analizar algunas sentencias dictadas por Jueces Tributarios y Aduaneros en el marco de la Nueva Justicia Tributaria. Se estudian temas que han generado algún grado de polémica tanto doctrinal como jurisprudencialmente, como por ejemplo la interpretación que debe otorgársele a la inadmisibilidad probatoria, situaciones relativas a la aplicación de la Ley Nº18.320 o, en general, a la prescripción de la acción tributaria.

**Palabras clave:** Inadmisibilidad probatoria. Incentivo al cumplimiento tributario. Prescripción.

**Abstract:** This article intends to analyze certain judgements adjudicated by special judges of tax and customs jurisdiction within the frame of the new tax legislation and procedure. Issues that have generated a certain degree of doctrinal and jurisprudential discussion are studied as for example the interpretation that should be given to the inadmissibility of elements of proof, situations related to the application of Law No. 18.320 or in general to the statute of limitations referred to the tax filing.

**Key words:** Inadmissibility of elements of proof. Tax compliance incentive. Statute of limitations.

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Economía y Gestión para Abogados; trabajó en el SII y en el Consejo de Defensa del Estado. En la actualidad, ejerce libremente la profesión, dedicándose de preferencia a la asesoría y defensa tributaria. Profesor de pregrado de Derecho Tributario en la Universidad del Desarrollo y Andrés Bello. Profesor de posgrado del Magíster en Derecho Tributario y Diplomado en Tributación y Planificación Tributaria en la Escuela de Ciencias Empresariales de la Universidad de Chile; del Magíster en Tributación de la Universidad Finis Terrae; profesor del MBA en Políticas Públicas de la Universidad Mayor de Temuco; y del Diplomado en Tributación de la Universidad del Desarrollo; Profesor de la Academia Judicial. Autor de los siguientes libros: *Reformas Tributarias Ley Nº19.738; Infracciones Tributarias no Constitutivas de Delito; Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias; Elusión, Planificación y Evasión Tributaria; Prescripción en Materia Tributaria; y Tribunales Tributarios y Aduaneros*. Publicación de artículos en diversas revistas especializadas. Ex Director del Instituto Chileno de Derecho Tributario. Miembro de las comisiones tributarias de la Cámara Nacional de Comercio y del Colegio de Abogados.

El sistema de Tribunales Tributarios y Aduaneros termina de entrar en vigencia en todo Chile, el primero de febrero del año dos mil trece. A la fecha, se han dictado una gran cantidad de sentencias y, en general, en la mayoría de ellas, se aprecia un acabado análisis de los antecedentes de hecho y de Derecho de las causas que se someten al conocimiento de estos nuevos jueces. Sin perjuicio de la decisión del asunto (que puede favorecer o perjudicar a la parte del contribuyente), resulta gratificante estudiar los fallos que se dictan al efecto, toda vez que se realiza, como señalábamos, un pormenorizado estudio de la causa, que es, justamente, lo que es dable esperar de las sentencias de los jueces, al margen, insisto, del resultado definitivo de esta.

Presentaremos, a vuestra consideración, un conjunto de temas que han generado polémica tanto a nivel de doctrina como desde el punto de vista de la propia jurisprudencia. Ellos son los siguientes:

## **I. INADMISIBILIDAD PROBATORIA**

Los incisos 11º y 12º del artículo 132 del Código Tributario, establecen que: *“No serán admisibles aquellos antecedentes que, teniendo relación directa con las operaciones fiscalizadas, hayan sido solicitados determinada y específicamente por Servicio al reclamante en la citación a que se refiere el artículo 63 y que este último, no obstante disponer de ellos, no haya acompañado en forma íntegra dentro del plazo del inciso segundo de dicho artículo. El reclamante siempre podrá probar que no acompañó la documentación en el plazo señalado, por causas que no le hayan sido imputables”*.

*“El Juez Tributario y Aduanero se pronunciará en la sentencia sobre esta inadmisibilidad”*.

Como señalábamos en alguna oportunidad<sup>2</sup>: *“se trata de una sanción procesal para el contribuyente que –en cierto modo– se encuentra de mala fe, puesto que disponiendo de los antecedentes que el Servicio de Impuestos Internos requiere en la CITACIÓN prevista en el artículo 63, no los acompaña dentro del plazo para contestar la citación, esto es, un mes”*.

La verdad es que esta norma encierra un grave peligro de afectación al debido proceso y, específicamente, al derecho a defensa del contribuyente,

<sup>2</sup> Ugalde, Rodrigo; García, Jaime; Ugarte, Alfredo (2011). *Tribunales Tributarios y Aduaneros*. Santiago: Editorial Legalpublishing, cuarta edición, p. 151.

esto es, de dársele la posibilidad que en el marco del juicio (procedimiento de reclamo tributario) pueda probar sus alegaciones y defensas, toda vez que la sanción al hecho de no entregar la documentación solicitada determinada y específicamente, es, ni más ni menos, que no ser admisibles los documentos que no se acompañaron en la respuesta a la citación. En definitiva, esta drástica sanción de seguro le acarreará al contribuyente el perder su reclamo tributario, toda vez que casi no tendrá medios de prueba que le permitan probar lo señalado en su reclamo tributario.

Vistas así las cosas, la interpretación de esta disposición legal debe ser necesariamente restrictiva, esto es, sólo en la medida que se den todos los presupuestos que establece la ley, se podrá ESTIMAR INADMISIBLE LA PRUEBA NO ACOMPAÑADA EN LA RESPUESTA A LA CITACIÓN, porque en definitiva, esta es la terrible espada de Damocles que se cierne sobre el contribuyente: que toda la prueba acompañada a autos, no sea considerada por el Juez Tributario y Aduanero. La aplicación de esta norma debe dotarse de la mayor prudencia y realizarse siempre a favor del contribuyente, para así cumplir los fines del texto, dirigidos a no castigar con ella la omisión del contribuyente producida por ignorancia, incomprensión o simplemente inexperiencia al enfrentarse a la Administración. Como señalábamos en un principio, se trata de una sanción al contribuyente que se encuentra de MALA FE.

Ahora bien, ¿cuáles son los presupuestos que habilitan la aplicación de la norma en estudio? Ellos son los siguientes:

1. Que los antecedentes sean solicitados por el Servicio de Impuestos Internos en la citación, a que se refiere el artículo 63 del Código Tributario. Esta exigencia no ha generado mayores problemas, toda vez que de no exigirse en tal oportunidad, sencillamente, no se puede aplicar la sanción en estudio.
2. Que los antecedentes tengan relación directa con las operaciones fiscalizadas. Esta relación es “en línea recta”, sin detenerse en puntos intermedios, como señala el Diccionario de la RAE. Se trata de un vínculo entre la operación y los antecedentes que permite establecer con claridad de qué documento se trata en la “operación” concreta a fiscalizar. Para establecer la relación directa con la operación fiscalizada, deberá examinarse el enunciado de la solicitud utilizado por el Servicio en el caso concreto, extrayendo de él las referencias fácticas de lugar, tiempo o circunstancia que permiten asociarlo “directamente” con

la operación fiscalizada. Si la exigencia administrativa es indirecta o aplicable a cualquier operación fiscalizable, no se estará cumpliendo el requisito legal.

3. Que los antecedentes sean solicitados “específica y determinadamente”. Este es el meollo de esta norma jurídica: ¿cuándo el Servicio cumple con el requisito de solicitar los antecedentes en forma “específica y determinada”? Este es un terreno muy nebuloso y poco claro de la citada disposición, pues no aparece nítido cuándo se solicita un antecedente en forma específica y determinada y cuándo no.

Desde un punto de vista literal, de acuerdo al diccionario de la RAE, “determinado” viene de “determinar”, que significa: fijar los términos de una cosa, distinguir, discernir. Por otra parte, “específicamente” viene de “específico”, lo que se define como aquello “que caracteriza o distingue una especie de otra; especial, característico, propio”.

El uso reiterado de dos términos similares da entender que la voluntad del legislador es que debe exigírsele al Servicio el máximo detalle en la individualización de los documentos pertinentes. La utilización de términos genéricos (contratos, facturas u otros por el estilo), de ninguna forma puede satisfacer la exigencia.

El artículo 132 le exige al Servicio un esfuerzo de certeza e información a favor del contribuyente, quien si abusa de él, puede ser sancionado. Se burla el propósito garantista y el fin de otorgar certeza que poseen estas exigencias, si se admiten frases amplias, ambiguas y genéricas, como señalábamos: contrato, *voucher*, escritura, declaración de exportación, etcétera.

Al efecto, el Tribunal Tributario y Aduanero de Temuco señala:

*“Que esta limitación de admisibilidad de la prueba aportada por el reclamante, constituye una excepción a la libertad probatoria consagrada en el nuevo procedimiento general de reclamaciones contenido en el Código Tributario, afectando el derecho de defensa de la parte que reclama en contra de una actuación administrativa emanada del órgano fiscalizador, por lo cual su aplicación es de derecho estricto y ha de verificarse sólo cuando se compruebe el cabal cumplimiento de los requisitos que la ley ha establecido al efecto, esto es, haberse solicitado los antecedentes en forma determinada y específica por el Servicio de Impuestos Internos a la reclamante en la Citación a que se refiere el artículo 63 del Código Tributario. Lo anterior, ya que pese a ser una norma que tiene un fin legítimo, que consiste en evitar el ocultamiento de*

*pruebas relevantes para el juicio, su redacción y en especial la sanción que se impone, obliga al Tribunal a ser riguroso en su aplicación, considerando que lo que la ley exige, de acuerdo al tenor literal de la norma, es una solicitud del ente fiscalizador planteada en forma precisa, determinada y sin vaguedad, condiciones que a juicio de este sentenciador no se cumplen en la especie (RUC 11-9-000025-3, Constructora Las Araucarias S.A. de 10 de agosto de 2011)*<sup>3</sup>.

A este respecto, por vía de ejemplo, a nuestro juicio, las siguientes expresiones no cumplen el mandato legal; ellas son: “Requerimiento de antecedentes”, “Requerimiento de documentación sustentatoria”, “Detalle y documentación de respaldo de los agregados y deducciones”. ¿Qué se debe entender por “antecedentes”, “documentación sustentatoria” o “documentación de respaldo”? ¿Cumplen estas frases con los requisitos de determinación y especificidad que exige la ley? No, a nuestro juicio.

A la misma conclusión anterior, se llega en la siguiente sentencia dictada con fecha 13 de marzo del 2012, por el Juez Tributario y Aduanero de Antofagasta, Rit Gr-03-00020-2011, en la que se señala:

**Considerando octavo:** *“Que, la norma aplicable al caso en cuestión es de naturaleza excepcional, al imponer una sanción procesal, limitando la libertad probatoria de la parte reclamante, motivo por el cual debe ser interpretada y aplicada de manera estricta, toda vez que su incorrecta aplicación podría vulnerar el principio de la supremacía constitucional al quebrantar la garantía del debido proceso. Por tal motivo, resulta esencial determinar el correcto sentido y alcance de la norma, en especial, a la forma como deben entenderse las expresiones “determinada y específicamente” utilizadas por el legislador”.*

**Vigésimo:** Que, en lo que se refiere a los antecedentes requeridos por el ente fiscalizador mediante su Citación N°182301146, rolante a fojas 62 a 63 y 83 a 84, los documentos solicitados por el Servicio de Impuestos Internos, fueron los siguientes:

- Carné de identidad o Cédula de Rut, según corresponda
- *En caso de enviar un mandatario, este deberá acreditar la representación por escrito*
- *Documentación que justifique la declaración del año de la inconcurrencia*

<sup>3</sup> La jurisprudencia que se cita de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, ha sido extraída de la página [www.sii.cl](http://www.sii.cl)

- *Documentación relativa a inversiones que acredite origen y disponibilidad de los fondos aplicados a la cobertura de los desembolsos durante los últimos tres años*
- *Libro de Ingresos y Egresos, con la documentación de respaldo*
- *Certificado N°5 sobre situación tributaria de Retiros y Gastos Rechazados correspondientes a socios de Sociedades de Personas, Socios de Sociedades de Hecho, Socios Gestores de Sociedades en Comandita por Acciones y Comuneros.*
- *Libro de Compras y Ventas*
- *Antecedentes necesarios para la confección del Formulario 1886 del ejercicio comercial que se declara*
- *Formulario 29 del ejercicio comercial que declara*
- *Libros de Contabilidad*
- *Formulario 4415, Inscripción del RUT y/o Declaración de Inicio de Actividades*

*Que, el análisis del documento signado Citación N°182301146, permite concluir que el servicio fiscalizador no solicitó determinada y específicamente los documentos acompañados por la reclamante en el N°1 del segundo otrosí de su escrito de reclamo, toda vez que solicitó en términos generales y amplios los Libros de Contabilidad, sin precisar, singularizar o distinguir qué libros de contabilidad eran los requeridos, debiendo recordar que en la técnica contable existen diversos libros de contabilidad, admitiendo distintas clasificaciones, como por ejemplo aquella que distingue entre principales y auxiliares. En efecto, contablemente podemos encontrar diferentes tipos de libros de contabilidad, como son, por ejemplo los libros Diario, Mayor, Inventarios y Balances, Diario Mayor, Mayor Americano, Caja Americana, Caja Tabular, etcétera, que, según sea el sistema de contabilidad aplicado, pueden ser usados por los contribuyentes para los efectos contables.*

*Que, asimismo, en la Citación N°182301146 tampoco se precisó el o los años comerciales que debían comprender los registros contables requeridos; aspecto que unido a una adecuada singularización de estos, en su conjunto, permitirían precisar y distinguir los documentos en cuestión según lo exige la ley, lo que en la especie no ocurrió.*

*Que, lo mismo puede decirse en cuanto al instrumento acompañado por la reclamante en el N°5 del segundo otrosí de su escrito de reclamo, por cuanto en la Citación N°182301146 no se hace referencia alguna al documento en cuestión.*

*Que, conforme lo razonado, no habiendo sido solicitados de manera determinada y específica los documentos cuya inadmisibilidad fue requerida por la parte reclamada, no se dará lugar a ella”.*

**Otro ejemplo de incumplimiento de los requisitos legales por parte del Servicio, que significó la negativa en cuanto a declarar la inadmisibilidad probatoria, se verifica en la siguiente sentencia con fecha 4 de mayo del 2012, Rit Gr-08-00027-2011, dictada por el Juez Tributario y Aduanero de Temuco. Allí se señala:**

*“Segundo: Que, del análisis de la alegación efectuada surge que la actuación administrativa reclamada no ha sido precedida por el trámite de la citación contemplada en el artículo 63 del Código Tributario, antecedente previo y requisito legal para determinar la procedencia de la exclusión de antecedentes probatorios por haber sido solicitados en forma detallada y específica por la administración tributaria en dicha actuación.*

*Tercero: Que, esta limitación a la admisibilidad de la prueba aportada por el reclamante, constituye una excepción a la libertad probatoria consagrada en el procedimiento general de reclamaciones contenido en el Código Tributario, por lo cual su aplicación es de derecho estricto y ha de verificarse sólo cuando se compruebe el cumplimiento de los requisitos que la ley ha establecido al efecto, ya que pese a ser una norma que tiene un fin legítimo, que consiste en evitar el ocultamiento de pruebas relevantes para el juicio, la sanción procesal de exclusión de pruebas que impone obliga al Tribunal a ser riguroso en su aplicación.*

*Cuarto: Que, en mérito de los antecedentes del proceso reseñados previamente, no se vislumbra el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 132, inciso 11º del Código Tributario, para la exclusión de los antecedentes probatorios acompañados por la reclamante, dado que los documentos que acompaña en su reclamo no fueron requeridos en citación alguna, por lo que serán admitidos y se considerarán como medio de prueba, desechándose la alegación respecto de su exclusión en la presente causa, sin perjuicio del valor probatorio que se les dará en definitiva”.*

**Ahora presentamos dos casos de inadmisibilidad probatoria, acogidas por el Sr. Juez Tributario y Aduanero de Temuco. El primero de ellos es una sentencia fallo dictado el 21 de junio del 2012, Rit Gr-08-00052-2011, cuyo tenor es el siguiente:**

*“Quinto: Que, del análisis de la mencionada Citación N°113, agregada a fojas 153 de autos, se constata que en dicha actuación administrativa, bajo el rubro de “Antecedentes”, se efectúa un detallado análisis de las diligencias previas de fiscalización llevadas a cabo respecto de la reclamante, constituidas por la Notificación N°220/3, de 17 de agosto del 2010, en la cual se le requirió para que acompañara Libro Diario y Mayor, Libro Inventario y Balance, Balance General Tributario años 2008 y*

*2009, Libro FUT, detalle de respaldo de agregados y deducciones a su Balance para la determinación de renta líquida declarada de los años Tributarios 2007, 2008 y 2009, determinación de Capital Propio Tributario, documentación sustentatoria de análisis de corrección monetaria y del análisis de la depreciación acelerada o normal y respaldo de los ajustes a la renta líquida imponible, dejándose constancia asimismo del no cumplimiento del reclamante a los requerimientos de documentación anteriores efectuados por el Servicio de Impuestos Internos.*

**Sexto:** *Que, en lo que respecta al año tributario 2008, ejercicio comercial 2007, la Citación en análisis solicita se acredite mediante la documentación legal respectiva el monto correspondiente a las siguientes partidas:*

- *Costo directo de los Bienes y Servicios*
- *Remuneraciones*
- *Otros gastos Deducciones de Ingresos Brutos*
- *Corrección Monetaria Saldo deudor*
- *Otras partidas*
- *Dividendos y/o Utilidades Sociales*
- *Cuentas por cobrar Empresas no Relacionadas*

*En cuanto al año tributario 2009, ejercicio comercial 2008, se requiere a la reclamante acompañar la documentación legal respectiva para acreditar el monto de las siguientes partidas:*

- *Costo directo de los Bienes y Servicios*
- *Remuneraciones*
- *Depreciación*
- *Otros gastos Deducciones de Ingresos Brutos*
- *Cuentas por cobrar Empresas no Relacionadas*
- *Cuentas por pagar Empresas no Relacionadas*

*Para el año tributario 2010, ejercicio 2009, se le solicita acreditar con la documentación legal respectiva el monto correspondiente a las partidas:*

- *Costo directo de los Bienes y Servicios*
- *Remuneraciones*
- *Depreciación*
- *Corrección Monetaria Saldo deudor*

- Cuentas por cobrar Empresas no Relacionadas
- Cuentas por pagar Empresas no Relacionadas

**Octavo:** *Que, consta en las Liquidaciones N° 354 y 355, que la reclamante en respuesta a la Citación N° 113 acompañó documentos que acreditaron parcialmente las partidas mencionadas que incorporó a su Declaración de Impuesto a la Renta de los años tributarios 2008, 2009 y 2010, quedando subsistentes y sin acreditar, y por lo tanto considerados como gastos rechazados afectos al Artículo 21 de la Ley de la Renta en el caso del Año Tributario 2008 y como gastos no necesarios para producir la renta en el caso del año tributario 2010, los correspondientes a:*

*Año Tributario 2008:*

- Sueldo pagado a accionista Ronald Danke De la Harpe
- Sueldo pagado a Yinnette Manosalva Díaz
- Gastos relacionados con el área administrativa de la oficina ubicada en calle Thiers N° 895, Temuco
- Gastos detallados como de representación
- Gastos detallados en cuenta Donación
- Honorarios relacionados con el área administrativa de la referida oficina de calle Thiers N° 895, Temuco
- Gastos detallados en cuenta intereses pagados en Balance Año 2007

*Año tributario 2010:*

- Determinación costo directo bienes y servicios
- Sueldo pagado a accionista Ronald Danke De la Harpe
- Honorarios relacionados con el área administrativa de oficina de Thiers N° 895, Temuco
- Corrección monetaria saldo acreedor
- Intereses devengados no declarados
- Pérdida de ejercicios anteriores

**Noveno:** *Que, consta que la parte reclamante ha acompañado documentación fundante a su reclamo, que rola agregada de fojas 13 a 108 del expediente de autos, referidos a algunas de las partidas que fueron objeto del proceso de auditoría y que no resultaron acreditadas en el transcurso de la fiscalización, específicamente respecto a honorarios pagados al abogado Carlos Reyes Hernández por redacción de escritura*

*de compraventa; sueldo pagado al accionista Ronald Danke De la Harpe; y sueldos pagados a Yinnette Manosalva Díaz, AAAAAAA y Francisco Mayorga Bustamante. Asimismo, acompaña Formularios 29 de declaración y pago mensual correspondientes al año comercial 2007 de las Sociedades Inmobiliaria e Inversiones Laredo Ltda. y Productora y Exportadora Santa Julia Ltda. las cuales de acuerdo a lo señalado por la reclamante en su escrito de reclamo corresponderían a las Sociedades que comparten las oficinas de Thiers N° 895, Temuco, pero que no habrían tenido movimiento durante el año 2007, argumento que sostiene la alegación de la reclamante respecto del prorateo de los gastos y honorarios administrativos de la Oficina Corporativa donde funciona la Sociedad XXXXXXXX.*

**Décimo:** *Que, examinados los antecedentes referidos en el considerando anterior y que obran en el proceso, es posible concluir que estos documentos que acompaña el reclamante a su reclamo fueron requeridos en la mencionada Citación N° 113, y que algunos de ellos fueron efectivamente acompañados al proceso de fiscalización, tal como consta de los documentos rolantes a fojas 169 y 170, consistentes en actas de recepción y/o acceso de documentación de fechas 7 de enero y 7 de febrero de 2011, que dan cuenta que se acompañó un archivador con detalle de remuneraciones y honorarios y planillas de imposiciones desde enero a diciembre de 2007 y un archivador con boletas de honorarios, planillas de imposiciones y remuneraciones desde enero a diciembre de 2008.*

**Décimo segundo:** *Que, es evidente que la limitación legal a la admisibilidad de la prueba aportada por el reclamante, que consagra la norma referida en el considerando anterior, afecta el derecho de defensa de la parte reclamante, por lo cual su aplicación debe ser restrictiva y verificarse sólo cuando se compruebe el cumplimiento de los requisitos que la ley ha establecido al efecto, esto es, que se hayan solicitado los antecedentes en forma determinada y específica por el Servicio de Impuestos Internos a la reclamante en la Citación a que se refiere el artículo 63 del Código Tributario y que el reclamante no demuestre que no acompañó la documentación en el plazo señalado por causas que no le hayan sido imputables. Lo anterior, en atención a que la norma referida, pese a tener un fin legítimo que consiste en evitar el ocultamiento de pruebas relevantes para el juicio, obliga al Tribunal a ser riguroso en su aplicación, cautelando el cumplimiento de cada uno de los requisitos que establece la norma legal, considerando fundamentalmente la gravosa sanción que impone a la reclamante.*

**Décimo tercero:** *Que, atendido lo anterior, y habiéndose verificado que la reclamante acompañó en el transcurso del proceso de fiscalización, en respuesta a la Citación N° 113 formulada por el Servicio de Impuestos Internos, documentos consistentes en comprobantes de remuneraciones y planillas de imposiciones correspondientes a los periodos enero a diciembre de 2007 y 2008 referidos al socio Ronald Danke De la Harpe*

*y a la empleada de la contribuyente Yinnette Manosalva Díaz, no se acogerá respecto de dichos antecedentes la inadmisibilidad probatoria solicitada por el Servicio de Impuestos Internos.*

**Décimo cuarto:** *Que, no obstante lo señalado, respecto del resto de la documentación aportada por la reclamante a su reclamo, consistentes en: copia simple contrato de compraventa y alzamiento, celebrada por escritura pública de fecha 31 de mayo de 2007, entre “Inmobiliaria Inversalud S.A.”, “XXXXXXXX S.A.” y Banco del Desarrollo; copia simple de escritura pública de rectificación y enmienda, otorgada el 19 de octubre de 2007 ante el Notario Público de Temuco don Humberto Toro Martínez-Conde, suscrita por el abogado Carlos Hernán Reyes Hernández; certificado simple emitido por el abogado Carlos Hernán Reyes Hernández, de fecha 28 de septiembre del 2011; copia simple de Declaración Mensual y Pago Simultáneo de Impuestos, Formularios 29, de Inmobiliaria e Inversiones Laredo Ltda. correspondientes al año comercial 2007; Copia simple de Declaración Mensual y Pago Simultáneo de Impuestos, Formularios 29, de Productora y Exportadora Santa Julia Ltda. correspondientes al año comercial 2007; Contrato de Trabajo de fecha 1 de mayo de 2005 de la trabajadora Yinnette Manosalva Díaz; Contrato de Trabajo de fecha 2 de enero de 2006 de don Ronald Danke de la Harpe; y considerando fundamentalmente que dicha documentación, tal como se desprende del análisis de la Citación N°113 efectuado en los considerandos quinto a octavo de la presente sentencia, fue solicitada en forma expresa y determinada por el ente fiscalizador, ya que forma parte de los antecedentes documentales que deben respaldar los registros contables de la reclamante referidos a los costos y gastos hechos valer en sus declaraciones de Renta de los años tributarios 2008 y 2010, este Tribunal Tributario y Aduanero acogerá la inadmisibilidad probatoria solicitada por la parte reclamada en los términos que se pasará a expresar.*

**Décimo quinto:** *Que, debe dejarse establecido que este Tribunal, cautelando el principio de la bilateralidad de la audiencia y el adecuado ejercicio del derecho de defensa que le asiste a la parte reclamante frente a las imputaciones efectuadas por el ente fiscalizador, otorgó oportuno traslado a la Sociedad XXXXXXXX., representada por el abogado Sr. Shintaro Kuramochi Duhalde, de la solicitud de inadmisibilidad probatoria planteada por el Servicio de Impuestos Internos, tal como consta de la resolución de 17 de noviembre de 2011 que rola a fs. 141 de autos, trámite al cual la reclamante no dio cumplimiento, teniéndose por evacuado en rebeldía según consta a fs. 143. Asimismo, se estimó procedente en la resolución de 23 de noviembre de 2011 rolante a fs. 145, llamar a las partes a probar la efectividad de haberse solicitado en forma específica y determinada al reclamante, mediante Citación N°113, de fecha 30 de diciembre de 2010, la documentación acompañada en el primer otrosí del reclamo, cuestión de la que tampoco la reclamante se hizo cargo, no acompañando*

durante el transcurso del proceso ningún antecedente probatorio en apoyo de sus argumentaciones.

**Décimo sexto:** *Que, respecto de este punto la parte reclamada rindió prueba documental, acompañando a fs. 153 de autos copia de la Citación N° 113, de 30 de diciembre de 2010, y también presentó al testigo David Zambra Sazo, fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos, quien declara a fs. 166 de autos, señalando que la Sociedad reclamante fue notificada para revisión en agosto de 2010, no dando cumplimiento a dicho requerimiento, por lo cual se volvió a notificar en el mes de octubre del mismo año, incumpliendo nuevamente, razón por lo cual se le cursó infracción por entrabamiento a la fiscalización, sancionado en el artículo 97 N°6 del Código Tributario. Posteriormente, indica el testigo que se emitió la Citación N° 113, de 30 de diciembre de 2010, en la cual se señalan partidas específicas y se solicita a la contribuyente que acredite con la documentación legal respectiva los costos y gastos que rebajó de sus ingresos. Respecto de la documentación que acompaña el reclamante en el primer otrosí de su reclamo, expone los documentos acompañados a fojas 32 a 108, la escritura que rola de fs. 132 a fs. 139 de autos y el certificado que rola a fs. 45 emitido por el abogado Carlos Reyes Hernández, no habían sido acompañados con anterioridad en el proceso de fiscalización.*

**Décimo séptimo:** *Que, los antecedentes que proporciona la referida declaración, permite a este sentenciador establecer el hecho indiciario de los incumplimientos reiterados en que incurrió la reclamante durante la etapa de fiscalización, los que incluso derivaron en sanciones administrativas aplicadas por el ente fiscalizador, y que resultan comprobados cuando se efectúa el detallado análisis del requerimiento contenido en la Citación N° 113 y se contrasta con la documentación y antecedentes que efectivamente la reclamante puso a disposición del órgano fiscalizador en la etapa administrativa, según se puede apreciar de lo señalado en el considerando octavo del presente fallo.*

**Décimo octavo:** *Que, conforme lo señalado, del análisis de la Citación N° 113 a la luz de lo dispuesto en el artículo 132, inciso 11° del Código Tributario, y considerando la documentación acompañada por la reclamante a su reclamo, detallada en el considerando décimo cuarto, se considera que existe suficiente mérito para declarar inadmisibles dichos documentos y no considerarlos como medios de prueba en la presente causa, acogándose respecto de ellos la alegación de exclusión planteada por el Servicio de Impuestos Internos, por haber sido solicitados determinada y específicamente al reclamante en la Citación a que se refiere el artículo 63 del Código Tributario, considerando la naturaleza y materia del requerimiento efectuado por el ente fiscalizador”.*

**El segundo caso resulta ser muy parecido al anterior, esto es, el contribuyente debe acreditar la imposibilidad de acompañar la documentación solicitada por el Servicio, al momento de contestar la Citación que se le practicó. En efecto, el fallo dictado con fecha 12 de julio del 2012, por el Sr. Juez del Tribunal Tributario y Aduanero, Rit Gr-08-00055-2011, sostiene que:**

**“Noveno:** *Que, del análisis de la Citación N°35, de fecha 27 de abril del año 2011, agregada a fojas 90 de autos, se advierte que en dicha actuación administrativa se requiere al contribuyente para que aporte documentación contable tributaria consistente en Libro FUT, Ajuste a la Renta Líquida Imponible, Balance Clasificado o Balance Tributario de 8 columnas, Libro de Inventarios y Otros Libros de Contabilidad, Formulario 29 y 50 y antecedentes que acrediten la procedencia de la pérdida declarada, señalándose que tal documentación fue anteriormente solicitada mediante notificación N°3013811, de 26 de agosto de 2008, a la cual el reclamante no dio cumplimiento.*

**Décimo:** *Que, al respecto, la norma del artículo 132, inciso 11° del Código Tributario, dispone que no serán admisibles aquellos antecedentes que, teniendo relación directa con las operaciones fiscalizadas, hayan sido solicitados determinada y específicamente por el Servicio al reclamante en la citación a que se refiere el artículo 63 y que este último, no obstante disponer de ellos, no haya acompañado en forma íntegra dentro del plazo del inciso segundo de dicho artículo. Por su parte, el inciso 12° de la referida disposición, establece que el reclamante siempre podrá probar que no acompañó la documentación en el plazo señalado por causas que no le hayan sido imputables.*

**Decimoprimer:** *Que, tal como se desprende del análisis de la Citación N°35, cuya copia autorizada se agrega de fs. 90 a 92 de autos, y al tenor del punto de prueba N°1 que se consigna en la resolución de fs. 57 de autos, se puede concluir que la solicitud de documentación del Servicio de Impuestos Internos fue planteada en forma precisa y sin vaguedad, y es congruente con las inconsistencias tributarias que se detectaron a la contribuyente XXXXXX, las cuales consisten en la falta de acreditación de las pérdidas tributarias de ejercicios anteriores por \$32.720.736.-, que generan una pérdida tributaria del ejercicio por la suma de \$52.393.413.- y de otros gastos deducidos de otros ingresos brutos por la suma de \$144.093.888.-, considerándolos el ente fiscalizador como gasto rechazado, conforme a los Art. 31 y 33 N° 1 letra g), de la Ley sobre Impuesto a la Renta. En este entendido, se estima que la mencionada actuación administrativa cumple a cabalidad con los requisitos que señala el inciso 11° del artículo 132 del Código Tributario.*

**Decimosegundo:** *Que, por consiguiente, establecida la circunstancia que el ente fiscalizador solicitó en forma determinada y específica antecedentes directamente*

*relacionados con las operaciones fiscalizadas, corresponde dilucidar si la documentación acompañada en las letras b) y c) del primer otrosí del escrito de reclamo, esto es el Balance General de 8 columnas año comercial 2007 y el cálculo de la Renta Líquida Imponible año tributario 2008, que corresponde parcialmente a la que se requirió en la Citación que ya se ha referido, no fue acompañada en la etapa de fiscalización por alguna causa que no le haya sido imputable al reclamante.*

**Decimotercero:** *Que, respecto a este punto en discusión, el reclamante argumenta, tanto en su escrito de reclamo como en el que evacúa el traslado conferido a fs. 51, que no tuvo conocimiento de la existencia de la Citación N° 35 dado que ella fue notificada al empleado Carlos Birchmaier, quien no puso en conocimiento de la empresa tal situación, y al enterarse la reclamante ya vencido el plazo para contestar, procedió a solicitarle la renuncia. Agrega que los documentos que acompaña al reclamo no son de aquellos que se hubiesen podido producir con posterioridad, si no que corresponden a los que está obligado a llevar como contribuyente de la Primera Categoría de la Ley de la Renta, por lo que estima que no existe ningún secreto para ser ocultados u omitidos eventualmente con otra intención y que, por lo tanto, el Servicio de Impuestos Internos no puede prescindir de ellos.*

**Decimocuarto:** *Que, cabe señalar en primer término, que el inciso 12° del artículo 132° del Código Tributario pone de cargo del reclamante la prueba de que no le asiste responsabilidad en el hecho de no haber acompañado la documentación en el plazo señalado en el artículo 63 del mismo cuerpo legal. A este respecto, el argumento central que sostiene el contribuyente es que no tomó conocimiento de la Citación formulada por el órgano fiscalizador debido a que un dependiente de la empresa no comunicó oportunamente dicho requerimiento, apoyando dicho aserto en la prueba testimonial y documental que se refiere en el considerando séptimo de la presente sentencia.*

**Decimoquinto:** *Que, en razón que la tesis del reclamante para desvincularse de la responsabilidad que le asiste por no acompañar la documentación que se le solicitó en la etapa de fiscalización, se refiere a cuestiones relacionadas con la organización interna de la empresa que lógicamente se encuentra dentro de la esfera de control del contribuyente o de sus representantes, es necesario contar con antecedentes probatorios fehacientes y completos que permitan establecer, sin lugar a dudas, no sólo que el empleado Sr. Carlos Birchmeier no entregó oportunamente la documentación recibida del Servicio de Impuestos Internos, si no que, además, esa omisión se verificó a pesar de las instancias de control o supervisión que existían en la Sociedad XXXXXX.*

**Decimosexto:** *Que, en este sentido, se puede constatar que la prueba aportada por el reclamante aparece como insuficiente para sustentar la tesis de inimputabilidad que plantea, por cuanto la declaración del testigo Sr. Germán Affeld Frenz se limita*

*a describir la misma situación planteada en el reclamo y en el escrito de traslado, pero no aclara los hechos en virtud de los cuales un requerimiento del Servicio de Impuestos Internos que se efectuó originalmente en el año 2008 y que posteriormente se reitera a través de la Citación N°35, de 27 de abril de 2011, no llegó a conocimiento de los representantes o responsables de la empresa Affeld y Frenz, no obstante los controles o resguardos que debían existir para ese tipo de trámites. Similar falta de precisión se aprecia también en la documentación que se acompaña a fs. 54 y 81 de autos, que consiste en los finiquitos del trabajador Carlos Enrique Birchmeir Romero, a través de los cuales el reclamante ha tratado de demostrar que dicho empleado fue inmediatamente despedido cuando se tomó conocimiento de la falta en que habría incurrido, y que dicho finiquito aparecía extendido por otro empleador distinto de la reclamante por efecto de una fusión de Sociedades, hecho que por lo demás no ha resultado probado en autos. Al respecto, cabe señalar que dichos finiquitos son irrelevantes para efectos de exculpar al contribuyente por no haber aportado la documentación que se le solicitó en la etapa de auditoría, puesto que sólo dan cuenta de un hecho acaecido con posterioridad y que no se relaciona directamente con las circunstancias que el reclamante debe probar en este ámbito, esto es, como ya se ha dicho, que no le es imputable el hecho de no haber acompañado la documentación que le solicitó el ente fiscalizador a través de la Citación N°35.*

**Decimoséptimo:** *Que, igualmente, debe desestimarse el argumento sostenido por la reclamante, quien señala que los documentos acompañados al reclamo no fueron producidos con posterioridad a la fiscalización si no que se trata de aquellos que está obligado a llevar como contribuyente de Primera Categoría de la Ley de la Renta por lo que no existe ninguna razón para ser ocultados u omitidos y deben ser considerados por el Servicio de Impuestos Internos. A este respecto, cabe señalar que la norma del artículo 132 N°11 del Código Tributario tiene un fin legítimo que consiste en evitar el ocultamiento de pruebas relevantes para el juicio, lo cual se contrasta con la posibilidad que le entrega al contribuyente el inciso 12° de la referida disposición de probar su inimputabilidad en la no entrega oportuna de la documentación. Para ese fin, es evidente que no basta la mera argumentación que por ser documentos obligatorios para el contribuyente no han sido ocultados y deben ser considerados por el Servicio de Impuestos Internos, ya que la ley, frente al incumplimiento de lo solicitado en la Citación del artículo 63 del Código Tributario, exige al reclamante que rinda prueba suficiente para desvirtuar la sanción procesal de inadmisibilidad de dichos documentos, cuestión que la Sociedad XXXXXX no ha concretado en autos.*

**Decimoctavo:** *Que, la limitación a la admisibilidad de la prueba aportada por el reclamante, que consagra el inciso 11° del artículo 132 del Código Tributario, debe aplicarse sólo cuando se compruebe el cumplimiento de los requisitos que la ley ha*

*establecido al efecto, esto es, haberse solicitado los antecedentes en forma determinada y específica por el Servicio de Impuestos Internos a la reclamante en la Citación a que se refiere el artículo 63 del Código Tributario y que el reclamante no haya logrado demostrar que no acompañó la documentación en el plazo señalado por causas que no le hayan sido imputables.*

**Decimonoveno:** *Que, en este sentido, se concluye que el Servicio de Impuestos Internos solicitó al contribuyente XXXXXX, en la Citación N°35, de 27 de abril de 2011, en forma determinada y específica antecedentes directamente relacionados con las operaciones fiscalizadas; y la parte reclamante no logró acreditar en autos que no acompañó la documentación que adjunta a su reclamo en las letras b) y c) del primer otrosí, en el plazo de la Citación formulada por el ente fiscalizador por causas que no le son imputables, conforme a lo establecido en el artículo 132° inciso 12° del Código Tributario, por lo que dichos documentos, constituidos por el Balance General de 8 columnas año comercial 2007 y el Cálculo de la Renta Líquida Imponible año tributario 2008 no serán admitidos y no se considerarán como medios de prueba en la presente causa, acogándose entonces la solicitud de exclusión probatoria planteada por el Servicio de Impuestos Internos”.*

En conclusión, estimamos que la interpretación de las normas que establecen la inadmisibilidad probatoria deben ser interpretadas en forma restrictiva, de lo contrario se afecta gravemente al derecho a la defensa jurídica del contribuyente, toda vez que le impide probar los hechos en que se funda su reclamo tributario.

## **II. LEY 18.320 (D.O. 17.07.84.) SOBRE INCENTIVO AL CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO EN EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO**

Esta ley, que sólo se aplica a la fiscalización del Impuesto al Valor Agregado, disponía que se podían fiscalizar los últimos doce períodos mensuales, por lo que se presentó o debieron presentarse las declaraciones anteriores a la fecha en que se notifique al contribuyente, requiriéndolo para que en el plazo de dos meses presente los antecedentes<sup>4</sup>.

<sup>4</sup>Circular N°67, del 2001 y N° 22, del 2002.

El más reciente período mensual de los doce que el Servicio podía examinar, sería el último cuyo plazo de declaración y pago que expiró antes de la fecha de la notificación al contribuyente.

La ley 19.506, del 30 de julio de 1997, modificó esta normativa y a contar del 01.01.98. Esta limitación se amplía a veinticuatro meses, afectando a las revisiones que se practiquen desde esa fecha.

Sólo en el caso que se determinen omisiones, retrasos o irregularidades en la declaración, determinación o pago, podrá el Servicio verificar períodos anteriores, dentro de los plazos generales de prescripción, y determinar las diferencias correspondientes.

La ley no se aplica en los siguientes casos:

- a) Cuando el contribuyente, con posterioridad a la notificación, presenta declaraciones omitidas o rectificatorias por los períodos que serán verificados.
- b) En revisiones que tienen por finalidad verificar el cumplimiento tributario a raíz de un término de giro.
- c) Revisiones que tienen por objeto establecer la exactitud de los antecedentes en que el contribuyente fundamenta peticiones de devolución o imputación de impuestos o de remanentes de crédito fiscal.
- d) En caso de infracciones sancionadas con pena corporal. De acuerdo a lo dispuesto en la Circular N°67, del 2001, del Servicio de Impuestos Internos, esta situación se configurará desde la fecha en que el Director Regional respectivo, en presencia de hechos que pueden constituir infracciones sancionadas con pena corporal, remite los antecedentes al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios de la Dirección Nacional, a fin de que se proceda a la investigación previa a que se refiere el N°10 del Artículo 161 del Código Tributario, individualizando al o los contribuyentes a ser investigados.

Así lo resolvió, con fecha 8 de octubre del 2012, la Jueza No Inhabilitada del Tribunal Tributario y Aduanero de Temuco, doña Gabriela Andrea Merino Pérez, cuyo fallo dispone que:

**Decimosegundo:** *Que, en el caso analizado la causal de exclusión de la aplicación de la ley 18.320, según lo manifestado por la reclamada, se configuraría por haberse detectado hechos que configuran una infracción tributaria sancionada con pena*

*corporal. En este sentido, la Circular N°67, de 26 de septiembre de 2001, emanada del Servicio Impuestos Internos, relativa a la aplicación de las normas de la Ley 18.320, señala en su número 1.3 relativo a los casos en que no rige el beneficio lo siguiente: “... Al efecto, cabe reiterar la interpretación formulada, en cuanto que esta situación se configura desde la fecha en que el Director Regional respectivo, en presencia de hechos que puedan constituir infracciones sancionadas con pena corporal, comunica esta situación al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios de la Dirección Nacional, a fin de que se proceda a la investigación previa a que se refiere el N°10 del artículo 161 del Código Tributario, individualizando al o los contribuyentes a ser investigados. Asimismo, se entiende que se está en presencia de esta situación desde el momento que el Director Regional suscribe la providencia en la que comunica a la Oficina Jurídica Regional la decisión de perseguir la aplicación de sanciones pecuniarias a través del procedimiento del artículo 161 del Código”.*

**Decimotercero:** *Que, de la instrucción citada, obligatoria para los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, se colige que para estar en presencia de esta situación de excepción, es preciso que se trate de una infracción sancionada con pena corporal y que el Director Regional comunique esta situación al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios de la Dirección Nacional, entendiéndose que dicha situación se configura cuando el Director Regional suscribe la providencia en la que comunica a la Oficina Jurídica Regional la decisión de perseguir la aplicación de sanciones pecuniarias a través del procedimiento del artículo 161 del Código Tributario.*

**Decimocuarto:** *Que, en la especie, ninguno de estos antecedentes se ha hecho constar por el organismo fiscalizador en los actos administrativos posteriores a la Notificación N°113/3, es decir, ni en la Citación N°87 ni en las Liquidaciones reclamadas, consta que estemos en presencia de una infracción tributaria sancionada con pena corporal, ya que no se indica qué infracción aparece configurada y sólo se expresa que se trata de facturas ideológicamente falsas y que las circunstancias que se contienen en el Informe N°2 emanado del fiscalizador Hugo Reyes, que tampoco se ha acompañado al proceso, permiten establecer dicha falsedad. Asimismo, no consta la comunicación enviada a la Subdirección Jurídica de la Dirección Nacional, como tampoco que el Director Regional haya suscrito alguna providencia en la que haya decidido perseguir la aplicación de sanciones pecuniarias a través del procedimiento del artículo 161 del Código Tributario. Es decir, no existen antecedentes en el proceso que permitan concluir que efectivamente se haya configurado la situación de exclusión de la aplicación de la ley 18.320 contemplada en el N°4 de dicha disposición legal. En este punto, cabe mencionar que la misma Circular ya referida señala en su punto 3) que basta para los fines legales, que se realice sólo uno de los actos referidos. Por el contrario, agrega, si dentro del plazo señalado no se efectuare ninguno de los actos*

*mencionados, las citaciones, liquidaciones o giros por el periodo examinado, que se notificaren al contribuyente fuera del referido plazo, no obligarán al contribuyente, lo que en realidad viene a significar que dichas actuaciones carecen de valor jurídico.*

**Decimosexto:** *Que, en consonancia con lo anteriormente señalado, verificados los plazos del requerimiento efectuado en conformidad a la ley 18.320.- y de la Citación N°87, de 11 de noviembre de 2011, notificada al reclamante en forma personal con fecha 15 de noviembre del mismo año, se puede concluir que la referida Citación fue efectuada fuera del plazo fatal establecido en el numeral 4° de la ley 18.320.-, por cuanto a partir de la fecha de vencimiento del plazo que tenía el contribuyente para presentar los antecedentes, esto es, el 5 de mayo de 2011, comenzó a correr el plazo fatal de seis meses que tenía el Servicio de Impuestos Internos para los efectos de proceder a citar, término que venció el 5 de noviembre de 2011, por lo que la mencionada Citación N°87 se llevó a cabo evidentemente fuera del plazo legal establecido al efecto.*

**Decimoséptimo:** *Que, en cuanto a la inexistencia de antecedentes tanto en la Citación N°87 como en las liquidaciones reclamadas, que permitan establecer razonablemente que procedía la exclusión de la aplicación de la ley 18.320.- conforme las propias instrucciones emitidas por el ente fiscalizador, cabe señalar que el artículo 11, inciso 2° de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, dispone que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio. En este sentido también se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, cuando señala que “En el ámbito jurídico, la exigencia que impone la ley en orden a que un determinado acto ha de ser fundado, posee una doble connotación. En primer término, uno de carácter formal consistente en que quien lo dicta señale los motivos que inducen a hacerlo, aportando en sus vistos y considerandos los antecedentes de hecho y de derecho que apoyarán su decisión, la que, guardando armonía con tales antecedentes, ha de contenerse en la parte dispositiva del acto. Un segundo sentido de la expresión señalada, que podría calificarse de fondo, impone la necesidad que el acto aparezca revestido de razones serias y valederas que motivan su dictación, de manera tal que no aparezca como el producto de la mera voluntad, caprichosa o no, de su autor”.*

*Por otra parte, debemos señalar que en opinión de la Excma. Corte Suprema, para la aplicación de la exclusión de la Ley N°18.320, no se requiere que el Servicio haya ejercido la acción penal por presunto delito tributario. Así lo falló, con fecha 11 de noviembre de 1998, el Excma. Tribunal, en el recurso de casación en el fondo interpuesto por el contribuyente en los autos caratulados “MANCILLA PINTO, RENE con S.II.”, Ingreso N°399-96, que señala:*

*“El N°3 del artículo único de la Ley 18.320 enumera los distintos casos en los cuales no se aplica dicha ley y en su letra d) establece que en los casos de infracciones a las leyes tributarias, sancionadas con pena corporal, ella no tendrá aplicación, que lo que ocurre en la especie.*

*En consecuencia, no se encuentra amparado por la prescripción de corto plazo alegada por el contribuyente, pues del tenor de la norma se desprende que no se requiere que efectivamente se deduzca acción criminal por delito tributario para hacer improcedente la franquicia en estudio, pues basta para ello la sola circunstancia de que la ley sancione las infracciones tributarias con pena corporal, sin que sea requisito el hecho de haberse deducido acción penal por parte del Servicio, por lo que se rechaza la casación del contribuyente”. (Ministros: Señores Faúndez, Gálvez, Álvarez y Yurac más el abogado integrante Sr. Montes.).*

No nos parece acertada la interpretación que realiza la Excma. Corte Suprema, toda vez que, de esta forma, queda entregada la aplicación de una norma legal que beneficia al contribuyente, a la decisión arbitraria del ente fiscalizador, que, como sabemos, al tiempo de dictación de la referida sentencia era juez y parte en la resolución de la cuestión tributaria.

De otro lado, cabe preguntarse: ¿cuando existe una infracción sancionada con una pena corporal, basta que el Servicio de Impuestos Internos así lo declare por sí y ante sí? Estimamos que no, sólo existe una infracción sancionada con pena corporal, cuando un tribunal que integra el poder judicial así lo declara, lo otro es entregar una calificación jurídica a un ente, que carece de facultades de esta naturaleza. El Servicio de Impuestos Internos es una institución cuyo objeto es fiscalizar el cumplimiento tributario de los contribuyentes, y no determinar si estos cometen delitos tributarios, para ello está el poder judicial. En último término, estas ideas no son más que aplicación del principio de separación entre los poderes del Estado. Lo mismo que en el caso de autos, pareciera que se tiende a confundir.

e) El último caso de exclusión de la aplicación de la Ley N°18.320, se refiere al caso en que el contribuyente no presenta los antecedentes que le sean requeridos dentro del plazo de dos meses contados desde la notificación de revisión. Cabe hacer presente que transcurridos los dos meses que posee el contribuyente para contestar, el Servicio dispondrá del plazo de tres meses para citar, liquidar y girar.

Esta última norma también fue modificada por la ley 19.506, toda vez que a contar del 01.01.98 el plazo que posee el Servicio para citar, liquidar o

girar se aumenta a seis meses, afectando a las revisiones que haga este desde esta fecha.

En este sentido, con fecha 05 de noviembre del 2012, el Juez Tributario y Aduanero de Puerto Montt dicta sentencia en la que señala que el Servicio de Impuestos Internos debe citar, liquidar o girar en el plazo de seis meses. En efecto, el fallo sostiene que:

**Séptimo:** *Teniendo a la vista la citación N° 25 emitida por el Servicio y sus documentos anexos, agregados a fojas 9 y siguientes, así como las liquidaciones de impuestos rolantes a fojas 21 y siguientes, resulta, sin embargo, evidente que el Servicio no ha examinado ningún período anterior a aquellos solicitados inicialmente en la notificación de fecha 27 de septiembre de 2010. A mayor abundamiento, del claro tenor de las disposiciones referidas, numerales 3 y 4 del artículo único de la ley 18.320, resulta también evidente que lo que hace la ley es facultar al Servicio para extender el período de revisión que inicialmente era de 36 meses a seis años, en el caso de que se verifique alguna de las hipótesis indicadas en el N° 3, pero no otorga al ente fiscalizador ninguna licencia para superar el plazo fatal de seis meses para citar conforme al artículo 63 del Código Tributario, liquidar o girar impuestos; plazo que, como se ha señalado, se indica en el N° 4 del artículo único de la ley 18.320. A mayor abundamiento, no sólo el N° 3 del artículo único de la ley 18.320 autoriza al ente fiscalizador para extender el período de revisión más allá de los treinta y seis meses, pues el N° 2 del mismo artículo contempla una norma muy similar a la del N° 3 ya analizado, al decir este numeral que “2º. Sólo si del examen y verificación de los últimos treinta y seis períodos mensuales señalados en el número anterior se detectaren omisiones, retardos o irregularidades en la declaración, en la determinación o en el pago de los impuestos, podrá el Servicio proceder al examen y verificación de los períodos mensuales anteriores, dentro de los plazos de prescripción respectivos, y determinar en el mismo proceso de fiscalización, o en uno posterior, tributos omitidos, incluso aquellos que no pudieron determinarse anteriormente en atención a las normas de este artículo, y aplicar o perseguir la aplicación de las sanciones que sean procedentes conforme a la ley”. En consecuencia, habiendo el legislador establecido la regla general de treinta y seis períodos en el N° 1 del artículo único y dos excepciones que habilitan al ente fiscalizador para fiscalizar una extensión de tiempo superior, que puede alcanzar hasta seis años, en los numerales 2º y 3º del mismo artículo, fijó en el número 4, a continuación de estas tres reglas, solamente un plazo fatal de seis meses; que impone al Servicio el término dentro del cual debe necesariamente citar al contribuyente para los efectos del artículo 63, liquidar o formular giros por el lapso que se ha examinado. En otras palabras, haciendo una interpretación sistemática de las normas, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil, claramente se desprende del contexto de*

*estos cuatro numerales, que el plazo fatal para citar, liquidar o girar debía aplicarse tanto a la regla general del número 1, como a las excepciones contempladas en los números 2 y 3 que le suceden.*

El Servicio cumple con la ley, cuando dentro del plazo de seis meses cita, liquida o gira, esto es, realiza cualquiera de estas actuaciones. En este sentido, tenemos la sentencia dictada con fecha 29 de octubre del 2012, por el Juez Tributario y Aduanero de La Serena, en que expresa que:

*7°. Que, tal como se desprende de las palabras empleadas por el legislador, en especial la conjunción “o”, se puede colegir que el plazo fatal de seis meses, que le otorga el numeral transcrito en el considerando precedente al Servicio de Impuestos Internos, es para, indistintamente, citar, liquidar o girar. Se lee claramente que se trata de actuaciones alternativas y no copulativas, por lo que cumple el organismo fiscalizador con su carga al realizar cualquiera de estas actividades, dentro del plazo señalado. De esta forma, conforme el artículo 19 del Código Civil, no corresponde hacer otras lecturas que la que claramente se hace de la norma, según el uso común de las palabras empleadas. En efecto, la norma del Código Civil señala que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.*

Ahora bien, la ley N°19.578 de 1998, modificó el plazo que poseía el contribuyente para acompañar los antecedentes al Servicio. En efecto, la citada norma legal establece que el contribuyente debe entregar los antecedentes al órgano fiscalizador dentro del plazo señalado en el artículo 63 del Código Tributario, esto es un mes, pudiendo el contribuyente solicitar su ampliación por un mes más.

Podrá ser objeto de un nuevo examen por el Servicio alguno o algunos de los períodos ya examinados comprendidos en los últimos veinticuatro períodos mensuales.

Si el contribuyente reclama de los impuestos liquidados por los últimos doce meses (24 o 36 meses, según se ha explicado), el Servicio puede fiscalizar los otros períodos dentro de los plazos de prescripción, pero los cobros que se determinen dependerán de la suerte que corra el reclamo interpuesto en contra de los impuestos referidos a los doce (24 o 36 meses) últimos períodos.

Finalmente, la ley N°19.738, publicada en el Diario Oficial del 19 de junio del año 2001, modificó el plazo de prescripción de la acción del Servicio de Impuestos Internos, estableciendo el término de 36 meses.

### III. PRESCRIPCIÓN

En materia de prescripción, se han dictado sentencias que analizan diversos tópicos de esta Institución.

En primer lugar queremos referirnos a la prórroga del plazo para contestar la citación. Como bien sabemos, los plazos de prescripción de la acción en materia tributaria, esto es, tres o seis años, se ven aumentados por diversas situaciones. Una de ellas es que al contribuyente se le cite de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Tributario, caso en el cual el plazo se aumenta en tres meses. Pues bien, este plazo se vuelve a aumentar cuando el contribuyente, dentro del plazo que posee para contestar la citación, solicita prórroga para responderla. En tal evento, el plazo se aumenta en el número de días en que el Servicio le prorrogue al contribuyente el término que posee para contestar, cuyo tope es de un mes. En el caso que se otorguen días, esto son corridos (Circular N°63, de 2006). Evidentemente, en cumplimiento de los requisitos generales de todo acto administrativo, esta prórroga debe ser otorgada por quien posee las facultades al efecto. A ello se refiere la sentencia dictada el 25 de junio del 2012, por el Juez Subrogante del Tribunal Tributario y Aduanero de Copiapó, don Dante Martínez Benavides. En ella se señala que:

**Decimosexto:** *Que de acuerdo con el mérito del documento rolante a fojas 17 vuelta y lo declarado a fojas 384 por la señora Arlette Meneses Gálvez, fiscalizadora perteneciente al Departamento de Fiscalización y control de la III Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos, ella, en su calidad de tal, sin ejercer jefatura alguna en el Servicio de Impuestos Internos ni tampoco teniendo facultad delegada para conceder prórrogas de citaciones y en cumplimiento de una orden verbal dada por el Jefe de Departamento, firmó en el expediente de auditoría la concesión de prórroga del plazo para contestar la citación que se cuestiona.*

**Decimoctavo:** *Que dentro del mismo orden de ideas, resulta conveniente referirse a la naturaleza jurídica que constituye la concesión de una prórroga que realiza el Servicio de Impuestos Internos y los requisitos que como tal debe de cumplir. En este contexto, no cabe duda de que se trata de un acto administrativo, entendiendo como tal una ordenación racional unilateral emitida por un sujeto en ejercicio de función administrativa, que, destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos y como tal debe contenerse en algún tipo de documento, siendo los más frecuentes los “decretos” o “resoluciones”, lo que no implican que puedan existir bajo formas distintas, tal como lo dice el profesor Eduardo Soto Kloss cuando señala que “un acto administrativo puede estar contenido también en un*

*“oficio”, en una “carta” dirigida a un destinatario dado, en una “nota”, e incluso es propiamente un acto administrativo la expresión “conforme” o un visto bueno (VB) colocado manuscrito o con un timbre y media firma, por la autoridad administrativa competente”.*

**Decimonoveno:** *Que desde la perspectiva de lo señalado en el considerando anterior, habiendo dirimido la naturaleza del acto mediante el cual el Servicio de Impuestos Internos, en cuanto se trata de un acto administrativo que debe ser contenido en una resolución, en atención a lo que dijo la Contraloría General de la República, en su dictamen N°24.101 de 10 de septiembre de 1993: “... las autoridades administrativas en el ejercicio de sus facultades expresan formalmente sus decisiones mediante la dictación de los correspondientes actos administrativos, los que en el caso de emanar de los Jefes de Servicios reciben genéricamente la denominación de resoluciones”. Por lo que podemos decir, sin temor a yerro que la autoridad fiscalizadora tiene la facultad de otorgar prórroga para contestar las citaciones que realiza y que esta prórroga debe materializarse en una resolución, la que como tal, citando nuevamente al profesor Soto Kloss, deben expresar la fundamentación que las sustentan jurídicamente: “normas” que atribuyen su competencia al autor de ella y “hechos y razones” que la mueven jurídicamente a adoptarla. Y como ha dicho también la Contraloría, los actos administrativos concentrados en decretos o resoluciones deberán “bastarse a sí mismos”, vale decir, deben contener la necesaria referencia o cita de sus fundamentos de hecho y de derecho, y una decisión sobre el fondo que resuelva la materia involucrada, debiendo darse el debido conocimiento al interesado, siendo además el trámite que cierra el procedimiento.*

Una segunda sentencia dictada en el marco de problemas relativos a la prescripción en materia tributaria, se refiere al meollo de esta Institución: el Servicio posee los plazos de tres o seis años para fiscalizar, de forma tal que, de ejercer facultades de fiscalización fuera de esos plazos, las liquidaciones que se emitan al efecto, deben dejarse sin efecto. Así lo señala la sentencia dictada con fecha 9 de enero del 2012, Rit GR-03-00012-2011, por el Juez del Tribunal Tributario y Aduanero de Antofagasta, en que se señala:

**Vigésimo tercero:** *Que, centrándose la discusión en determinar si el Servicio de Impuestos Internos ejerció sus facultades fiscalizadoras dentro de los términos legales establecidos en el Código Tributario, resulta conveniente recordar que el artículo 59 del código señalado, vigente en esa época, disponía que “Dentro de los plazos de prescripción, el Servicio podrá examinar y revisar las declaraciones presentadas por los contribuyentes”.*

**Vigésimo cuarto:** Que, teniendo presente que los giros reclamados dicen relación con impuestos sujetos a declaración, la primera cuestión que debe ser resuelta es aquella relativa a la determinación del plazo de prescripción aplicable en la especie, esto es, el de tres o seis años, a que se refiere el artículo 200 del Código Tributario en sus dos primeros incisos. Que, conforme el mérito del proceso y según se pasa a explicar, este tribunal arriba al convencimiento que el plazo de prescripción aplicable al caso sub-lite, es el de tres años, por cuanto no se configuran los presupuestos legales para entender pertinente el término extraordinario de seis.

*En efecto, es un hecho no discutido de la causa y así consta de los diferentes elementos de convicción acompañados por las partes, que la reclamante presentó todas las declaraciones de Impuesto al Valor Agregado para los períodos liquidados, descartándose con ello la primera hipótesis del inciso segundo del artículo 200 del Código Tributario, que refiriéndose al caso de no presentación de declaraciones de impuestos, establece un plazo de prescripción extraordinaria de 6 años.*

*De la misma manera, es un hecho ajeno a la litis, que las declaraciones sean maliciosamente falsas, toda vez que, como consta de los giros y de los escritos de discusión, las declaraciones de IVA del reclamante, no han sido impugnadas como maliciosamente falsas, ni se invocan o mencionan antecedentes que pudiesen conducir a tal conclusión. Que, en base a lo reflexionado, al no concurrir ninguna de las hipótesis que hacen aplicable una prescripción extraordinaria de 6 años, este sentenciador llega a la convicción que en la especie es aplicable la prescripción de 3 años contenida en el código de enjuiciamiento tributario.*

**Vigésimo quinto:** Que, respecto de los Giros folios 101630225 y 101630235, ahora conviene analizar, separadamente, si el Servicio de Impuestos Internos ejerció, dentro del plazo normal u ordinario de prescripción, su acción fiscalizadora.

*En este orden de ideas, el Servicio de Impuestos Internos, al no haber emitido en el presente caso Citación conforme al Artículo 63 del Código Tributario, contaba con sólo 3 años para ejercer su acción fiscalizadora respecto al cumplimiento tributario del reclamante en los períodos objeto de discusión.*

*Ahora bien, respecto al Giro folio 101630225, correspondiente al período mensual de IVA de marzo de 2008, la acción fiscalizadora podía ejercerse dentro del término fatal de 3 años contados desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago (12 de abril de 2008), es decir, la Administración Tributaria sólo pudo ejercer su acción fiscalizadora hasta el día 12 de abril de 2011.*

*Respecto al Giro folio 101630235, correspondiente al período mensual de IVA de abril de 2008, la acción fiscalizadora podía ejercerse dentro del término fatal de 3 años contados desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago (12 de mayo de 2008), es decir, la Administración Tributaria sólo puede ejercer su acción fiscalizadora hasta el día 12 de mayo de 2011.*

**Vigésimo sexto:** *Que, en consecuencia, en razón que la notificación de los giros folios 101630225 y 101630235 fue efectuada con fecha 20 de junio de 2011, según se aprecia en Acta de Notificación folio N° 1135975, rolante a fojas 25 de autos, resulta manifiesto que la actuación administrativa se realizó fuera del plazo de prescripción del inciso 1° del artículo 200 del Código Tributario, por lo que en esta parte el reclamo será acogido.*

En tercer lugar, presentamos a vuestra consideración, una sentencia dictada con fecha 28 de junio de 2012, por el Sr. Juez Tributario y Aduanero de Temuco, que se refiere al plazo extraordinario de seis años que establece el artículo 200 del Código Tributario. Como sabemos, el plazo ordinario de tres años, se amplía a seis años cuando la declaración no se presenta o ella es maliciosamente falsa. En el fallo en comentario, se sostiene que es la mala fe del contribuyente la que determina la ampliación de plazo a seis años, por lo que es el Servicio el que debe demostrar que el contribuyente estaba obligado a declarar, y que no lo hizo, conociendo su obligación impositiva. En ella, se señala lo siguiente:

**Decimoséptimo:** *Que, de lo señalado, aparece como estrictamente necesario en materia de prescripción de la acción fiscalizadora, que el Servicio de Impuestos Internos funde adecuadamente sus actuaciones ejecutadas fuera del plazo ordinario de tres años, esto porque la prescripción de seis años es de aplicación excepcional y vinculada sólo a las hipótesis que se han señalado. Cabe observar en este punto, que la diferencia entre el término ordinario y extraordinario está determinada por la mala fe del contribuyente, ya que nuestro legislador equipara la falta de declaración de un impuesto que debió declararse a la declaración maliciosamente falsa, para los efectos de aplicarle el plazo de seis años. Esta situación cobra importancia por cuanto será el ente fiscalizador quien deberá demostrar, con las pruebas suficientes, que el contribuyente estaba efectivamente obligado a presentar declaración impositiva y no lo hizo conociendo previamente su obligación tributaria.*

**Decimooctavo:** *Que, es ilustrativo en este sentido lo señalado por el autor Félix Urcullú Molina, cuando refiriéndose a la aplicación de este término extraordinario de prescripción expresa que “nos encontramos en presencia de una disposición propia del Derecho Tributario que no la encontramos en el derecho privado, pues la buena o mala fe del prescribiente no desempeña papel alguno en la prescripción extintiva. En*

*nuestro Derecho Tributario, en cambio, el legislador sanciona la mala fe con un plazo equivalente al doble del término ordinario sin perjuicio de las sanciones contempladas en el artículo 97° del Código Tributario; y equipara la falta de declaración de un impuesto que debió declararse, a la declaración maliciosamente falsa, para los efectos de aplicarle el plazo de seis años”.*

**Decimonoveno:** *Que, asimismo, las propias instrucciones que el Servicio de Impuestos Internos ha emitido sobre esta materia, contenidas especialmente en la Circular N°73, de 2001, hacen énfasis en el hecho que para que el Servicio disponga de este plazo especial de seis años para accionar, es necesario que, tratándose de un impuesto sujeto a declaración, esta no se hubiere presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa, agregando la citada Circular que “en todo caso, los fiscalizadores deberán fundar adecuadamente las liquidaciones o giros que efectúen dentro de este plazo especial, acompañando los antecedentes de los cuales se desprende o con los cuales se acredita la existencia de malicia o el hecho de no haberse efectuado la declaración”.*

**Vigésimo:** *Que, a la luz de los antecedentes que se han reseñado, se puede concluir que el fundamento que contiene la propia liquidación reclamada para justificar la actuación del Servicio de Impuestos Internos ejecutada en el plazo extraordinario de prescripción es insuficiente para validarla, por cuanto pretende extender la presunción de renta del artículo 70 de la ley del ramo para inferir a su turno que el reclamante obtuvo ciertos ingresos en el año comercial 2004 por los cuales se encontraba obligado a presentar declaración de impuestos.*

**Vigésimo primero:** *Que, en este sentido, aparece como insuficiente e infundado el argumento sostenido por el Servicio de Impuestos Internos para ampliar a 6 años el plazo de prescripción en el presente caso, puesto que presume una situación sin contar con antecedentes suficientes y completos que respalden el aserto contenido en la liquidación reclamada, salvo aquellos antecedentes que menciona en forma genérica como “información que obra en poder del Servicio de Impuestos Internos”, siendo el único hecho cierto y no discutido que el reclamante a la fecha de las inversiones dubitadas era funcionario de Carabineros de Chile, y que por lo tanto tributaba con el impuesto único a los trabajadores que establece el artículo 42 N°1 de la Ley de la Renta, no teniendo la obligación de presentar declaración anual de impuesto a la renta. Por lo demás, sin desconocer las facultades fiscalizadoras que por ley le competen al Servicio de Impuestos Internos, estima este sentenciador que no resulta razonable citar un contribuyente a acreditar el origen de fondos respecto de inversiones efectuadas 6 años atrás, sin contar con antecedentes serios y completos que justifiquen tal actuación, más allá de la información que a través de declaraciones juradas entregan los agentes retenedores y otros vectores externos y que se encuentra disponible para el Servicio de*

*Impuestos Internos en cada operación renta; considerando que es altamente probable que en ese lapso mucha de la documentación sustentatoria de las inversiones puede no estar disponible atendido el tiempo transcurrido.*

*Sin perjuicio del fondo de lo resuelto y la correcta línea de argumentación utilizada en el fallo, hay que resaltar lo siguiente: “Que, en este sentido, aparece como insuficiente e infundado el argumento sostenido por el Servicio de Impuestos Internos para ampliar a 6 años el plazo de prescripción en el presente caso, puesto que presume una situación sin contar con antecedentes suficientes y completos que respalden el aserto contenido en la liquidación reclamada, salvo aquellos antecedentes que menciona en forma genérica como “información que obra en poder del Servicio de Impuestos Internos””.*

Resulta ser de ordinaria ocurrencia la justificación de diversas actuaciones y decisiones que adopta el ente fiscalizador en base a: “... información que obra en poder del Servicio de Impuestos Internos”. Pues bien, los contribuyentes poseen el Derecho a que se les exhiba tal información, e incluso más aún, que esta le sea cabalmente explicada. Lo anterior, en el marco de los Derechos de los Contribuyentes, toda vez que el numeral 1º del artículo 8º del Código Tributario les otorga el Derecho a ser informado y asistido por el Servicio sobre el ejercicio de sus derechos; y, por su parte, el número 3º dispone que los contribuyentes poseen el Derecho a recibir información, al inicio de todo acto de fiscalización, sobre la naturaleza y materia a revisar.

Con fecha, 22 de noviembre del 2011, en causa Rit Gr-06-00008-2011, el Sr. Juez Tributario y Aduanero de La Serena resuelve sobre una problemática de capital importancia: el aumento del plazo de tres a seis años en atención a que la declaración del Servicio es estimada por este como “maliciosamente falsa”. Hemos tenido la oportunidad de exponer nuestra opinión<sup>5</sup>, que en atención a lo trascendente del tema que nos ocupa, nos permitimos transcribir, en sus pasajes más importantes, de acuerdo al siguiente tenor:

“La segunda situación en que el plazo de prescripción de la acción fiscalizadora es de 6 años, por tener un componente o elemento subjetivo, es la que genera una mayor dificultad en su aplicación práctica.

En efecto, el elemento que hace la diferencia en el plazo del cual dispone el ente fiscalizador, AUMENTANDO aquel de 3 a 6 años, es la existencia de DECLARACIONES DE IMPUESTOS MALICIOSAMENTE FALSAS.

<sup>5</sup> Ugalde, Rodrigo y García, Jaime (2009). *La Prescripción en Materia Tributaria*. Santiago: Editorial Legal Publishing.

En nuestro concepto, ello ocurre cuando se trata de DECLARACIONES presentadas a sabiendas, con la clara conciencia de que se procede mal. Dicho de otro modo, estamos frente a declaraciones de impuestos presentadas con la intención positiva de defraudar al Fisco, privándolo de los ingresos que legítimamente le pertenecen de acuerdo a la Ley.

Sobre el particular, cabe señalar que, por un principio general del Derecho establecido en el Código Civil (Artículo 707), aplicable en materia tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 2º del Código del ramo, la buena fe se presume y el dolo debe probarse.

Por tanto, es el Servicio de Impuestos Internos el que debe probar con elementos objetivos la “intención dolosa o maliciosa del contribuyente”. En consecuencia, no es posible sostener que cuando el Servicio de Impuestos Internos impugna el crédito fiscal en el IVA sosteniendo, por ejemplo, que existen facturas de proveedores FALSAS y el contribuyente no logra acreditar la efectividad de las respectivas operaciones, el plazo de prescripción será de 6 años por esas solas circunstancias.

Tal tesis resulta de aplicar erradamente el principio general de la prueba en materia tributaria que se contiene en el inciso primero del artículo 21º del Código Tributario, en orden a que la prueba de la VERDAD de las declaraciones le corresponde al contribuyente con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él. Se sostiene que el contribuyente que no cumple con dicha carga probatoria queda afecto al plazo de prescripción de seis años. Ello es un error, por cuanto la ÚNICA SANCIÓN que señala el artículo 21 del Código Tributario para el contribuyente que NO CUMPLA con dicha carga, es que el organismo fiscalizador practicará las liquidaciones o reliquidaciones correspondientes con los antecedentes que obren en su poder.

Por otra parte, de ser correcta esta tesis, resultaría que los contribuyentes serían los únicos que deberían probar su buena fe, tesis que no resiste análisis, ya que NO se les aplicaría el principio general del Derecho Chileno de que la buena fe se presume y que el dolo debe probarse.

De esta forma, una cosa es que el contribuyente NO pueda probar legalmente que las declaraciones de impuestos son enteras y completamente verdaderas (por existir dentro de ellas facturas de proveedores tachadas de falsas) y otra cosa, muy diversa, es que tales declaraciones puedan ser tachadas – por ese SOLO hecho – de maliciosamente falsas y ser aplicado el plazo de

prescripción de seis años. Esto último resulta ser un ESTADIO SUPERIOR, ya que requiere PROBAR que ese contribuyente ha actuado con DOLO, con MALA FE, con el DEFINIDO PROPÓSITO DE PRIVAR AL FISCO DE LOS IMPUESTOS CORRESPONDIENTES. Todo esto no es lo mismo, para seguir el ejemplo del IVA, que la mera falta de prueba de la verdad de las operaciones de que dan cuenta las facturas tachadas de falsas por el Servicio de Impuestos Internos.

El solo hecho de registrar una factura falsa no implica que la declaración de impuestos respectiva sea maliciosamente falsa. Así ocurre, por ejemplo, cuando el contribuyente es SORPRENDIDO por un proveedor que le emite, por una OPERACIÓN REAL, una factura falsa con un timbre que simula ser el del Servicio de Impuestos Internos. Dicho timbre en la realidad no corresponde a tal organismo y, además, el contribuyente no pagó con cheque nominativo la respectiva factura, sino que lo ha hecho en dinero efectivo. Más aún, cuando el contribuyente es notificado por el ente fiscalizador, se entera de que el proveedor resulta no ser ubicable y, a pesar de buscarlo para que declare en el juicio tributario correspondiente, no lo logra. En tal caso, el contribuyente no podrá probar que su declaración de impuestos es enteramente verdadera, ya que no podrá desvirtuar el cargo que le realiza el Servicio de Impuestos Internos. Sin embargo, aquello no implica que su declaración de impuestos sea MALICIOSAMENTE FALSA, ya que el contribuyente NO ESTABA DE MALA FE al recibir la factura. Se trata, más bien, de un contribuyente descuidado que, al comprar, no previó que la factura que le entregó su proveedor le podría ser objetada y no obtuvo la prueba correspondiente que acreditaré la efectividad de la operación de que aquel documento da cuenta.

La pregunta es la siguiente: ¿La falta de prueba de la efectividad de la operación que consta en la factura tachada por el Servicio de Impuestos Internos de falsa, TRANSFORMA a la declaración de impuestos en que ella incide en maliciosamente falsa?

En nuestra opinión, la respuesta es categóricamente NO. Ello puesto que para que la declaración de impuestos revista dicho carácter, debe ser una declaración DOLOSA, de mala fe, fingida o simulada y jamás la falta de prueba de la efectividad de una operación podrá llevar a tal conclusión, salvo que el ente fiscalizador acredite ALGO MÁS, a saber: LA INTENCIÓN o PROPÓSITO DE PRIVAR AL FISCO DE LOS IMPUESTOS CORRESPONDIENTES.

En la página 12 de la Circular N°73, del 2001, el Servicio de Impuestos Internos confirma lo que se expone, al reconocer que: *“Lo malicioso de la falsedad de la declaración debe ser acreditado por el Servicio, toda vez que atendidos los conceptos empleados por el legislador, en principio, debe presumirse que los antecedentes contenidos en una declaración que no se ajusten a la verdad se han debido a un error involuntario del contribuyente, a su descuido o aún, a su negligencia, más no su mala fe”*.

En efecto, a la ley, para ampliar el plazo, no le basta la falsedad de la respectiva declaración, sino que además exige que esta deba ser MALICIOSA. La malicia, como se demostró precedentemente, debe ser probada por quien la sostiene, ya que no es posible sostener que sea el reclamante el que deba acreditar que obró de BUENA FE, cuando aquella se presume. Nuevamente esto se confirma con la lectura de la Circular 73, del 2001, que en su página 12, señala: *“para los fines del artículo 200° del Código Tributario no basta que en la declaración de que se trate existan datos no verdaderos, sino que además, se requiere que esta falsedad sea maliciosa, es decir, que sea producto de un acto consciente del declarante, quien supo o no pudo menos que haber sabido que lo declarado no se ajusta a la verdad”*. Aquello –como se reconoce en la misma Circular 73– debe ser acreditado por el Servicio de Impuestos Internos.

Reiteramos que: a. Una cosa es la carga probatoria de la verdad de las declaraciones, carga que es del contribuyente, de modo que si no la cumple su reclamo de fondo será rechazado, sin que ello necesariamente afecte a una eventual alegación de prescripción de la acción fiscalizadora, la que debería ser acogida, salvo que el Servicio de Impuestos Internos pruebe que las respectivas declaraciones de impuestos son maliciosamente falsas; y b. Otra cosa es la PRUEBA de que la falsedad imputada al contribuyente es MALICIOSA. Tal prueba recae en el Servicio de Impuestos Internos, tal como lo reconoce el propio Director del Servicio de Impuestos Internos en la Circular 73, del 2001.

Hay aquí una importante diferencia, que puede ser sutil, pero que debe realizarse: la ley exige la presencia de declaraciones maliciosamente falsas y no sólo de declaraciones falsas. De este modo si el contribuyente no cumple con probar la verdad de sus declaraciones, aquellas podrán ser FALSAS, mas ello NO basta para que el plazo de prescripción sea de seis años, ya que la ley requiere que sean maliciosamente falsas y la malicia debe ser probada por el Servicio de Impuestos Internos, por más que sea una malicia de orden civil.

En efecto: si bastara la sola FALSEDAD de la DECLARACIÓN de IMPUESTOS para aumentar el plazo de prescripción de tres a seis años, el legislador habría redactado el artículo 200 del Código Tributario de otra manera y no habría exigido “declaraciones maliciosamente falsas”. Simplemente habría dicho que bastaba para ello las “declaraciones falsas”.

En este punto, compartimos lo que señala la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema:

*“... maliciosamente importa para el juzgador demostrar de manera fehaciente que el sujeto activo, en el hecho ilícito, ha actuado con claro dominio de la antijuridicidad de la conducta que se le reprocha y con el definido propósito de privar al Fisco de la percepción de los impuestos que debió recibir”.* (Considerando sexto de la sentencia del 10 de noviembre del 2003, dictada en los autos Rol N°344 - 2002).

De igual forma se pronuncia la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 11 de julio del 2007, autos Rol N°1756-2004, resolución que señala:

*“... la malicia en materia tributaria no se verifica por el solo incumplimiento de normas legales y reglamentarias, sino que debe ser el resultado del despliegue de conductas por parte del contribuyente con la finalidad de forjar documentos, instrumentos, registros contables que no reflejan la realidad, con la única y exclusiva finalidad de perjudicar el patrimonio fiscal”.*

*“Por lo mismo, es insuficiente la mera declaración por los fiscalizadores de que existen facturas que no darían cuenta de operaciones reales y que, por lo mismo, son falsas o no fidedignas. En esas condiciones, es menester que del proceso, de los antecedentes recabados por el tribunal, aparezca que la conducta que desarrolló el contribuyente es maliciosa, ladina y que no se trata de un error de procedimiento o de una simple negligencia. Corroborada la conclusión anterior, la circunstancia que los contribuyentes no son responsables del cumplimiento tributario de aquellos que los proveedores de bienes y servicios, a menos que se acredite que estaba en conocimiento que su proveedor operaba con facturas falsas en su materialidad”.*

*“A juicio de este tribunal, la sede infraccional y la penal son las únicas en las que se puede<sup>6</sup> calificar una declaración como maliciosamente falsa, esto es, mediante los procedimientos establecidos en los artículos 161 y 162 del Código Tributario, porque*

<sup>6</sup> Revista de Derecho de la Empresa. Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Número 11, julio a septiembre del 2007.

*son las que permitirían acreditar la “malicia penal”, esto es, el dolo en el accionar del contribuyente. La sede administrativa, esto es, la originada por un reclamo de liquidación, no es la instancia que permita efectuar la referida declaración”.*

También lo resolvió así la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos Rol N° 6833, del 2001, confirmando sin declaración la sentencia de primera instancia dictada con fecha 26 de julio del 2001, por la Sra. Magistrado del Cuarto Juzgado Civil de Santiago, en los autos Rol N°2311-2000, que en lo pertinente resuelve que:

*“3°. Que el Servicio rechazó la defensa de la contribuyente expresando que los impuestos fueron efectivamente girados el 30 de septiembre de 1996, emitidos los folios el 27 de septiembre, y notificados por carta certificada el 1° de octubre del mismo año, todo ello en base a las diferencias detectadas en la sociedad mencionada precedentemente, las cuales considera obvio que han de afectar las declaraciones de los socios. En consecuencia, expresa que no pueden transcurrir los plazos legales de prescripción, ya que se presume un comportamiento doloso de la contribuyente, de acuerdo a los artículos 97 y siguientes del cuerpo legal citado, y nadie puede aprovecharse de su propio dolo. En todo caso, de poder operar la prescripción, los términos se encontrarían interrumpidos de acuerdo a los números 2 y 3 del artículo 201 del Código Tributario.*

*4° (sic) Que no es posible aceptar que el cómputo del plazo que hace el Servicio, desde la fecha del giro, por cuanto eso deja en sus manos el manejo de los plazos y al deudor en amplia desventaja ante la discrecionalidad del Fisco.*

*4° Que, las normas citadas en cuanto al dolo de la contribuyente no contienen presunción alguna que le sea aplicable, ni se la ha condenado por un delito en un procedimiento al efecto, careciendo de facultades la abogado del Servicio de Tesorerías para imputárselo. Presentada la declaración y sin que conste que haya sido falseada con malicia, el plazo de prescripción que ha de computarse es el del artículo 200 inciso primero del Código Tributario, esto es, el de tres años desde que la obligación se hizo exigible, y el impuesto se encuentra prescrito.*

*5° Que, sin perjuicio de lo considerado, aún en el caso de que se considerara el plazo del inciso segundo de la norma citada, de 6 años, el primero de los folios en cobro igualmente se encontraría prescrito”.*

De igual forma, razonó la Excma. Corte Suprema, en los autos Rol N°1.131-99, considerando que:

**“Cuarto:** *Que de lo anterior se colige que la prescripción aplicable al caso de autos correspondería a la general de tres años, salvo que por los impuestos de que se trata, sujetos a declaración, se determine que la declaración presentada por la contribuyente por el período impugnado fuese maliciosamente falsa.*

**Quinto:** *Que, respecto de este último punto, debe indicarse que no ha sido establecido como un hecho de la causa tal situación, es decir que las declaraciones presentadas hayan sido maliciosamente falsas, pues lo único que al respecto se indica en el fallo de primer grado, mantenido en todas sus partes por el que se revisa, es una alusión a lo actuado en los autos 1681-96 del mismo Tribunal Tributario, donde se investiga la eventual conducta infraccional que por estos mismos hechos le podría asistir a la contribuyente, pero sin establecer ni constar que lo allí resuelto esté a firme o ejecutoriado. Por este motivo no puede darse por acreditada la conducta maliciosa que ocasiona el aumento del plazo de prescripción, por lo que se entenderá que en autos rige la regla general de tres años ya señalada”.*

Pues bien, toda la jurisprudencia que se ha citado, se ve refrendada por la sentencia dictada por el Sr. Juez Tributario y Aduanero de La Serena, ello en los siguientes términos:

14°. *Que respecto del concepto de “maliciosamente falsa” que emplea el artículo 200, este Tribunal estima suficiente el análisis que el Servicio efectúa al respecto en el escrito de traslado, en cuanto señala: El Código no ha definido legalmente qué debemos entender por una declaración de impuestos “maliciosamente falsa”, pero la jurisprudencia de los Tribunales superiores de Justicia ha emitido ciertas precisiones a su respecto. Para calificar de maliciosamente falsa la declaración de un contribuyente no cabe estarse a las acepciones de particular ponderación moral que señala el Diccionario de la Lengua, sino al sentido natural y obvio de dichas expresiones, según el uso natural de las mismas, evidenciado en numerosas disposiciones de nuestra legislación positiva que las emplean con el claro significado de obrar a sabiendas, o sea, a conciencia de que se procede mal, con conocimiento de la ilegitimidad del acto ejecutado y de sus consecuencias o también, referido tales conceptos a las declaraciones de impuestos, faltar deliberadamente a la verdad u omitir antecedentes que se dejaron de consignar con la intención positiva de eludir su cumplimiento pago. La Circular N° 73, de 2001, por su parte, expresa que es menester que la falsedad sea maliciosa, esto es, que sea producto de un acto consciente del declarante, quien supo o no pudo menos que haber sabido que lo declarado no se ajusta a la verdad. En consecuencia, podemos señalar que existe un elemento fundamental que determina la aplicación de uno u otro plazo de prescripción, cual es la “intención”, ya que pueden haber declaraciones con ciertos errores o faltas, e incluso estar relativamente incompletas, pero como no ha existido*

*o, por lo menos, no se puede comprobar la intención de defraudar al Fisco, se aplica el plazo de 3 años; por el contrario, si se establece que ha existido premeditadamente el intento de fraude o el fraude consumado, no cabrían dudas para aplicar el término de seis años para la prescripción.*

*15°. Que, pese a entender aparentemente bien el concepto de maliciosamente falsa, para lo cual se trajo a la vista lo que ha dicho la jurisprudencia al respecto y lo que el propio Servicio ha expresado con claridad en la citada circular 73 de 2001, resulta al menos contradictorio que a continuación el Servicio termine su análisis concluyendo que en la especie estaríamos en presencia de declaraciones maliciosamente falsas, desconociendo lo que recién ha dicho sobre ese concepto. En efecto, luego de transcribir lo que se ha dicho sobre la importancia de la intencionalidad a que alude la expresión maliciosamente, destacando que es un elemento fundamental dicha intencionalidad y que no basta la mera existencia de declaraciones falsas, “ya que pueden haber declaraciones con ciertos errores o faltas, e incluso estar relativamente incompletas, pero como no ha existido o, por lo menos, no se puede comprobar la intención de defraudar al Fisco, se aplica el plazo de 3 años”, señala el escrito de traslado: “En el caso de autos, precisamente se permite al Servicio de Impuestos Internos accionar en un plazo mayor, debido a que durante el procedimiento de auditoría pudo acreditarse la falsedad de las declaraciones de impuestos presentadas, las que puestas en conocimiento del contribuyente no fueron desvirtuadas de manera alguna durante el procedimiento administrativo.” Claramente atenta en contra de la estructura del más básico silogismo lógico el que se sostenga, a modo de premisa, que para que una declaración sea revisable hasta por seis años, se requiere que sea falsa y esa falsedad intencional como las declaraciones de autos son solo falsas, es posible concluir que se pueden revisar hasta por seis años. Por el contrario, se necesita que sea falsa esa declaración y la falsedad intencional.*

*16°. Que, como se dijo, bastaría la argumentación del Servicio para concluir que en la especie las liquidaciones practicadas respecto de periodos que van más allá de los tres años, se encuentran prescritos, en cuanto, no es suficiente que existan declaraciones falsas, es fundamental que exista la malicia, la intención, el propósito de, precisamente con esas declaraciones falsas, eludir el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, cuestión que ni siquiera se afirma por el Servicio en su presentación como se dirá más adelante.*

*17°. Que, a mayor abundamiento, en la especie la actuación del Servicio, al liquidar impuestos respecto de periodos extraordinarios sin que exista alguna de las causales que contempla la Ley para permitirlo, configura una falta mayor de parte del funcionario a cargo de la actuación reclamada; esto es, el incumplimiento de su deber de fundar el acto.*

18°. *Que, respecto a esta falta de fundamento, el profesor Eduardo Soto Kloss en su obra Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, editorial Legal Publishing, año 2010, señala que es necesario tener en cuenta que es un elemento básico o constitutivo del acto administrativo, la fundamentación, esto es la exposición formal y explícita de la justificación de la decisión, es decir la expresión formal, en este caso, de los antecedentes de hecho y de las razones que dan justificación lógica/racional de la decisión que se adopta, para satisfacer una determinada necesidad pública. Esta fundamentación da cuenta del “por qué” se emite una decisión, y que sustenta o sostiene su juridicidad, su conformidad a Derecho. Es la fundamentación del acto administrativo, además, una exigencia legal, contenida en el artículo 41 inciso 4° de la ley n° 19.880, que indica “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”. De esta forma se ha señalado que la fundamentación, como requisito de validez que es (puesto que incide en materia de “competencia”), no se cumple con cualquier fórmula convencional, de cliché, o banal. La fundamentación ha de ser “suficiente”, de tal modo que la conclusión que se adopta sea la conclusión lógica, racional, de esas normas habilitantes de competencia y de esos hechos/necesidad pública que la Administración debe resolver, satisfaciéndola. Es, precisamente, en la fundamentación en donde debe concretarse necesariamente esa “congruencia”, que de no darse vicia la decisión por carencia de justificación, de razonabilidad. De allí es que la “fundamentación” del acto administrativo constituye un principio general del derecho administrativo que tiene una base constitucional en el derecho fundamental al debido procedimiento racional y justo, que la Constitución reconoce expresamente a toda persona (artículo 19 n° 3 inciso 5°, en concordancia con la constancia adoptada por la Comisión Ortúzar en sesión 102, referido también a los actos administrativos y con especial referencia a los actos administrativos sancionadores). Y el vicio en la fundamentación es precisamente la “arbitrariedad”, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (ni suficiente, ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (propriadamente inexistencia) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7 incisos 1° y 2°) y la ley (19.880). Es sabido que para la validez jurídica de un acto administrativo y muy en especial de un acto sanción, dados los principios de legalidad y tipicidad que intrínsecamente los rige, se requiere, entre otros requisitos, la existencia del hecho/motivo que la ley configura como “habilitante” para que el órgano competente actúe, satisfaciendo la necesidad pública que tal hecho comporta, de allí que tal hecho sea el “motivo”, fundamento o razón, que induce a obrar, que mueve a actuar al órgano público. La jurisprudencia, tanto contralora como especialmente judicial, ha sido muy homogénea y constante en afirmar que el acto administrativo debe bastarse a sí mismo, por lo cual además de otras exigencias, debe contener la consideración de los hechos que permiten dictar la medida adoptada, hechos que*

*deben existir al momento de adoptar el decreto o resolución correspondiente, y que le dan el sustento fáctico para que sea dictado.*

#### **IV. CONCLUSIÓN**

De la jurisprudencia que se ha citado, emanada de los Jueces Tributarios y Aduaneros, se pueden extraer una serie de ideas matrices:

1. Al margen de la posición que se pueda tener, esto es, en pro de las resoluciones del Servicio de Impuestos Internos o como asesor de contribuyentes, resulta innegable que todas las sentencias dictadas por los nuevos jueces, gozan de un desarrollo pulcro y lógico. Podemos no estar de acuerdo con las conclusiones a que llegan los jueces, pero no puede decirse que estas no son consecuencia de un desarrollo absolutamente lógico y haciéndose cargo de cada una de las excepciones y defensas desplegadas en el reclamo tributario, así como de los fundamentos de las liquidaciones.
2. En el tema de la inadmisibilidad probatoria, aparece de manifiesto una idea fundamental: siendo esta una figura muy criticable en atención a que puede significar una afectación al debido proceso y, específicamente, al derecho a defensa del contribuyente, debe ser aplicada en términos restrictivos, sólo en la medida que el Servicio cumpla a cabalidad cada una de las exigencias que establece la disposición legal.
3. En lo referido a la aplicación de la Ley N°18.320, las sentencias que se presentan a vuestra consideración, realzan la idea que el Servicio, para aplicar esta normativa, debe cumplir tanto con las exigencias legales como las que emanan de sus propias interpretaciones administrativas (en el caso, la Circular N°67, del 2001).
4. Respecto a las sentencias relativas a la prescripción, a nuestro juicio, la más relevante es la última, cuyo idea fundante es que para ampliar el plazo de prescripción de tres a seis años, el Servicio de Impuestos Internos debe probar que la declaración fue MALICIOSAMENTE FALSA y no meramente FALSA. De lo contrario, el plazo no se aumenta, quedando en tres años.

**BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

Ugalde, Rodrigo; García, Jaime; Ugarte, Alfredo (2011). *Tribunales Tributarios y Aduaneros*. Santiago: Editorial Legal Publishing, cuarta edición.

Ugalde, Rodrigo y García, Jaime (2009). *La Prescripción en Materia Tributaria*. Santiago: Editorial Legal Publishing.

Revista de Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Número 11, julio a septiembre del 2007.

## NATURALEZA JURÍDICA DEL AGENTE DE ADUANA EN CHILE Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS NUEVOS TRIBUNALES TRIBUTARIOS Y ADUANEROS

### LEGAL NATURE OF CUSTOMS BROKER IN CHILE AND HIS PARTICIPATION AT NEW TAX & CUSTOMS COURTS

MIGUEL ÁNGEL TAPIA ARAYA<sup>1</sup>

**Resumen:** El trabajo revisa, en forma sucinta, el origen etimológico del Agente de Aduana en Chile, como también los requisitos que se le exigen para que preste sus servicios y los principios que lo informan, con el objeto de desembocar en su naturaleza jurídica y la participación que les cabe en los nuevos Tribunales Tributarios y Aduaneros de Chile. En esta última parte, el autor reflexiona acerca de la extensión del mandato conferido al Agente de Aduana y su eficacia al momento de la comparecencia ante la nueva judicatura tributario aduanera.

**Palabras clave:** Agente de Aduanas, rol y principios. Responsabilidad. Infracciones. Cancelación de licencia. Procedimientos en Tribunales Tributarios y Aduaneros.

**Abstract:** This article explains, succinctly, the Customs Broker's etymological origin in Chile, as well as the requirements to serve in this country and the principles that govern it, in order to arrive at his legal nature and his participation at New Chilean Tax & Customs Courts. In this latter part, the author reflects on the spread of the mandate entrusted to Customs Broker and his effectiveness at moment of the appearance before the new tax & customs judiciary.

**Key words:** Customs Broker. Role and principles. Accountability. Infractions. Cancellation of license. Tax & Customs Courts Proceedings.

<sup>1</sup>Abogado de la Universidad de Chile, Diplomado en Tributación en la Facultad de Economía de la misma casa de estudios y Diplomado en Derecho Aduanero de la Universidad Finis Terrae. Se desempeña como Abogado Resolutor en el Tribunal Tributario y Aduanero de la Región de Valparaíso. mtapia@tta.cl.

## **I. Introducción:**

Si ya el Derecho Aduanero aparece como una disciplina desconocida en el universo jurídico, podríamos decir que la persona del Agente de Aduana es una verdadera *rara avis in terris*, haciendo nuestras las palabras del poeta latino Juvenal.

Para ir dilucidando su naturaleza diremos que, en términos amplísimos, se trata de un profesional técnicamente especializado que colabora en la función aduanera, para la mejor y más expedita consecución de los fines que envuelve el comercio exterior.

El Agente de Aduana ha ido adquiriendo cada vez más importancia, debido al constante aumento del comercio exterior en Chile, producto de los numerosos tratados internacionales de naturaleza comercial que ha suscrito nuestro país, los que influyen directamente en la actual economía nacional y en la planificación tributaria empresarial.

Desde el año 2000, el intercambio comercial creció exponencialmente en Chile: el 69% del Producto Interno Bruto corresponde al comercio exterior y el 35% de los ingresos tributarios corresponden a operaciones aduaneras. Nuestro país ingresó a la OMC u Organización Mundial de Comercio –World Trade Organisation– el uno de enero de 1995; y desde el año 2010, también forma parte de la OCDE, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico–Organisation for Economic Co-operation and Development–, institución que promueve políticas que buscan mejorar la calidad económica y social de la gente alrededor del mundo, trazando los parámetros que deben seguir los países miembros para cumplir los objetivos de la organización. En este contexto, la figura del Agente de Aduanas se torna importante, debido al papel que le cabe en el correcto desarrollo del comercio exterior de nuestro país. Su naturaleza jurídica, sus características y la importancia que tiene en el derecho aduanero, serán aspectos que desarrollaremos en las próximas páginas.

## **II. Breve historia de las aduanas:**

La necesidad de comerciar entre los pueblos y los efectos económicos que esa actividad producía, hicieron surgir la obligación de controlar el tránsito de las mercancías en las nacientes fronteras. Ese fue el origen y primera función de las aduanas: controlar las cosas o mercancías.

Con el tiempo, otros objetivos se fueron sumando a este inicial de “control de cosas”. Así, el interés por fiscalizar a las personas que transportaban dichos productos también adquirió importancia, pero siempre y cuando las personas llevaran cosas, porque si no, se transformaría en una función policial que no es de cargo de la aduana. Finalmente, un objetivo de inspección del pago de tributos sobre las mercancías se sumó a los otros dos; en este caso se habla de la función rentística de las aduanas.

Etimológicamente, la palabra española aduana proviene del árabe hispánico *addiwán* y este del árabe clásico *divān*, que proviene a su vez del pelvi (lengua irania o persa media) *dewān*, que significa “archivo”. Según la Real Academia de la Lengua Española, la aduana era la oficina pública, establecida generalmente en las costas y fronteras, para registrar, en el tráfico internacional, los géneros y mercancías que se importan o exportan, y cobrar los derechos que se adeudan.

En Chile y en toda América, la aduana existe desde la época colonial. El primer hito histórico, relacionado con la aduana en Hispanoamérica, fue la fundación en España de la Casa Real de Aduana en el año 1770, la cual se construyó por orden del rey Carlos III. Esta obra fue terminada en 1769 y llevó en una de sus paredes laterales una leyenda latina que serviría para explicar sus funciones: *Aedes publicae, iussu et sumptibus carolii III, exportandis mercibus extractae, anno MDCCLXIX; que puede traducirse como: “Casa Real de Aduana, mandada construir por el rey N.S., Carlos III, y concluida en el año 1769”*.

Siguiendo el modelo español, la aduana en Chile se organizó primero en la ciudad de Santiago, y posteriormente se trasladó a Valparaíso. Tenía como una de sus funciones el controlar el pago de los antiguos tributos que cobraba la corona española desde la época de Alfonso X, donde destacaba el llamado *almojarifazgo*, un derecho de aduana, equivalente al arancel actual, que se pagaba por el traslado de las mercancías que ingresaban o salían del reino de España, o que transitaban entre los diversos puertos peninsulares y americanos. Quienes cobraban el *almojarifazgo* se llamaban *almojarifes*, nombre de origen árabe que significa “inspector” y originó la denominación del tributo, el cual posteriormente también se les dio a los tesoreros encargados de la totalidad de la Real Hacienda. Este cobro denotaba la importancia que a partir del siglo XVII adquirió el comercio exterior, tal como lo señala el historiador Francisco Antonio Encina al referirse a la administración financiera en Chile durante el siglo XVII: “*La alcabala gravaba la compraventa de muebles e inmuebles, las permutas, los arriendos,*

*la imposición de censos y las donaciones con el cuatro por ciento de la operación. El almojarifazgo era un derecho de aduana que cargaba el cinco por ciento a la mercadería importada”<sup>2</sup>.*

### **III. Etimología y concepto de Agente de Aduana:**

Según la XXII edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la voz “agente” tiene origen latino en *agens–agentis*, participio activo del verbo *agere*, “hacer”. Por tanto, en una primera acepción, el agente sería “quien hace, obra, o tiene virtud de obrar”. Este mismo diccionario, en una cuarta acepción, señala que agente es “la persona que obra con poder de otra”. Y en una quinta acepción, señala que agente es “la persona que tiene a su cargo una agencia para gestionar asuntos ajenos o prestar determinados servicios”. En definitiva, el agente de aduanas sería quien hace algo a nombre de otro.

Conforme al Libro IV de la Ordenanza de Aduanas, este auxiliar cabría dentro de lo que se conoce como “despachador de aduana”. Al efecto, el artículo 191, número 3, de dicha Ordenanza, señala que:

*“El despacho de las mercancías, esto es, de las gestiones, trámites y demás operaciones que se efectúan ante la Aduana en relación con las destinaciones aduaneras, salvo las excepciones y limitaciones legales, sólo podrán efectuarse por las siguientes personas:*

*3. Por los Agentes de Aduana, quienes pueden intervenir sólo por cuenta ajena en toda clase de despachos, incluso los mencionados en los números precedentes”.*

Agrega este artículo que: “*Se entiende por despachadores de Aduana a los Agentes de Aduana y a los consignantes y consignatarios con licencia para despachar”*; un ejemplo de este último caso serían los consignantes y consignatarios de las Fuerzas Armadas, que cuentan con apoderados especiales que tienen dicha licencia; lo mismo ocurre en empresas como CODELCO.

Pero es finalmente el artículo 195, inciso 1, de la Ordenanza de Aduanas el que define legalmente al principal operador aduanero, indicando que: “El Agente de Aduana es un profesional auxiliar de la función pública aduanera, cuya licencia lo habilita ante la Aduana para prestar servicios a terceros como gestor en el despacho de mercancías”.

<sup>2</sup> Encina, Francisco (1964). *Resumen de la Historia de Chile*, Tomo I. Santiago de Chile: Zig-Zag, p. 259.

#### **IV. Requisitos para ser Agente de Aduana:**

Al efecto, el artículo 196 de la Ordenanza de Aduanas es clarísimo, al indicar que: “Para ser designado Agente de Aduana se requiere:

- a) Ser chileno, persona natural capaz de contratar;
- b) No haber sido condenado por la comisión de delito que merezca pena aflictiva;
- c) No encontrarse inhabilitado para cargos u oficios públicos, ni haberle sido impuesta la medida disciplinaria señalada en el inciso segundo, letra e) del artículo 202 o la de destitución señalada en el artículo 119 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo;
- d) Haber aprobado estudios vinculados al comercio exterior, en establecimientos educacionales reconocidos por el Estado. Los cursos deberán tener una duración mínima de cinco semestres, sin que sea necesario que todas las asignaturas fijadas en los respectivos programas estén relacionadas con el comercio exterior.

El requisito establecido en el párrafo anterior podrá ser reemplazado para las personas que acrediten experiencia como funcionarios del Servicio o hayan sido reconocidos como apoderados de Agentes de Aduana, por un período no inferior a diez años; y

- e) Haber sido aprobado en concurso de antecedentes y conocimientos en materias aduaneras, calificado mediante resolución fundada del Director Nacional.

El Director convocará el concurso a lo menos cada dos años y fijará, en forma previa, el número máximo de agentes a designar.

El nombramiento de Agentes de Aduana se hará mediante resolución del Director Nacional, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en el presente artículo, previa constitución de una garantía de monto no inferior a 20 unidades Tributarias Anuales, cuya suficiencia calificará el Director del Servicio”.

Es importante comentar el requisito de este artículo en la letra d), ya que la exigencia de haber sido reconocido como “Apoderado” de Agentes de Aduanas, por un período no inferior a diez años, no tiene un sentido claro en el Libro IV de la Ordenanza de Aduanas. Al respecto, los autores Prado

y Fuentes señalan que: “La expresión ‘Apoderado del Agente de Aduanas’ no encuentra una acepción o definición calificada particularmente en el contexto del Libro IV de la Ordenanza. Por lo mismo, habría que entender que reviste tal calidad toda persona que haya actuado en una Agencia de Aduanas con poder del Agente, por el plazo exigido”<sup>3</sup>.

Igualmente es importante el hecho de que el **nombramiento** del Agente de Aduana depende del Director Nacional del Servicio, mediante concurso convocado al menos cada dos años, previa verificación de cumplimiento de requisitos, y luego de haber constituido una **garantía** no inferior a veinte Unidades Tributarias Anuales. Y para el caso de que se constituya como una sociedad con otros agentes de aduana, el capital social no podrá ser inferior a cinco mil unidades de fomento.

#### **V. Conocimientos que debe exhibir el Agente de Aduana:**

El Agente de Aduana y sus colaboradores deben tener conocimientos especializados en diversas materias como, por ejemplo, comercio exterior, merceología, legislación aduanera, arancel aduanero, valoración de mercancías, y tratados internacionales de comercio.

Entre las materias mencionadas, destaca una que históricamente ha sido muy importante: la llamada **merceología**. Esta palabra, aunque no ha sido reconocida por la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza desde antaño, y podríamos decir que su origen etimológico se encuentra en la combinación de la voz latina *merx-mercis*, que significa “mercancía”, con la desinencia griega-*logía*, que significa “estudio”, “tratado”, “ciencia”; por tanto, la merceología sería el estudio de las mercancías en forma detallada, esto es, de los objetos fabricados por la técnica y destinados a satisfacer las necesidades humanas. En un principio fue llamada merciología, atendiendo a su origen latino; pero con el alto desarrollo del comercio en Italia pasó a llamarse merceología, la disciplina de la “merce”, voz italiana que significa “mercancía”. La merceología comenzó a estudiarse en las universidades de lengua alemana a fines del siglo XVIII, pero dos siglos antes, en la ciudad alemana de Gotinga, ya había aparecido el primer libro en el cual figuraba la palabra *warenkunde*, “merceología”, del autor Johann Beckmann, un estudioso de la economía y de la agricultura. Luego pasó a Italia, donde en algunas universidades, como las de Venecia, Génova y Bari, esta ciencia

<sup>3</sup>Prado Casas, Benjamín et al. (2010). *Ordenanza de Aduanas*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot-Legal Publishing, p. 175.

de las mercancías fue llamada “merciología” y logró gran difusión. De esta forma, entró la merceología al mundo de la enseñanza como una respuesta a la necesidad de otorgar un carácter unitario y sistemático al conocimiento de las mercancías y darlas a conocer tanto a los operadores como a los comerciantes, de manera que pudieran reconocerlas por sus características físicas, químicas, botánicas o bien mineralógicas, según el tipo de mercancía que se tratase, pudiendo identificar así las falsificadas y las fraudulentas. Al efecto, surgió entre los especialistas uno muy especial, conocedor de todos los secretos de la merceología, el llamado “Vista de Aduana”, experto en asuntos de clasificación arancelaria y características de las mercancías. Este oficio se ejerció formalmente en Chile hasta el cierre de la Escuela de Vistas de Aduana durante la década de los ochenta del siglo pasado. Se trataba de un operador aduanero de elevado nivel técnico; muchos de ellos continuaron ejerciendo su labor como Agente de Aduana con posterioridad a su retiro del Servicio, constituyendo con eso un gran aporte de conocimientos aduaneros, de comercio exterior, clasificación arancelaria y valoración, enriqueciendo una actividad que demanda muchísima complejidad, sofisticación y uso de nuevas tecnologías.

## **VI. Servicios que presta el Agente de Aduana:**

Como operador del comercio exterior, el Agente de Aduana presta servicios en distintos ámbitos, destacando los relativos a las importaciones y a las exportaciones, como veremos a continuación.

### **1. Servicios respecto de las importaciones:**

En cuanto a las importaciones de servicios tradicionales, el Agente de Aduana conoce de: a) La valoración de las mercancías de acuerdo a las normas chilenas, que han sido adoptadas de la Organización Mundial de Comercio; b) La clasificación de las mercancías; c) La aplicación de preferencias arancelarias según los acuerdos vigentes; d) La transmisión electrónica ante Aduanas; e) Franquicias aduaneras y pagos diferidos; f) El pago de gravámenes al Fisco; g) Autorizaciones ante organismos sanitarios, forestales, agrícolas y otros; h) Realizar pagos por cuenta de los clientes, por concepto de almacenajes, movimientos de mercancías, desconsolidación de contenedores, y fletes locales; i) Coordinación con Almacenistas, Compañías Navieras, Transportistas y Seguros; j) Efectuar reclamaciones por controversias cuando sea autorizado por la ley; k) Prestar asesorías en asuntos de comercio exterior.

Por otro lado, en cuanto a las importaciones de servicios adicionales con valor agregado, el Agente de Aduana se encarga de: a) El *outsourcing* o externalización parcial o total del departamento de importaciones de las empresas; b) La entrega de herramientas informáticas especializadas de apoyo a la gestión de las empresas; c) La integración electrónica (facturación y transferencia de archivos y planos); d) La gestión bancaria del comercio exterior; e) Operaciones triangulares que importan normas tributarias; f) Estudios Arancelarios que importan clasificación, valoración y normas de origen; g) Servicios logísticos asociados; h) Asesoría en la contratación de fletes y seguros; i) Servicio de mensajería; j) Regímenes especiales, zonas francas y pagos diferidos de derechos; k) Consultorías en materia de comercio internacional; l) Contratos de Inversión Extranjera.

Tal como lo señala el capítulo III de la Resolución 1.300 del 2006, en el ingreso de mercancías hay un trámite importante que lleva por título el **reconocimiento**, y se produce en el caso que los documentos que sirven de base a la declaración no permitan al despachador confeccionar una declaración segura y clara, por lo que deberá hacerla en base al reconocimiento que pueda practicar. Deberá practicarse antes de cursarse cualquier destinación aduanera. El reconocimiento podrá ser practicado por los interesados o por el despachador. Los interesados podrán practicar el reconocimiento sólo en aquellos casos en que la ley expresamente establezca que no se requiere intervención de despachador, es decir, de menos de mil dólares. En los demás casos, este deberá ser practicado por un despachador.

También en la llamada “Declaración de ingreso” o DIN se requiere la intervención del despachador, quien deberá actuar premunido de mandato. Excepcionalmente, no se requerirá despachador en los casos previstos en el numeral 8.5 del Capítulo III de la Resolución 1.300, como por ejemplo, la importación de equipaje y mercancías de viajeros, arrieros y tripulantes, comprendidas en las partidas 0009, 0011 y 0021 de la Sección 0 del Arancel Aduanero. Los despachadores deberán presentar, mediante GEMI o “Guía especial de movimiento interno de documentos”, las carpetas que contienen la documentación de base correspondiente a las declaraciones que hubieren sido seleccionadas para aforo o revisión documental. Las carpetas deben contener, en el orden que se indica y debidamente foliados: B/L o documento que haga sus veces, factura comercial, lista de empaque, registro de reconocimiento si se hubiere practicado, certificado de seguro, nota de gastos, declaración jurada del importador sobre el precio de las

mercancías y del pago de los derechos, certificado de origen, declaración de factura, visados, certificaciones, vistos buenos cuando procedan, papeleta de recepción y otros.

El artículo 78 de la Ordenanza de Aduanas resume la actividad del Agente de Aduana en la confección de las declaraciones, al siguiente tenor:

*“Será responsabilidad de los Despachadores de Aduana confeccionar las declaraciones con estricta sujeción a los documentos mencionados en el artículo precedente, debiendo requerir la presentación de estos a sus mandantes. Por lo tanto, el llenado de las declaraciones deberá corresponder al contenido de los documentos que le sirvan de base. Responderán también del cumplimiento de las exigencias de visación, control y, en general, de la observancia de la normas de comercio exterior que emanen del Servicio de Aduanas o de otros organismos que tengan participación en el control sobre el comercio exterior del país.*

*Si los documentos no permitieren efectuar una declaración segura y clara, esta deberá hacerse de acuerdo con el reconocimiento de las mercancías que los despachadores pueden efectuar.*

*Estos documentos deberán conservarse en poder del despachador por un plazo de cinco años, a disposición del Servicio de Aduanas. Cuando se trate de operaciones de pago diferido, el plazo se contará desde la amortización o vencimiento de la última cuota”.*

## **2. Servicios respecto de las exportaciones:**

En cuanto a los servicios tradicionales con Documento Único de Salida (DUS), el Agente de Aduana conoce de: a) La valoración; b) La clasificación de las mercancías; c) La tramitación aduanera vía electrónica; d) La coordinación de embarques con transportistas, compañías de transporte internacional y con embarcadores; e) Verificaciones físicas, certificaciones, inspecciones y sellos; f) Pago de servicios asociados, *gateout*, visto bueno del DUS en las compañías navieras; g) Confección de matrices de los conocimientos de embarque, también conocidos como *Bill of Lading* o B/L; h) Colaborar con la inspección del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) para la emisión de los certificados; i) Coordinar la inspección de preembarque de organismos certificadores como SGS, Cotecna y Bureau Veritas.

Por su parte, en cuanto a los servicios adicionales con valor agregado, el Agente de Aduana coopera con: a) La externalización de parte de las funciones del departamento de exportaciones de las empresas; b) Apoyo en la entrega de *software* especializado en manejo de exportaciones; c) La

integración tecnológica entre el exportador y la Agencia de Aduana; d) Confección y tramitación de certificados de origen, fitosanitarios, sanitarios y otros; e) Franquicias aduaneras y reintegros; f) Visados consulares; g) Mensajería asociada a los eventos de una exportación; h) Gestión bancaria, como análisis y negociación de cartas de crédito, control de retornos y otros; i) Asesorías en la contratación de fletes y seguros; j) Estudios arancelarios del país de destino; k) Regímenes aduaneros especiales, DAPEX, salidas temporales, devolución de derechos por procesos menores; l) Envío de documentos de embarque vía *Courier* o mensajero rápido, a los compradores extranjeros.

Es el Capítulo IV de la Resolución 1.300 el que analiza la salida de mercancías. Este proceso de salida puede definirse como el conjunto de actividades que permiten la salida legal del país, temporal o definitiva, de mercancías o servicios. Tratándose de servicios, su salida sólo podrá ampararse en una exportación.

La salida de mercancías del país deberá corresponder a una de las siguientes destinaciones aduaneras: i) Exportación; ii) Reexportación y iii) Salida temporal.

Por regla general, el procedimiento de salida de mercancías o servicios del país, deberá cumplir con las siguientes etapas:

- i) Presentación de las mercancías al Servicio: en esta etapa, el Agente de Aduana tiene el papel de presentar las mercancías al SNA a través del Documento Único de Salida (DUS) Aceptación a Trámite (AT), también conocido como DUS Primer Mensaje, el cual deberá ser emitido antes de solicitar el ingreso de las mercancías a zona primaria.
- ii) Ingreso de las mercancías a zona primaria y autorización de salida: con la aceptación a trámite del DUS, queda autorizado el ingreso de las mercancías a zona primaria y su embarque o salida al exterior.
- iii) Embarque o salida al exterior de las mercancías: el embarque o salida al exterior de las mercancías será informado por el Despachador de Aduana –Agente, Consignante o Consignatario–, en caso de tráfico marítimo y aéreo; constatado, además, por el Servicio de Aduanas en caso de tráfico terrestre.
- iv) Legalización: la legalización será solicitada a través de un segundo mensaje del DUS, una vez cumplidos todos los trámites legales y

reglamentarios que permiten la salida legal de las mercancías del país. Una vez autorizada por la Aduana, queda formalizada la destinación aduanera y el DUS-Legalización o segundo mensaje constituye la “Declaración de Aduana”.

v) Valor definitivo de la operación de exportación: en caso de operaciones de exportación cuya modalidad de venta sea distinta de “a firme”, se debe acreditar al Servicio Nacional de Aduanas el resultado definitivo de la operación de exportación, lo cual se realizará a través del “Informe de Variación del Valor del DUS” o IVV. Este IVV se usa mucho en las exportaciones de fruta y con el cobre. En este último caso es de común ocurrencia, ya que este mineral se transa en la Bolsa de valores de Londres, por lo que su valor dependerá de la época de transacción.

De esta forma, tanto en el ingreso como en la salida de mercancías participa el Agente de Aduana, pero hay que tener en cuenta que si el despacho corresponde a una destinación de ingreso inferior a mil dólares, no se requerirá de los servicios de dicho agente; mientras que si se trata de una destinación de salida y la mercancía tiene un valor inferior a dos mil dólares, tampoco se requerirá la participación del Agente de Aduana.

## **VII. Deberes del Agente de Aduana:**

En cuanto a los deberes de los Agentes de Aduana, el artículo 201 de la Ordenanza del ramo señala que: “Los despachadores, sin perjuicio de las demás obligaciones que les impongan las leyes y reglamentos, estarán sujetos a los siguientes deberes generales:

1. Llevar un registro circunstanciado de todos los despachos en que intervengan y formar con los instrumentos relativos a cada uno de ellos un legajo especial que mantendrán correlacionados con aquel registro. Dicho libro deberá estar foliado y ser timbrado por la Administración de Aduana;
2. Llevar contabilidad completa, consignando en sus libros los antecedentes que justifiquen sus asientos, conforme con las normas tributarias, aduaneras y comerciales que sean del caso;
3. Conservar durante el plazo de cinco años calendarios los documentos indicados en los números anteriores, sin perjuicio de los mayores plazos establecidos en otras leyes;

4. Mantener un registro al día de sus auxiliares, comunicando al Administrador de la Aduana que corresponda, respecto a los registrados ante ella, cualquier cambio que se produzca sobre el particular;
5. Informar al Administrador de la Aduana respectiva en el mes de marzo de cada año sobre la documentación pendiente al 31 de diciembre del año anterior;
6. Constituir y mantener vigentes las cauciones que fije la autoridad aduanera;
7. Velar por la conducta y desempeño de sus auxiliares, debiendo adoptar las medidas adecuadas que aseguren la permanente corrección de sus procedimientos y actuaciones, y
8. Los Agentes de Aduana, además, deberán cumplir las siguientes obligaciones:
  - a) Mantener su patente municipal al día;
  - b) Destinar a su objeto los fondos que le hayan provisto sus mandantes;
  - c) Respetar en el cobro de sus honorarios las normas que sobre el particular establezca el Director Nacional de Aduanas;
  - d) Facturar directamente al consignante y consignatario de las mercancías objeto de la destinación aduanera, los honorarios y gastos en que incurra. Las facturas y cartas avisos deberán extenderse conforme con los requisitos y especificaciones que se indiquen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209;
  - e) Ocuparse en forma diligente y personal de las actividades propias de su cargo, tanto ante el Servicio de Aduanas como en su oficina, la que deberá mantener abierta al público, informando a la autoridad aduanera de todo cambio que opere sobre el particular, y
  - f) Llevar la contabilidad de acuerdo con las normas que determine el Director Nacional, previo informe del Colegio de Agentes de Aduana y sin perjuicio de consulta a otros organismos que él estime conveniente<sup>4</sup>.

<sup>4</sup>Prado et al., op. cit., pp. 184 y 185.

### **VIII. Interrelación del Agente de Aduana con otros organismos:**

El Agente de Aduana, en el marco de sus actividades, se relaciona con variados organismos, como por ejemplo: el Servicio Nacional de Aduanas (SNA), en todas las tramitaciones de documentos relacionados a destinaciones aduaneras, que dependen de la autorización de este Servicio; con el Servicio de Impuestos Internos (SII), en lo referente al cumplimiento, por parte de sus clientes, del pago de los tributos aduaneros; con la Tesorería General de la República, al momento de enterar al Fisco los mencionados tributos aduaneros; con el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), en el trabajo en conjunto de la fiscalización de especies animales y vegetales; también con los Seremis de Salud e ISP, en la inspección de los productos relacionados a la salud; con los Bancos Comerciales, para conseguir recursos y hacer pagos de sus clientes; con las Compañías de Seguros, para las mercancías que lo requieran; y, por supuesto, con las Compañías de Transporte, para que trasladen todos los productos a su lugar de destino.

### **IX. Naturaleza jurídica del Agente de Aduana:**

En lo relativo a la naturaleza jurídica del Agente de Aduana, hemos querido analizarlo desde una doble óptica: i) Desde el derecho sustantivo; y ii) Desde el derecho adjetivo.

#### **i) Análisis desde el derecho sustantivo:**

Desde esta óptica, el Agente de Aduana es un mandatario, que debe atenerse a todo lo preceptuado en los artículos 2116 y siguientes del Código Civil, donde se señala que el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Este artículo del Derecho común debe coordinarse con el artículo 195 de la Ordenanza de Aduanas, que establece que la licencia del Agente de Aduana lo habilita ante la Aduana para prestar servicios a terceros como gestor del despacho de mercancías.

Por tanto, la función específica del Agente de Aduana es actuar como mandatario de terceros ante el Servicio de Aduana y demás servicios y organismos que intervienen en el comercio exterior. Se le aplican, entonces, en subsidio a las normas de la Ordenanza de Aduanas, todas las normas del contrato de mandato señaladas en el Código Civil.

ii) Análisis desde el derecho adjetivo:

En sus orígenes, la actividad del Agente de Aduana concurría con el trabajo del almacenista, a quien auxiliaba en sus labores de almacenaje. Podemos decir, por tanto, que el Agente de Aduana es también un auxiliar de la función pública aduanera. Esto porque visto desde el punto de vista adjetivo, y particularmente, desde lo procesal orgánico, el Agente de Aduana se acerca a lo que en Chile se conoce como un Auxiliar de la Administración de Justicia; específicamente, se parece a aquel auxiliar conocido como **Receptor Judicial**, que es definido en el artículo 390 del Código Orgánico de Tribunales como un ministro de fe pública encargado de hacer saber a las partes, fuera de las oficinas de los secretarios, los decretos y resoluciones de los Tribunales de Justicia, y de evacuar todas aquellas diligencias que los mismos tribunales les cometieren. Se parecen, entonces, el Agente de Aduana con el Receptor Judicial, en que ambos son ministros de fe pública encargados de cumplir un cometido determinado. Esta similitud le ha conferido un carácter ambiguo a la actividad del Agente de Aduana, ya que este depende disciplinariamente de la Administración de Justicia, aunque les remunera su respectivo cliente. Con todo, hay que señalar, fehacientemente, que el Agente de Aduana no participa directamente de la Administración de Justicia y no es un órgano jurisdiccional, mas sí puede participar en los distintos procedimientos que la Nueva Justicia Tributaria y Aduanera contempla.

En el Derecho Comparado, también ha tenido reconocimiento como auxiliar; así, el Título II de la Sección I del Código Aduanero de la República Argentina, lleva por nombre “Auxiliares del Comercio y del Servicio Aduanero”, regulando en su capítulo I a los Despachantes de Aduana, específicamente en el artículo 36, al siguiente tenor:

*“Son despachantes de aduana las personas de existencia visible que, en las condiciones previstas en este Código, realizan en nombre de otros ante el servicio aduanero trámites y diligencias relativos a la importación, la exportación y demás operaciones aduaneras. Los despachantes de aduana son agentes auxiliares del comercio exterior y del servicio aduanero”.*

En términos más técnicos podemos decir, finalmente, a manera de corolario de este párrafo, que el Agente de Aduana es un profesional de la función pública aduanera, cuya licencia lo habilita ante la Aduana para prestar servicios a terceros como gestor en el despacho de mercancías, efectuando todas las gestiones, trámites y demás operaciones ante la Aduana en

relación con las destinaciones aduaneras. Estas últimas son definidas, en el artículo 71 de la Ordenanza de Aduanas, como *“la manifestación de voluntad del dueño, consignante o consignatario que indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que ingresan o salen del territorio nacional”*.

## **X. Principios que debe observar el Agente de Aduana:**

Este operador aduanero está regido por varios principios que informan su actividad, por ejemplo: el principio de independencia, el principio de buena fe y el principio de incompatibilidad.

### **1. Principio de independencia del Agente de Aduana:**

Así como los jueces deben ejercer su ministerio conforme a la base Orgánica del Ejercicio de la Jurisdicción conocida como la Independencia, así también el Agente de Aduana, desde su óptica peculiar, también debe un comportamiento independiente, acorde a lo ordenado en la Ordenanza de Aduanas, que los define como *“un profesional auxiliar de la función pública aduanera”*. Por tanto, el Agente de Aduana debe *“colaborar”* guardando la más absoluta independencia en su actuar.

Este principio queda confirmado cuando se analiza la posibilidad que tiene el Agente de Aduana de asociarse con otros agentes, para explotar los servicios inherentes al despacho de mercancías, pero sin que la compañía pueda actuar como Agente de Aduana, ya que su actuar debe respetar el principio de independencia. Al respecto, el artículo 198 de la Ordenanza de Aduanas indica que: *“El Director Nacional, por resolución fundada, podrá ordenar la disolución de algunas de estas sociedades, si motivos de conveniencia pública así lo aconsejaren. En particular será causal para ordenar la disolución de la sociedad el hecho de que las actividades que ejecuten los socios o sus vínculos jurídicos con personas naturales o jurídicas atenten en contra de la **independencia** del Agente de Aduana en el ejercicio de sus funciones”*. Agrega este artículo que *“se entenderá que no resguarda la **independencia** del Agente de Aduana la sociedad que este pretenda constituir o la convención que este intente celebrar con empresas transportadoras internacionales de mercancías, con otros sujetos del comercio marítimo, aéreo o terrestre, con instituciones bancarias o financieras, con encargados de recintos de depósitos aduaneros, o con otras personas o empresas semejantes, si dicha sociedad o convención implica una intermediación de parte de dichas personas entre el Agente de Aduana y su comitente”*.

## 2. Principio de buena fe del Agente de Aduana:

La buena fe es un principio que informa todo el ordenamiento jurídico, especialmente el Civil, donde la buena fe puede definirse, amplísimamente, como “la rectitud de conciencia y en el actuar”, existiendo, por tanto, una buena fe subjetiva y otra objetiva. Esto, llevado a la actividad de operador que ejerce el Agente de Aduana, puede llevarnos a desprender que: “en la legislación chilena, es depositario de la confianza pública, en el rol fiscalizador del comercio internacional; (...) el principio de buena fe, permite el cumplimiento de la acción fiscalizadora del Servicio de Aduanas, en términos compatibles con la expedición que demanda el comercio internacional”<sup>5</sup>.

Este mismo principio también nos permite señalar que el Agente de Aduana también oficia de Ministro de Fe, “en cuanto a que la Aduana podrá tener por cierto que los datos que registren en las declaraciones que formulen en los documentos de despacho pertinentes, incluso si se trata de una liquidación de gravámenes aduaneros, guardan conformidad con los antecedentes que legalmente le deben servir de base”<sup>6</sup>.

Con todo, este ministerio de fe de que goza el Agente de Aduana está bien delimitado. Su importancia radica en que, en virtud de él, se tendrá por cierto lo que el Agente declara; es decir, la Aduana *a priori* cree en todas las gestiones del Agente, pero se reserva el derecho de comprobar todo lo que ha hecho, fiscalizándolo *a posteriori*.

## 3. Principio de incompatibilidad del Agente de Aduana:

El Agente de Aduana, en el desempeño de su encargo, debe respetar lo establecido en el artículo 207 de la Ordenanza de Aduanas, que se refiere a la incompatibilidad para ser agente por tener parentesco con el Director Nacional, o Regional, o Administradores y Sub-Administradores.

Esta incompatibilidad se torna absoluta, en el inciso 3 del mismo artículo 207 de la Ordenanza de Aduanas, que señala. “*El cargo de agente será incompatible con la calidad de consignante y consignatario de naves o de sus agentes y apoderados, salvo los casos en que el Director Nacional, por razones fundadas lo autorice expresamente. Será asimismo, incompatible con la calidad de trabajador*”

<sup>5</sup>Prado et al., op. cit., p. 166.

<sup>6</sup>Prado et al., op. cit., p. 165.

*contratado por personas naturales o jurídicas, que directa o indirectamente, efectúen o se vinculen con operaciones de comercio exterior”.*

### **XI. Responsabilidad del Agente de Aduana:**

El Agente de Aduana es responsable tanto penal como civilmente y también administrativamente.

Penalmente, en cuanto a los delitos comunes que pueda cometer, y también en cuanto a los delitos funcionarios que cometa en aquellos casos en que se presumen funcionarios públicos, como lo indica el artículo 203 de la Ordenanza de Aduanas.

En cuanto a la responsabilidad civil y administrativa, esta materia está regulada específicamente en el artículo 200 de la Ordenanza de Aduana, que indica: “Los Agentes de Aduana son civil y administrativamente responsables por toda acción dolosa o culposa que lesione o pueda lesionar los intereses del Fisco o que fuere contraria al mejor servicio del Estado o al que deben prestar a sus comitentes.

Responden, asimismo, personalmente de dichas acciones u omisiones cuando ellas fueren imputables a sus socios, apoderados o auxiliares, sin perjuicio de la responsabilidad de estos y del derecho a repetir en los términos señalados en el inciso 3º del artículo 194”<sup>7</sup>.

### **XII. Infracciones que puede cometer el Agente de Aduana y su sanción:**

Tanto los despachadores, como los apoderados especiales y los auxiliares registrados ante la Aduana, quedan sujetos a la jurisdicción disciplinaria del Director Nacional de Aduanas. Se sanciona el incumplimiento de las obligaciones inherente a sus cargos, sin perjuicio de su responsabilidad tributaria, civil o penal.

En cuanto a la sanción que pueden tener las infracciones cometidas por los Agentes de Aduana, podemos señalar que el Director Nacional de Aduanas, en el ejercicio de su jurisdicción disciplinaria, de oficio o a petición de parte interesada, podrá aplicar medidas como: a) Amonestación verbal; b) Amonestación escrita, dejando constancia en el respectivo registro; c) Multa, con un máximo de 25 unidades tributarias mensuales; d) Suspensión

<sup>7</sup>Prado et al., op. cit., p. 184.

del ejercicio de la función; y e) Cancelación de la licencia, nombramiento o permiso.

Las más graves sanciones son, por cierto, la suspensión del ejercicio de la función y la cancelación de la licencia, nombramiento o permiso. Así, el artículo 202, inciso 4, de la Ordenanza de Aduanas, indica que se considerarán motivos para aplicar una medida de suspensión o de cancelación, según sea la gravedad de los hechos en que consiste la infracción, los siguientes:

- “1. La negligencia o incompetencia profesional reiteradas;*
- 2. La realización de actos de cualquiera naturaleza destinados a burlar los efectos de las disposiciones cuyo cumplimiento y fiscalización corresponde al Servicio de Aduanas;*
- 3. El notable abandono de sus funciones y la delegación ilegal, en forma completa o parcial, de sus atribuciones;*
- 4. La conducta negligente para cautelar los intereses públicos, especialmente en lo que se refiere a los resguardos que debe tomar para procurar el pago oportuno por parte de sus mandantes de los gravámenes aduaneros;*
- 5. El retardo culpable en los pagos que deba efectuar a la Aduana cuando haya sido provisto de fondos por su mandante;*
- 6. El comportamiento incorrecto en sus relaciones con la Aduana o con sus mandantes;*
- 7. La comisión de cualquiera falta, si ha sido sancionado en los últimos tres años con más de dos medidas disciplinarias, habiendo sido una de ellas la de multa o suspensión;*
- 8. Y en general, el incumplimiento de sus deberes. El Director apreciará en conciencia la gravedad de los hechos que constituyan la infracción al cumplimiento de dichos deberes y deberá imponer la sanción por resolución”<sup>8</sup>.*

### **XIII. Causales de cancelación de la licencia de Agente de Aduana aplicables en todo caso:**

Al respecto, serán siempre causales de cancelación de la licencia, nombramiento o permiso, según el artículo 202 de la Ordenanza de Aduanas:

<sup>8</sup>Prado et al., op. cit., p. 188.

- a) La condena por sentencia firme en los delitos de cohecho, fraude al Fisco, falsificación documentaria o cualquier otro cometido con ocasión de sus funciones, como asimismo la condena por los delitos de contrabando o fraude aduanero.
- b) Haber sido objeto de medidas disciplinarias de suspensión por más de dos veces durante los últimos cinco años, siempre que la nueva infracción fuera grave.
- c) El hecho de constituir una sociedad o de celebrar una convención con empresas transportadoras internacionales de mercancías, con otros sujetos del comercio marítimo, aéreo o terrestre, con instituciones bancarias o financieras, con encargados de recinto de depósito aduanero o con otras personas o empresas semejantes, si dicha actividad o convención implica una intermediación de parte de dicha persona entre el Agente y su comitente.
- d) Cuando el Director Nacional de Aduanas lo estime conveniente para el interés general y así lo disponga por resolución fundada.

#### **XIV. Procedimientos de los Tribunales Tributarios y Aduaneros donde podría participar un Agente de Aduana:**

La ley 20.322, de 27 de enero del 2009, tuvo por objeto fortalecer y perfeccionar la jurisdicción tributaria y aduanera chilena, creando en esta área una judicatura nunca antes vista en la historia nacional, en virtud de la cual se otorgó a las partes que participaran de un conflicto tributario y aduanero la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional independiente, imparcial, igualitario y especializado, distinto a los llamados tribunales que dependían del servicio de Impuestos Internos y del Servicio Nacional de Aduanas.

Durante la discusión y votación general del proyecto de la mencionada ley 20.322, en el Primer Informe de la Comisión de Hacienda, *“El señor Waldemar Adelsdorfer, en representación de la Asociación de Agentes de Aduanas, sostuvo que en el sector aduanero no existe equidad ni justicia, por cuanto el Director del Servicio Nacional de Aduanas es quien interpreta la ley e instruye a los funcionarios al respecto; lo que se suma a que dicho Servicio es juez en primera instancia y su Director falla en la segunda instancia.*

*Manifestó su extrañeza respecto a que el Ejecutivo no haya incorporado a los tribunales aduaneros en el proyecto de ley en estudio, ya que este se comprometió a*

*presentar una iniciativa sobre la justicia tributaria y aduanera en la exposición de motivos del Mensaje sobre el proyecto de evasión tributaria.*

*Afirmó que el Director del Servicio Nacional de Aduanas coincide con la Asociación que representa respecto a la necesidad de reformar el sistema de justicia del sector; sin embargo, aquel estima que sólo la segunda instancia debiera quedar radicada en la Justicia Ordinaria, esto es, en las Cortes de Apelaciones, en cambio, esta propone que ambas instancias estén radicadas en los tribunales de justicia”<sup>9</sup>.*

Así, el interés de los operadores aduaneros por participar activamente en esta nueva judicatura, junto a la necesidad de mejorar el estatus de Chile conforme a los estándares que exige la OCDE, hicieron que los conflictos aduaneros fueran considerados junto a los tributarios en un solo órgano jurisdiccional. Con esto, el Agente de Aduana podría tener una participación activa en los Tribunales Tributarios y Aduaneros en los siguientes casos: i) En el procedimiento general de reclamación; ii) En el procedimiento especial para el reclamo de sanciones disciplinarias; y iii) En la situación especial del artículo 199 de la Ordenanza de Aduanas.

### **1. Procedimiento general de reclamación:**

Este procedimiento general de reclamación podrá aplicarse dentro de noventa días desde la notificación del acto realizado por el Servicio de Impuestos Internos o el Servicio Nacional de Aduanas, siempre que la parte reclamante invoque un interés actual comprometido. Toda persona podrá reclamar de las actuaciones a que se refiere el artículo 117 de la Ordenanza de Aduanas, entre las que se encuentran liquidaciones, cargos, clasificación y/o valoración aduanera de las declaraciones de exportación, y actuaciones que sirvan de base para la fijación del monto o determinación de diferencias de derechos, impuestos, tasas o gravámenes; todas estas, materias que son conocidas y asesoradas por el Agente de Aduana. Con todo, lo que realmente permite que un Agente de Aduana participe en este procedimiento general de reclamación es que, tal como lo indica el artículo 122 de la Ordenanza de Aduanas: “Las partes deberán comparecer en conformidad a las normas establecidas en la ley 18.120, salvo que se trate de causas de cuantía inferior a treinta y dos unidades tributarias mensuales, en cuyo caso podrán comparecer sin patrocinio de abogado”. En

<sup>9</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de la República de Chile. *Historia fidedigna de la Ley 20.322*, página 47 de 1097.

esta hipótesis, es precisamente donde un Agente de Aduana puede actuar en este procedimiento de reclamación, cuando en una causa de cuantía inferior a 32 UTM, comparezca a tribunales representando a un cliente, tal como lo podría hacer un contador en una causa tributaria a nombre de su mandante. Y es natural que así sea, ya que es precisamente el Agente de Aduana el que cuenta con los conocimientos necesarios respecto de la gestión aduanera relacionada con la reclamación. Sobre esa cantidad de 32 UTM, las partes siempre deberán contar con patrocinio de abogado y el Agente de Aduana sólo podrá participar como testigo, perito o absolviendo posiciones si fuera procedente.

Presentado el reclamo y cumplidas las condiciones y requisitos de admisibilidad, se dará traslado al Servicio Nacional de Aduanas –o al SII– por el término de veinte días. Evacuado el traslado por el Servicio respectivo y si el Tribunal Tributario y Aduanero estima que hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, recibirá la causa a prueba y se abrirá un término probatorio de otros veinte días. Cumplido este término, la causa deberá fallarse en un plazo de sesenta días, sentencia que es apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de quince días desde su notificación.

## **2. Procedimiento especial para el reclamo de sanciones disciplinarias:**

Tal como lo señalan los dos últimos incisos del artículo 202 de la Ordenanza de Aduanas, en coordinación con el artículo 186 bis del mismo cuerpo legal, es reclamable ante el Tribunal Tributario y Aduanero correspondiente, la decisión del Director Nacional de Aduanas que sanciona disciplinariamente, con suspensión en el ejercicio del cargo o cancelación de la licencia, nombramiento o permiso, a **despachadores**, apoderados o auxiliares. Las sanciones disciplinarias señaladas las puede efectuar el Director Nacional por petición expresa del beneficiario, o bien, como sanción aplicada en el ejercicio de su autoridad disciplinaria.

El plazo para interponer el reclamo por sanción disciplinaria con suspensión en el ejercicio del cargo o cancelación de la licencia, nombramiento o permiso, a un despachador, apoderado o auxiliar, es de diez días contados desde la notificación de la resolución respectiva.

El Tribunal Tributario y Aduanero dará traslado al Servicio Nacional de Aduanas por diez días con el fin de que conteste por escrito el reclamo, siendo notificado de ello a través del estado diario electrónico.

Vencido el plazo de diez días, haya o no contestado Aduanas y existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se abre un término probatorio de ocho días, en que las partes deberán rendir todas sus pruebas. La resolución del Juez del Tribunal Tributario y Aduanero que recibe la causa a prueba es notificada al operador reclamante mediante carta certificada, y a Aduanas a través de su publicación en el portal web del Tribunal Tributario y Aduanero.

Notificada la resolución que recibe la causa a prueba, y dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación, las partes podrán interponer recursos de reposición o de apelación en contra de la resolución adoptada por el Juez del Tribunal Tributario y Aduanero. En caso de que sea interpuesto un recurso de apelación, este se tramitará en cuenta y de manera preferente, pero el recurrente deberá presentar dicho recurso siempre en subsidio de la reposición, procediendo en el solo efecto devolutivo.

En contra de la sentencia dictada por el Tribunal Tributario y Aduanero no procederá interponer recurso alguno.

Queda de manifiesto, entonces, que sólo las sanciones de suspensión y cancelación se ventilan ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros; otras, como las de multa, no se tramitan en ellos.

### **3. Situación especial del artículo 199 de la Ordenanza de Aduanas:**

Cuando un Agente de Aduana pague una o más multas por infracciones que no corresponde sean soportadas por él, puede ejercer su derecho a reembolso según el procedimiento ejecutivo contemplado en el Libro III del Código de Procedimiento Civil. Pero para que un Agente de Aduana pueda accionar en este procedimiento ejecutivo, antes el TTA correspondiente debe haber resuelto si el pago de la(s) multa(s) por infracción objetadas, debían o no ser soportadas por el Agente de Aduana. Para ello, el TTA escuchará a las partes y resolverá sin forma de juicio.

Cabe precisar que los Agentes de Aduana deben responder por sus mandantes en el pago de los gravámenes que le correspondan al Servicio Nacional de Aduanas, y por la consiguiente poseen acción subrogatoria que se genera para repetir en contra de su mandante con los intereses correspondientes.

## **XV. Extensión del mandato conferido al Agente de Aduana:**

Este ha sido un tema que ha generado controversias y decisiones dubitativas en los operadores aduaneros. ¿Qué quiso decir el legislador, en el inciso 3 del artículo 197 de la Ordenanza de Aduanas, al indicar que el mandato para despachar incluye formular peticiones y reclamaciones, como también realizar todos los actos o trámites relacionados directamente con el despacho mismo? ¿Incluye esta facultad la posibilidad de hacer presentaciones en sede jurisdiccional?

Recordemos que el artículo 122 de la Ordenanza de Aduanas, al referirse a las materias tratadas en el Título VI del Libro II, señala que:

*“En las reclamaciones a que se refiere el presente Título, sólo podrán actuar las partes por sí o por medio de sus representantes legales o mandatarios.*

*Las partes deberán comparecer en conformidad a las normas establecidas en la Ley N°18.120, salvo que se trate de causas de cuantía inferior a treinta y dos unidades tributarias mensuales, en cuyo caso podrán comparecer sin patrocinio de abogado”.*

Dicho lo anterior, enfocaremos este análisis desde dos puntos de vista: i) Respecto de las causas cuya cuantía es superior a 32 UTM; y ii) Respecto de las causas cuya cuantía es inferior a 32 UTM.

i) En las causas cuya cuantía es superior a 32 UTM, el asunto de que si el mandato del Agente de Aduana alcanza para ocurrir a sede jurisdiccional está prácticamente resuelto, en el sentido de no considerar suficiente dicho contrato para que el operador aduanero concorra a tribunales prescindiendo de un abogado, debiendo además dicho Agente, exhibir el título que acredite su representación, como lo ordena el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, de la lectura del artículo 197 de la Ordenanza de Aduanas surge un concepto **amplio** de “despacho”, que se entendería como “todos los actos o trámites relacionados directamente con el despacho mismo”; por tanto, se trataría de actos inherentes al retiro de mercancías de la potestad aduanera, y no vinculados a posibles actuaciones ante tribunales de justicia. Por otra parte, dentro de la doctrina nacional, Carmona Flores opina “(...) que la investidura del Agente de Aduana está orientada a proteger el interés fiscal y a facilitar la acción y fiscalización de Aduanas, y no el interés particular”<sup>10</sup>. Agrega dicho autor, “(...) que todos

<sup>10</sup>Carmona Flores, Renato (1983). *Ordenanza de Aduanas*. Valparaíso: La Ciudad, pp. 548-549.

los actos que faculta el artículo 191 y 197 de la Ordenanza de Aduanas al Agente de Aduana, se refieren a gestiones destinadas a relacionarse con la Aduana en cualquier procedimiento de tramitación aduanera, fiscalización y control de una operación de comercio exterior en que haya intervenido el citado despachador, como también ante la misma autoridad administrativa respecto de aquellos actos ‘posteriores’ a la consumación de la importación”<sup>11</sup>. Por tanto, estas actuaciones y facultades, de ninguna manera incluyen la de relacionarse con otros órganos, como los Tribunales de Justicia, sean estos ordinarios, especiales o arbitrales, y en la especie, Tribunales Especiales que no forman parte del Poder Judicial, como los Tribunales Tributarios y Aduaneros. Así, el Agente de Aduana, si quiere comparecer a los Tribunales Tributarios y Aduaneros, debe cumplir con las normas generales de representación judicial establecidas en el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil y en los artículos 1 y 2 de la Ley 18.120, sobre Comparecencia en Juicio. Así se ha fallado, por lo demás, en las causas RUC 12-9-0000399-2<sup>12</sup>; 11-9-0000008-3<sup>13</sup>; 10-9-0000058-3<sup>14</sup> y 10-9-0000033-8<sup>15</sup>, todas del Tribunal Tributario y Aduanero de la Región de Tarapacá.

ii) Por su parte, en las causas cuya cuantía es inferior a 32 UTM, aunque la opinión mayoritaria se inclina por exigir al Agente de Aduana que exhiba el título que acredite su representación, como lo establece el inciso 1 del artículo 6 del Código de Procedimiento Civil, nos parece que en virtud del carácter garantista que han tenido todas las reformas a los procedimientos nacionales, donde toda la nueva litigación se orienta a proteger los derechos y garantías de las partes, sería un tanto contradictorio que el Agente de Aduana no pudiera acceder a los Tribunales de Justicia con el solo mandato emanado del artículo 197 de la Ordenanza de Aduanas. ¿Qué sentido tendría, entonces, hacer una distinción entre causas de más y menos de 32 UTM en sede Tributario Aduanera? ¿Qué sentido tendría en este caso el haberle dado la posibilidad al Agente de Aduana para que comparezca sin la presencia de un abogado? Con todo, además del argumento enfocado en la protección de las garantías constitucionales que abarca a toda la nueva litigación y en particular a la litigación tributario-aduanera, existe

<sup>11</sup> Carmona Flores, op. cit., pp. 565-566.

<sup>12</sup> TTA Región de Tarapacá, RUC 12-9-0000399-2, 9 de octubre del 2012.

<sup>13</sup> TTA Región de Tarapacá, RUC 11-9-0000008-3, 8 de febrero del 2011.

<sup>14</sup> TTA Región de Tarapacá, RUC 10-9-0000058-3, 22 de marzo del 2010.

<sup>15</sup> TTA Región de Tarapacá, RUC 10-9-0000033-8, 24 de marzo del 2010.

también un argumento normativo: el mandato del Agente de Aduana emana del endoso del conocimiento de embarque indicado en el artículo 197 de la Ordenanza de Aduana; dicho conocimiento de embarque **es un título de crédito** al tenor de lo señalado en la parte final del artículo 977 del Código de Comercio. Esto se suma a la opinión de la doctrina mercantil que define los títulos de crédito como “el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en él se menciona, contra el respectivo deudor, a la fecha de su vencimiento”, clasificándolos según su objeto en i) representativos de dinero y ii) en representativos de mercaderías, que es precisamente donde se encuentran los conocimientos de embarque, *Bill of Lading* o, simplemente, B/L. A mayor abundamiento, la propia Dirección Nacional de Aduanas ha señalado en Oficio Ordinario 13887 de 28 de septiembre del 2012, que “Cabe tener presente que, el conocimiento de embarque, además de describir las mercancías, es un título de crédito representativo de las mismas, es decir, un documento negociable que facilita la realización de diversos actos jurídicos relativos a las mercancías porteadas. En definitiva, es un título de crédito negociable que circula mediante endoso”. Por tanto, siendo el conocimiento de embarque un título de crédito, su endoso cabría dentro aquella forma especial de constituir el mandato judicial indicado en el artículo 29 de la Ley 18.092, el llamado “endoso en comisión de cobranza”, que por extensión no sólo se aplica a las letras de cambio y de pagaré, sino que también a los demás títulos de crédito. Esto nos permitiría concluir que el Agente de Aduana, en un procedimiento ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros inferior a 32 UTM, sí podría comparecer con el mero conocimiento de embarque endosado, porque tendría título suficiente. Exigirle que exhibiera otro título que acredite su representación, importaría que la garantía que se le concede de no concurrir con abogado pierda su eficacia.

#### **XVI. Conclusión:**

El Agente de Aduana es un verdadero “operador del comercio internacional”. Su labor es importante, ya que colabora en todos los procesos y trámites del comercio exterior, realizándolos con exclusividad.

En varias partes del mundo existe un operador de este tipo, pero no todas las naciones de nuestro planeta obligan a la utilización de los servicios de estos agentes. En el sistema anglosajón se les llama *Customs Broker*, en México es conocido como *Agente Aduanal*, en Argentina se habla de *Despachante de*

*Aduana*, en Brasil *Despachante Aduaneiro*, en Italia *Spedizioniere Doganale*; y en Chile, siguiendo la tradición española, se conoce como *Agente de Aduana*.

Aunque se le otorga una amplia libertad de acción, el Agente de Aduana siempre debe regirse por la Ordenanza del ramo y requerir la autorización del Servicio Nacional de Aduanas –que funciona como organismo fiscalizador y de control–, lo que le permite al Agente aduanero despachar mercancías por cuenta de terceros.

El Agente de Aduana hace de la actividad del despacho aduanero su ocupación habitual, se prepara para ello, crea una empresa de servicios, tiene una oficina destinada a esta actividad junto a una infraestructura física y técnica importante, además de profesionales y auxiliares especializados en la materia.

Dentro de todos los agentes que intervienen en el Derecho Mercantil, quizás sea el Agente de Aduana el que más dinamismo debe imprimir a su labor, y el más susceptible a las innovaciones del mundo moderno, ya que en su actividad se ve obligado a incorporar los avances tecnológicos en cada uno de sus servicios. Podemos decir, entonces, que en la historia de los gestores del comercio exterior, se ha pasado de los antiguos Vistas de Aduana al moderno Operador Aduanero Computacional, especialista en comercio exterior, quien recibe en forma correcta todas las inquietudes de los usuarios, las tramita dentro del marco de la ley, asesora a sus clientes con responsabilidad y, en definitiva, colabora para que todo el sistema del comercio internacional en que interviene nuestro país, funcione correctamente.

#### **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

Biblioteca del Congreso Nacional de la República de Chile. *Historia fidedigna de la ley 20.322*. En la página web del Congreso Nacional, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

Carmona Flores, Renato (1983). *Ordenanza de Aduanas*. Valparaíso: La Ciudad.

*Código de Comercio*. Santiago: AbeledoPerrot-Legal Publishing, 2012.

*Diccionario Latino-Español*. Barcelona: Vox, 2008.

Encina, Francisco (1964). *Resumen de la Historia de Chile*. Tomos I – III. Santiago de Chile: Zig-Zag.

Gottifredi, Marcelo Antonio (2007). *Código Aduanero Comentado*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.

Gutiérrez Carrasco, Octavio (1971). *Nociones de Derecho Aduanero Chileno*. Revista de Derecho Económico, año 9, N°35-36, Santiago de Chile.

Prado Casas, Benjamín et al. (2010). *Ordenanza de Aduanas*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot-Legal Publishing.

Real Academia de la Lengua Española (2012). *Diccionario de la Lengua*. XXII Edición. Madrid.

Rodríguez, Luis et al. (2010). *Delitos Aduaneros*. Santiago de Chile: Jurídica.

Servicio Nacional de Aduanas. *Oficio Ordinario* 13887, del 28 de septiembre del 2012.

#### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

TTA Región de Tarapacá, RUC 12-9-0000399-2, 9 de octubre del 2012.

TTA Región de Tarapacá, RUC 11-9-0000008-3, 8 de febrero del 2011.

TTA Región de Tarapacá, RUC 10-9-0000058-3, 22 de marzo del 2010.

TTA Región de Tarapacá, RUC 10-9-0000033-8, 24 de marzo del 2010.



## ENTRENAMIENTOS DE ADUANAS, CONTEXTO JURÍDICO E IMPORTANCIA EN LA LUCHA CONTRA LOS PRODUCTOS FALSIFICADOS

### CUSTOMS TRAINING, LEGAL CONTEXT AND ITS IMPORTANCE IN THE FIGHT AGAINST FORGED PRODUCTS

SEBASTIÁN DOREN VILLASECA<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analiza el rol de la Aduana en materia de enfrentamiento al comercio de productos falsificados.

**Palabras clave:** Falsificación. Normativa legal. Medidas en frontera.

**Summary:** In this article the role of Customs is analyzed in relation to the confrontation of commerce to forged products.

**Key words:** Forged. Legal rules. Frontier measures.

<sup>1</sup> Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales, Universidad de Barcelona. Alumno del Programa de Doctorado de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra. Diplomado en Derecho Penal Económico y en Reforma Procesal Penal, Universidad Alberto Hurtado. Profesor del Diplomado en Derecho Aduanero, Universidad Finis Terrae. Abogado asociado en Baker & McKenzie.

*“Providing such training means that customs officers will have the relevant goods in mind when examining consignments and also emphasizes how serious the trademark owner is in tackling counterfeiting”<sup>2</sup>.*

## I. UNA ANÉCDOTA

Quisiera partir este breve artículo compartiendo con ustedes una experiencia. Este inicio, un tanto extenso para este breve trabajo, ya evidencia que el presente artículo es más bien una reflexión de corte práctico, antes que uno de profunda dogmática.

Hace algunos años, cuando la reforma procesal penal se había implementado, hacía no mucho, en una importante ciudad-puerto de nuestro país, un otrora jefe, en el estudio jurídico en que me desempeñaba, fue notificado por la Aduana de ese puerto de la resolución de suspensión de despacho<sup>3</sup> de un importante cargamento de mercadería que, en la apreciación de Aduanas, infringía marcas de nuestro cliente, una reconocida empresa electrónica oriental.

No seremos tan crípticos al punto de omitir que la mercadería en cuestión correspondía a cientos de miles de CD-R vírgenes grabables, en tan grande cantidad, que llenaba en su totalidad un *container* de veinte pies.

Dada mi experiencia en derecho penal, mi jefe me solicitó que lo asistiera en esta nueva causa. Raudos nos trasladamos al puerto en cuestión a analizar la mercadería<sup>4</sup> y enviamos fotografías, en un primer momento, a nuestra

<sup>2</sup> “Proveer dichos entrenamientos significa que el personal de aduanas va a tener los productos relevantes en su mente cuando examine las importaciones y también enfatiza cuán serio es el titular de la marca en combatir las falsificaciones”, nuestra traducción, Heath, Guy; Parrish, David, “Anti-counterfeiting 2008 – A Global Guide. United Kingdom” (en línea), 2008, (1 de mayo del 2013). Disponible en la Web: <http://www.worldtrademarkreview.com/issues/article.ashx?g=46ccf9bc-bd77-4f6c-9f96-co23850560c1>. “Counterfeiting” bien puede traducirse al castellano como falsificaciones.

<sup>3</sup> Este artículo supone un conocimiento mínimo sobre el procedimiento de la Ley 19.912 por parte del lector.

<sup>4</sup> Facultad de inspección a la que la Resolución 5.026, normativa a la que luego aludiremos, autoriza expresamente: “4.1. El titular del derecho infringido y el importador podrán inspeccionar la mercancía retenida por la Aduana, a su costa. Para estos efectos, deberán presentar una solicitud escrita dirigida al Director Regional o Administrador de Aduana, respectivo, el que deberá designar a uno o más funcionarios para que supervisen esta operación, debiéndose levantar acta de lo obrado, con

empresa mandante en el extranjero, para que analizara los productos y se pronunciara con respecto a si, en definitiva, se trataba o no de mercadería falsificada.

A las pocas horas nuestro cliente nos informó que había analizado con detenimiento los antecedentes que le habíamos enviado y que había llegado a la conclusión de que, si bien se trataba de falsificaciones de una extraordinaria calidad, en virtud de ciertas diferencias que en todo caso se podían constatar con productos genuinos, se trataba, sin duda, de bienes falsificados.

Desde luego, confirmada la falsificación, se nos instruyó para que accionásemos criminalmente, a fin de transformar la detención por Aduanas en una incautación judicial y, en definitiva, obtener la destrucción de la mercadería falsificada, con el propósito de impedir que esos productos ilícitos llegasen al comercio, defraudando a los consumidores que los adquirirían en la creencia de que se trataba de mercadería genuina y para evitar la dilución de la reconocida marca de nuestra representada.

Así hicimos, y con algún esfuerzo, luego de interponer la denuncia logramos con la ayuda de la Fiscalía Local de esa ciudad-puerto, tornar la detención aduanera en incautación judicial y nos preparamos, con esa inicial tranquilidad, de haber asegurado la mercadería, para encarar la ulterior investigación y proceso penal.

Aconteció que la tranquilidad inicial duró menos que poco, toda vez que el importador no estaba dispuesto a perder cientos de miles de CD-R que pensaba comercializar, ni las decenas de miles de dólares que había pagado en su adquisición.

Así, apenas se obtuvo la incautación judicial de la mercadería, el importador, por medio de su defensa técnica, encargada a un joven y avezado abogado, perteneciente a un reconocido estudio jurídico de la capital, solicitó audiencia ante el Juzgado de Garantía competente, para la discusión del levantamiento de la incautación judicial.

Nosotros, que teníamos certeza científica de que la mercadería era falsificada, derivada del prolijo análisis de nuestro cliente, tuvimos que

---

*indicación de la cantidad de muestras de las mercancías extraídas para los fines de los peritajes que procedan u otros. En todo caso, la Aduana respectiva, siempre podrá tomar una muestra representativa de la mercancía, para su examen o para ponerla a disposición del tribunal competente”.*

prepararnos bien frente a esa exhibición de temeridad y acometividad judicial, por parte del sujeto investigado. A los pocos días tuvo lugar la audiencia, en la que, resumidamente, la defensa del importador solicitó que se dejara sin efecto la incautación judicial sobre la base de que Aduanas carecía de base legal para suspender el despacho de mercadería. Desarrolló ese argumento exhibiendo al señor Juez de Garantía una muestra de la mercadería incautada, a saber, una torre de CD-R, con su empaquetamiento completo, en que destacaba la marca de mi representada, en lo que para el ojo lego aparecía como producto absolutamente genuino y de alta calidad. Insistimos, así de buena era la falsificación.

En la ocasión defendimos con éxito, junto al Ministerio Público, ante el Juez de Garantía, el que la incautación debía mantenerse, toda vez que el análisis efectuado por el titular de la marca, lo que era un antecedente primordial y poderoso, concluyó que, sin perjuicio tratarse de una falsificación excelente, constituían en todo caso productos piratas.

Pero más allá del resultado de la referida audiencia, en cuanto a lograr la mantención de la incautación judicial, a los efectos del desarrollo de este tópico, deseamos destacar lo interesante que nos resultó que un capacitado abogado de la plaza haya basado su estrategia, para solicitar a Su Señoría de Garantía el levantamiento de la incautación judicial, en la exhibición material del producto importado, declarando que a simple vista parecía genuino y que, por ende, la Aduana no estaba en situación legal de suspender el despacho.

Desde luego, nunca compartiríamos semejante estrategia, porque pensamos es de mayor entidad, en el evento improbable de estar por el lado de la defensa del imputado de infracción marcaria, defender vehementemente, siempre sobre la base de ser esa la real convicción, que la mercadería es original y no que presenta apariencia de originalidad, que es una cosa muy distinta.

## **II. BASE NORMATIVA DE LA DEFENSA QUE CUESTIONA LA VISIBILIDAD DE LA FALSIFICACIÓN**

Pero dicho lo anterior, cabe reconocer que la línea estratégica trazada por nuestra contraparte en el caso en comento, en conexión a lo que Aduanas puede y no puede hacer en el ejercicio de sus facultades de medidas en

frontera, para combatir las falsificaciones, tiene una base normativa bastante definida. En efecto, el Artículo 16 de la Ley 19.912<sup>5</sup> reza:

*“Artículo 16. La autoridad aduanera podrá disponer de oficio la suspensión del despacho de mercancía, **cuando del simple examen de la misma resultare evidente** que se trata de mercancía de marca registrada falsificada o de mercancía que infringe el derecho de autor. En estos casos, la aduana deberá informar al titular del derecho, si estuviere identificado, la posible infracción, a objeto de que este ejerza el derecho a solicitar la suspensión y los derechos que le correspondan de conformidad a las normas precedentes y en especial, a objeto de que proporcione información acerca de la autenticidad de las mercancías. La Aduana deberá, además, efectuar la denuncia, en conformidad a la ley”* (Nuestro destacado).

Y el numeral 3.1 de la Resolución 5.026 de 22.12.2003 señala:

*“3.1 El Director Regional o Administrador de Aduana podrá suspender el despacho aduanero de la mercancía, de oficio, sólo cuando del simple examen físico de la misma resultare evidente que se trata de mercancía de marca registrada falsificada o de mercancía que infringe el derecho de autor, de conformidad a las definiciones contenidas en la presente Resolución.*

*La evidencia deberá lograrse durante el examen físico de las mercancías, con los **antecedentes que dispongan las Aduanas respecto de las características de los productos auténticos** y la información disponible sobre embarques sospechosos, cuando los hubiere.*

*Para estos efectos, el Director Regional o el Administrador de Aduana deberá emitir una resolución que exprese los motivos que justifican la adopción de tal medida y disponga la retención de las mercancías”* (Nuestro destacado).

En consideración a la anterior normativa, en buenas cuentas, lo que la defensa de la contraria estaba sosteniendo, en el caso arriba recordado, era que la detención era ilegal, dado que, vista la calidad del producto, no podía resultar evidente de su simple examen físico que se trataba de mercadería de marca falsificada.

<sup>5</sup>Ley que “ADECUA LA LEGISLACIÓN QUE INDICA CONFORME A LOS ACUERDOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC SUSCRITOS POR CHILE”, publicada en el Diario Oficial del 4 de noviembre del 2003 y que construye el sistema de medidas en frontera en nuestro país.

### **III. COROLARIO (PUEDE PARECER UNA PEROGRULLADA)**

En virtud de la normativa anterior, resulta evidente que Aduanas sólo puede suspender el despacho aduanero de la mercancía efectuando un test de un estándar bastante alto (o bajo, según como se le mire), toda vez que para hacerlo se requiere que del simple examen físico debe resultar evidente que se trata de mercancía de marca registrada falsificada o que infringe el derecho de autor.

Parecería, entonces, que Aduanas sólo podría suspender el despacho tratándose de falsificaciones o infracciones absolutamente grotescas.

Pero surge la interrogante, ¿implica lo anterior que, por ejemplo, falsificaciones de buena calidad, esto es, productos piratas que inicialmente presentan casi total semejanza con el producto original, no podrían ser detenidas por Aduana en uso de sus facultades de medidas en fronteras? Esto iría en la línea de la defensa levantada en la anécdota arriba reseñada.

La respuesta a dicha pregunta se nos hace absolutamente evidente, y es un NO tajante.

Porque a Aduanas, y esto indiscutiblemente dependerá de su nivel de preparación, incluso un producto muy bien copiado/falsificado, podría resultarle “evidentemente” falsificado.

La anterior afirmación es una interpretación lógica que cabe perfectamente dentro del tenor literal de la Ley 19.912 y de la Resolución 5.026 y, adicionalmente, la propia normativa citada hace la conexión con el nivel de información que Aduanas maneja, cuando dice: *“con los antecedentes que dispongan las Aduanas respecto de las características de los productos auténticos y la información disponible sobre embarques sospechosos”*.

Por ende, la ley no establece un baremo absoluto, sino que lo que es “evidentemente falsificado” dependerá del nivel de capacitación de Aduanas, en especial, que le permita conocer las características de los productos de un determinado tipo, de un titular de derechos de propiedad intelectual.

#### **IV. UNAS PALABRAS SOBRE EL SISTEMA MEDIDAS EN FRONTERA PARA LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Cabe señalar que la base normativa del sistema de medidas en frontera, aparte desde luego, de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas y de la Ordenanza de Aduanas, está constituida fundamentalmente por la ya aludida Ley 19.912 y por la Resolución 5.026, de las que ya hemos citado algunos artículos atinentes a lo que acá se comenta.

Adicionalmente mencionamos, por sus importantes alcances interpretativos, que es un elemento relevante de dicho sistema el Oficio ORD. N°19.418, del entonces Director Nacional de Aduanas, don Sergio Mujica Montes, que versa sobre la materia “Protección aduanera de la propiedad intelectual. Instructivo sobre denuncias penales”, de fecha 30 diciembre del 2008. Este último tiene particular importancia en cuanto viene a recordarnos, y en especial recuerda a Aduanas, que la mercadería ilícita importada, susceptible de ser objeto de medidas en fronteras, no sólo es punible por los delitos recurrentes de la Ley 19.039 o de la Ley 17.036 sino que también, por ejemplo, podría presentarse calce típico con el artículo 190 del Código Penal<sup>6</sup>, y, además, configurar el delito de contrabando<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Que reza: “Art. 190. El que hiciere poner sobre objetos fabricados el nombre de un fabricante que no sea autor de tales objetos, o la razón comercial de una fábrica que no sea la de la verdadera fabricación, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se aplicarán a todo mercader, comisionista o vendedor que a sabiendas hubiere puesto en venta o circulación objetos marcados con nombres supuestos o alterados”.

<sup>7</sup> El oficio ya en sus conclusiones finales señala: “Con lo argumentado se concluye que las conductas infractoras de los derechos de propiedad intelectual, no sólo se encuentran tipificadas en la Ley 17.336 sobre derechos de autor y en la Ley de Propiedad Industrial, si no que, dependiendo de las circunstancias de hecho de cada caso, pueden también verificarse infracciones a otras normas penales contenidas en el Código Penal, especialmente en su artículo 190 cuando se trata de marcas falsificadas, que son delitos de acción pública, por lo que todo funcionario público se encuentra obligado a efectuar la denuncia respectiva para la persecución penal de estos ilícitos.

Asimismo, siendo las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y las mercancías piratas que lesionan el derecho de autor, que ingresan o salen del país, mercancías cuya comercialización y uso son constitutivos de delito, y por ende de importación o exportación prohibida, procede que el Servicio Nacional de Aduanas realice la denuncia respectiva ante la Fiscalía correspondiente, por el delito de contrabando tipificado en el inciso 2° del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas ejerciendo todos los derechos que le entrega su calidad de víctima para la persecución de este delito, sin perjuicio de los derechos y acciones que les corresponde a los titulares de esos derechos y de la actuación de otros organismos fiscalizadores”.

Cabe consignar que la normativa aludida no hace mención expresa a los entrenamientos para las Aduanas. Las guías internacionales, en cambio, incluso las que emanan de la propia Organización Mundial de Aduanas (OMA o WCO en inglés) son muy explícitas en la promoción de los entrenamientos y en reconocer el importante rol que cabe en esta lucha contra las falsificaciones a los esfuerzos mancomunados entre las Aduanas y los privados titulares de marcas y derechos de propiedad intelectual<sup>8</sup>.

Más allá de ciertas críticas reiteradas que se formulan al sistema<sup>9</sup>, acá queremos consignar únicamente que, en nuestra humilde opinión, se trata de un engranaje en general operativo y muy eficiente en la lucha contra las falsificaciones que intentan ingresar a nuestro país. Sin ánimo de ser aduladores, pensamos que Aduanas merece todo el crédito, pues en nuestra práctica diaria, en representación de diversos titulares de marcas y de propiedad intelectual, somos testigos privilegiados de cómo esa oficina pública pone sus máximas energías para que el sistema opere con eficiencia y sea constantemente perfeccionado.

Allí donde la importancia normativa y práctica de la capacitaciones a Aduanas ha sido ya reseñada en los párrafos anteriores, es de mencionar que los representantes de marcas somos insistentemente y, de muy buena forma, presionados por Aduanas para que los clientes a los que

<sup>8</sup> Sobre esta interrelación entre Aduanas y los privados es muy clara la OMA: *“The WCO and its Member Customs administrations should interface with rights holders and private entities engaged in the fight against counterfeiting”*, documento de libre acceso al público *“Provisional Standards Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement (SECURE)”* (en línea), 2007 (3 de mayo del 2013). Disponible en la Web: [http://keionline.org/misc-docs/SECURE\\_text.pdf](http://keionline.org/misc-docs/SECURE_text.pdf). Quizás donde esa relación se hace más evidente es en la herramienta Interface Public Members (IPM) de la WCO, la que se describe *“The WCO has a unique position in respect of national customs authorities and has launched an innovative initiative to facilitate the exchange of information between the private sector and customs, in order to improve the identification and seizure of counterfeit products”*.

<sup>9</sup> Críticas que suelen centrarse en lo breve del plazo de suspensión de despacho de oficio, que es de sólo cinco días y en el comportamiento no alineado entre las distintas Aduanas a lo largo del país en lo que se refiere a la formulación de las denuncias, por parte de Aduanas, conforme a la instrucción de la Resolución 5026. En todo caso, la principal crítica debe hacerse a los mismos titulares de marcas que, salvo notables excepciones que aplican una política de tolerancia cero frente a las falsificaciones, conforme a las estadísticas que maneja Aduanas, en un altísimo porcentaje no interponen la debida acción criminal en relación a la suspensión oficio efectuada por ese organismo, incluso en casos en que la mercadería es reconocidamente infractora.

representamos les brinden capacitación y entrenamientos que le permitan mejorar su capacidad de detección de falsificaciones.

Vale decir, sobre la base de nuestra experiencia, Aduanas no es una entidad a la que hay que perseguir para la realización de los entrenamientos y capacitaciones cuando surge la oportunidad de realizarlas<sup>10</sup>; es más bien todo lo contrario, pues siempre se manifiesta bien dispuesta a recibir capacitaciones y, como hemos señalado, por medio de su propia iniciativa las buscan insistentemente para cumplir con sus metas de gestión, sus planes estratégicos y, ciertamente, y es esto quizás lo más destacable, porque de verdad le interesa ser eficiente y constituir una pieza fundamental en la lucha contra las falsificaciones<sup>11</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Como simple corolario de lo anterior, se tiene que los entrenamientos o capacitaciones que se efectúen a Aduanas para la mejor detección de productos infractores de la propiedad industrial o de la propiedad intelectual, no sólo apuntarán a un mejor control por Aduanas, a nivel de fronteras, de los derechos de propiedad intelectual pertenecientes a un

<sup>10</sup> Desde luego, la posibilidad de efectuar entrenamientos a las Aduanas es en muchas ocasiones un desiderátum de las empresas que no logra concretarse por razones presupuestarias. Esto ha sido muy palpable con motivo de la crisis económica de los últimos años, producto de la cual hemos visto que empresas que tradicionalmente efectuaban capacitaciones para las Aduanas se han visto obligadas a interrumpir o, al menos, a restringir esta positiva práctica.

<sup>11</sup> Al tiempo en que escribimos este artículo, se supo la noticia de que Chile era considerado por séptimo año consecutivo en la denominada Lista Roja de la Propiedad Intelectual de EE.UU., por una inadecuada protección a los derechos de autor y la propiedad industrial. Sin entrar al tópico de si esa triste figuración es verdaderamente merecida, reiteramos que allí donde existen deficiencias en la protección de la propiedad intelectual en nuestro país, el sistema de medidas en frontera sí opera, en nuestra opinión, satisfactoriamente. Es más, en la recomendación, de principios del año 2013, de la International Intellectual Property Alliance (IIPA) de mantener a Chile en la referida lista, lo que se concretó a principios de mayo del mismo año, la IIPA fue más bien positiva, merecidamente a nuestro entender, con la labor de Aduanas y de las policías en la lucha contra las falsificaciones, por ejemplo, cuando dice: *“Police and customs official stake ex officio actions on a regular basis and involve rightsholders in legal procedures”*. Ver: <http://www.iipa.com/rbc/2013/2013SPEC301CHILE.PDF>

determinado titular<sup>12</sup>, sino que también constituirán una poderosa defensa jurídica frente a potenciales argumentaciones por parte del importador, en particular en aquellos casos en que se trate de falsificaciones de buena calidad. En buenas cuentas, una empresa titular de marcas u otra forma de propiedad intelectual que, un poco parafraseando la norma arriba citada, ponga antecedentes a disposición de Aduanas relativos a las características de los productos auténticos, en muchos casos otorgará a las Aduanas la base técnica para, sobre la base de esos antecedentes, hacer del examen visual de los fiscalizadores uno mucho más prolijo y apto para la detección de productos falsificados. Al personal de Aduanas entrenado por el titular de la marca o de derechos de propiedad intelectual, bien se le puede hacer absolutamente evidente una falsificación por medio de su examen visual, que de no haber mediado esa previa capacitación le hubiese resultado visualmente indetectable.

Se colige, de lo señalado hasta acá, que las capacitaciones y entrenamientos a Aduanas, para la mejor detección de productos infractores de derechos de Propiedad Intelectual, constituyen un eficiente mecanismo para el mejor funcionamiento del sistema. Una aduana entrenada por una empresa en particular en el conocimiento de sus productos genuinos muy

<sup>12</sup> Desde luego, estas capacitaciones también podrían derivar en un incremento de las acciones de Aduanas en la lucha contra las infracciones de propiedad intelectual dentro de frontera. Porque a veces se ignora, nunca me canso de recordar lo poderosa que es Aduana a la luz de los artículos 22 y 23 de su Ley Orgánica (Decreto con Fuerza de Ley N°329, de 1979, del Ministerio de Hacienda D.O. 20.06.79):

*“Artículo 22. El Director Nacional podrá exigir declaraciones sobre operaciones que interesen al Servicio Nacional de Aduanas y requerir la exhibición de libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos pertinentes. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente y por escrito tales facultades.*

*Artículo 23. Para el ejercicio de las facultades y cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta o en otras leyes cuya aplicación, fiscalización o control corresponde al Servicio Nacional de Aduanas, el Director Nacional podrá ordenar la entrada, registro e incautaciones en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente tales facultades.*

*El cumplimiento de las órdenes de entrada y registro o de incautación corresponderá a los funcionarios designados en la respectiva orden, quienes, en caso de encontrar oposición, requerirán el auxilio de la fuerza pública, la que les deberá ser prestada por los funcionarios de la policía.*

*Con todo, la negativa injustificada a exhibir libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos, cuando fueren requeridos formalmente por el Servicio en un acto de fiscalización, constituirá una contravención que será sancionada con multa de hasta una vez el valor de las mercancías objeto de la fiscalización”.*

probablemente detectará o estará en situación de detectar más productos falsificados o infractores, allí donde, como acontece con todos los delitos, pese a los esfuerzos del sistema en general y de Aduanas en particular, la mercadería infractora que logra traspasar los controles de frontera es siempre necesariamente mayor a la de los productos infractores detectados.

La información de que Aduanas ha sido entrenada en la detección de productos de determinada marca o es conocedora del copyright de determinada empresa, aparte de reducir considerablemente las posibilidades de que sea detenida mercadería equivocadamente, vale decir mercadería genuina por la creencia errada de que es falsificada, constituye un “tapaboca” para los importadores que en tantas ocasiones, estando su mercadería con despacho suspendido, concurren rápidamente a la Aduana a formular reclamos, en sede administrativa, procurando su liberación. En esos momentos, no es indiferente que el importador reciba la información en el sentido de que la Aduana conoce los productos originales y ha sido capacitada para distinguir aquellos que son falsificados o infractores de derechos de propiedad intelectual. Sólo en ese momento muchos importadores -algunos de ellos infractores que obran con dolo; en otros casos, no necesariamente así -caen en la cuenta de que Aduanas puede tener una suerte de experticia en la detección de productos que vulneran la propiedad intelectual y más aún, en que dicha experticia puede haber sido originada en una actuación colaborativa entre el titular de derechos y la Aduana.

#### **NORMAS CITADAS:**

Ley N°19.212, del 4 de noviembre del 2003.

Decreto con Fuerza de Ley N°329, del 20 de junio de 1979.



## FACULTADES DE FISCALIZACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS

## CHECKING POWERS OF THE NATIONAL CUSTOMS SERVICE

RODRIGO GONZÁLEZ HOLMES<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analizan las facultades fiscalizadoras del Servicio Nacional de Aduanas, de acuerdo a la normativa legal vigente.

**Palabras clave:** Fiscalización. Potestad aduanera. Responsabilidad penal y administrativa.

**Abstract:** In the present article the checking attributions of the National Customs Service are analyzed according to the legal rules in force.

**Key words:** Checking. Customs attributions. Criminal and administrative responsibility.

<sup>1</sup> Abogado, Licenciado en ciencias sociales y jurídicas, de la Universidad de Valparaíso, Magíster en Dirección y Gestión Tributaria de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente es profesor titular de Derecho Aduanero de diversos programas de posgrados impartidos en la Pontificia Universidad Católica, Universidad Finis Terrae y Universidad del Desarrollo. rgonzalez.holmes@gmail.com

El Servicio Nacional de Aduanas tiene por función legal vigilar y fiscalizar el paso de las mercancías por nuestras fronteras, para lo cual la ley le confiere facultades que pueden ser ejercidas durante todo el proceso de ingreso y salida de mercancías del país e incluso se extienden más allá del retiro o embarque de las mercancías de los recintos habilitados en la denominada *fiscalización a posteriori*.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ordenanza de Aduanas, aprobada por decreto con fuerza de ley N°30, del 2004, del Ministerio de Hacienda, se define a la Aduana como un servicio público, de administración autónoma, con personalidad jurídica, de duración indefinida que se relaciona con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda, cuyas funciones son las de vigilar y fiscalizar el paso de mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República, intervenir en el tráfico internacional para los efectos de la recaudación de los impuestos a la importación, exportación y otros que determinen las leyes y generar estadísticas del tráfico por las fronteras, sin perjuicio de otras funciones que le encomienden las leyes.

La función de fiscalización es consustancial a la existencia de las Aduanas a nivel mundial e implica controlar y verificar la legalidad del ingreso y salida de mercancías del país, estableciéndose en la misma legislación, las obligaciones a que quedan sometidos quienes realicen estas operaciones. La finalidad de esta fiscalización si bien ha sido tradicionalmente recaudatoria de los tributos para el Estado, en los últimos años ha derivado en el control de otros aspectos relacionados con el tráfico internacional de mercancías, tales como el tráfico de productos que atentan contra la propiedad intelectual e industrial, tráfico de drogas y otras sustancias ilícitas, productos que dañan la capa de ozono, desechos tóxicos o peligrosos y, a partir de los atentados en Estados Unidos del año 2001, foros internacionales y algunas legislaciones derivan la función de fiscalización aduanera a la seguridad.

Para poder cumplir esta misión, la ley confiere al Servicio de Aduanas un conjunto de facultades para realizar el control, definidas genéricamente como Potestad Aduanera, que se concretan en facultades específicas que corresponden a las distintas autoridades y funcionarios de la Aduana.

En el artículo 2 N°1 de la Ordenanza de Aduanas, se define la Potestad Aduanera como *“el conjunto de atribuciones para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional y para dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las actuaciones aduaneras.*

*Asimismo, esta potestad se ejerce respecto de las mercancías y personas que ingresen o salgan de zonas de tratamiento aduanero especial, como también de la importación y exportación de servicios, cuando la ley disponga intervención de la Aduana”.*

El ejercicio de la potestad aduanera se encuentra regulado por la ley, estableciendo la Ordenanza de Aduanas obligaciones y procedimientos, ya sea con fines de vigilancia del paso de mercancías por las fronteras, puertos o aeropuertos, así como para la correcta determinación de los tributos a que den origen dichas operaciones.

Para un adecuado análisis de las facultades de fiscalización de Aduanas, se debe tener presente que la ley establece una distinción territorial mediante los conceptos de Zona Primaria y Zona Secundaria, estableciendo distintas potestades según los funcionarios actúen en uno u otro lugar.

Por otra parte, desde un punto de vista de procesos, la ley regula y confiere facultades de control al Servicio sobre las diversas operaciones que se realizan con ocasión del ingreso o salida de las mercancías del país. En este aspecto, las facultades de revisión física y documental de las operaciones de comercio exterior se enmarcan dentro de las distintas obligaciones de carácter formal que tienen los particulares cuando ingresan o salen del país.

Examinaremos en primer lugar las facultades de fiscalización que confiere la ley a los funcionarios de aduana, tanto en las zonas primarias como en las zonas secundarias, para referirnos a continuación a los controles o fiscalizaciones que se realizan, ejerciendo dichas facultades, dentro del proceso de ingreso o salida de mercancías.

## **I. FACULTADES DEL SERVICIO DE ADUANAS PARA FISCALIZAR EN ZONAS PRIMARIAS Y EN ZONAS SECUNDARIAS**

El ingreso o salida legal de personas y mercancías del territorio nacional, sólo puede efectuarse por los lugares que se encuentren habilitados mediante un decreto expedido a través del Ministerio de Hacienda.

La ley establece una categoría especial de recintos, dentro del territorio nacional, donde normalmente se realizan las operaciones aduaneras y dentro del cual las mercancías y las personas que las porten se encuentran sujetas a controles especiales. Estos lugares corresponden a los sitios de

ingreso o salida de mercancías del país y son los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos terrestres, que se encuentren habilitados por dicho decreto.

El Decreto N°1230 de Hacienda, publicado el 16 de enero de 1990, establece las aduanas; fija los puntos habilitados para el paso de personas y mercancías por las fronteras; determina las destinaciones aduaneras susceptibles de tramitarse ante las aduanas y las operaciones aduaneras que podrán realizarse por los puntos habilitados.

A partir de la definición de los puntos habilitados para el ingreso o salida del país, la ley confiere al Director de Aduanas la facultad de delimitar las zonas primarias de jurisdicción, recintos que la ley define en el artículo 2° N°5 de la Ordenanza de Aduanas, como el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías, el que, para los efectos de su jurisdicción, es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional.

Por otra parte, la misma ley define a la zona secundaria, en el artículo 2° N°6, como la parte del territorio y aguas territoriales que le corresponde a cada Aduana en la distribución que de ellos haga el Director Nacional, para los efectos de la competencia y obligaciones de cada una.

Este mismo precepto en su N°7 establece que los perímetros de vigilancia especial son parte de la zona secundaria, en los cuales se establecen prohibiciones y restricciones especiales para las existencias y tráfico de mercancías.

### **1. Facultades en zonas primarias**

Conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, DFL 329 de 1979, todo funcionario de aduanas se encuentra facultado dentro de las zonas primarias y en los perímetros de vigilancia especial para:

*“1.- Adoptar y disponer las medidas que estime conveniente para asegurarse de la exactitud de las operaciones que deba practicar.*

*2.- Examinar y registrar las naves, aeronaves, trenes, vehículos, personas, animales, bultos, cajas, embalajes o cualquier envase en que pueda suponer que haya mercancías introducidas al territorio nacional o que se intente introducir o extraer de él con infracción de la legislación aduanera.*

*3.- Dar alarma a la nave, aeronave, vehículo o persona que vaya en camino y retenerla, para el objeto del número anterior.*

*4.- Hacer detener a quienes aparezcan como presuntos responsables de los delitos de fraude o contrabando, para ponerlos a disposición de la justicia ordinaria, junto con los efectos del delito”.*

La misma ley faculta a los funcionarios de Aduana para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, para hacerse obedecer en el desempeño de las facultades que le confiere dicho artículo, si encontrare resistencia.

Los requisitos para el ejercicio de estas facultades son los siguientes:

Los funcionarios deben dar a conocer su investidura oficial, esto es, su identificación que los acredite como funcionarios de aduana y dar cuenta del ejercicio de estas facultades al Director Regional o Administrador de Aduanas.

## **2. Facultades en zonas secundarias.**

Los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica del Servicio contemplan las facultades que pueden ser ejercidas en las zonas secundarias. Así, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio, dispone que el Director Nacional podrá exigir declaraciones sobre operaciones que interese al Servicio y requerir la exhibición de libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos pertinentes. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente y por escrito tales facultades.

Por su parte, el artículo 23 inciso primero del mismo cuerpo legal, prescribe: *“Para el ejercicio de las facultades y cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta o en otras leyes cuya aplicación, fiscalización o control corresponde al Servicio Nacional de Aduanas, el Director Nacional podrá ordenar la entrada, registro e incautaciones en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentren las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director nacional delegue especialmente tales facultades.*

*El cumplimiento de las órdenes de entrada y registro o de incautación corresponderá a los funcionarios designados en la respectiva orden, quienes, en caso de encontrar*

*oposición, requerirán el auxilio de la fuerza pública, la que les deberá ser prestada por los funcionarios de la policía”.*

Se ha planteado que el ejercicio de esas facultades por parte del Servicio de Aduanas entraría en contradicción con la norma del artículo 83 de la Constitución Política que entrega al Ministerio Público la exclusividad de la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito.

Sobre el particular deben examinarse las modificaciones que se introdujeron en diversas disposiciones legales a través de la Ley 19.806 que establece las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal. Esta ley eliminó aquellas facultades del Servicio de Aduanas que efectivamente podían entrar en contradicción con la reforma procesal penal, porque establecían potestades de investigación e incluso enjuiciamiento penal que tenían determinadas autoridades del Servicio, pero mantiene las facultades administrativas de fiscalización en zona primaria y en zona secundaria.

Dicha ley adecuó la redacción de las normas citadas, eliminando por ejemplo la facultad de realizar allanamientos y reemplazando estas expresiones por las de disponer la entrada y registro en lugares en que se encuentren mercancías objeto del control y agregó al citado artículo 23 una nueva figura infraccional para el caso de negativa injustificada a exhibir libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos, cuando fueren requeridos formalmente por el Servicio en un acto de fiscalización, sancionando en este caso con multa de hasta una vez el valor de las mercancías objeto de la fiscalización.

Para un adecuado análisis del problema, resulta útil tener presente la forma en que se encuentra tratada la situación respecto de facultades análogas que tiene el Servicio de Impuestos Internos. En este caso, luego de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, al igual que el Servicio de Aduanas, se mantienen sus facultades administrativas y los medios generales y especiales de fiscalización establecidos en el Código Tributario y en leyes especiales. La Ley 19.806 introdujo adecuaciones sobre la base de diferenciar la actividad administrativa que corresponde al ejercicio de las facultades de un servicio fiscalizador de aquellas actividades investigativas en el ámbito criminal, las que, como se ha señalado, corresponde ejercer exclusivamente al Ministerio Público.

En efecto, el nuevo artículo 161, numeral 10, del Código Tributario consagra dentro de las facultades del Servicio de Impuestos Internos una fase de recopilación administrativa de antecedentes que servirán al Director Nacional para la interposición de la denuncia o querrela por delito tributario, otorgando facultades tales como la aposición de sellos, incautación de libros, registros contables y documentos, descerrajamiento y requerir directamente el auxilio de la fuerza pública. Si bien esta norma entrega la facultad de querrellarse al Director Nacional, esta ha sido delegada en los Directores Regionales; por consiguiente, esta autoridad podría hacer la recopilación administrativa y posteriormente denunciar o querrellarse por delito tributario.

En cuanto a la facultad de examen de la cuenta corriente, producto del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el proyecto de ley de normas adecuatorias, hoy el Servicio de Impuestos Internos carece de esta facultad. A mayor abundamiento, a través del Oficio Circular N°2 del 17.01.2003, reconoce la derogación tácita de la facultad de examen de las cuentas corrientes de los contribuyentes establecida en el artículo 62 del Código Tributario, en razón que se trata de actuaciones enmarcadas en el ámbito de la investigación criminal y contrarios a los principios constitucionales que fundan las normas de la reforma procesal penal.

En definitiva, luego de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal y de la Ley N°19.806 sobre normas adecuatorias, es posible sostener que no se han limitado ni menos eliminado las facultades administrativas de fiscalización de los órganos de la Administración del Estado, pero se encuentra claramente establecido con rango constitucional y en las leyes que implementan la reforma procesal penal, el principio de exclusividad en la investigación criminal a cargo de los Fiscales del Ministerio Público, por lo que se encuentra vedado para otros organismos, el ejercicio de actividades propias de investigación en este ámbito.

Por consiguiente, la línea que demarca el límite en el ejercicio de las facultades administrativas, estará determinada en cada caso por la existencia de hechos que revistan caracteres de delito, en términos tales que si en el ejercicio de su actividad fiscalizadora la administración determina la existencia de estos hechos, debe abstenerse de continuar con su actividad administrativa y colocar los antecedentes en poder del Ministerio Público mediante la correspondiente denuncia o querrela. De esta manera, se da cumplimiento con la obligación establecida en el Estatuto Administrativo y en el Código Procesal Penal de denunciar los hechos que revistan caracteres

de delitos de los que conozcan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Sobre esta materia resulta particularmente ilustrativo el contenido conceptual del considerando 34° del fallo del Tribunal Constitucional que, pronunciándose sobre el citado artículo 161 del Código Tributario modificado por la Ley 19.806, señala:

*“34°. Que, siguiendo el principio tantas veces aplicado por este Tribunal de interpretación de conformidad a la Constitución, y a fin de precaver una eventual contradicción entre el nuevo numeral 10 del transcrito artículo 161 y el artículo 80 A de la Carta Fundamental, esta magistratura aprueba la modificación a aquel precepto, en el entendido de que la recopilación de antecedentes a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80 A y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación”<sup>2</sup>.*

El mismo razonamiento, en cuanto reconoce como perfectamente constitucional el ejercicio de facultades administrativas por parte del Servicio de Impuestos Internos, es posible encontrarlo en el voto de minoría, ya que si bien se refiere a la cuestión de si existe o no vulneración del debido proceso en la unilateralidad de la audiencia para decretar el examen de la cuenta corriente, reconoce como constitucionales las facultades administrativas para disponer dicho medio de fiscalización.

De la doctrina contenida en este fallo se desprende claramente la separación existente entre las facultades de investigación criminal que corresponden al Ministerio Público, de las administrativas de fiscalización y control, propias de órganos de la Administración del Estado.

Luego, debe estimarse este pronunciamiento como una reiteración del criterio del debido respeto a la norma constitucional que asigna la dirección exclusiva de las investigaciones penales al Ministerio Público a través de los fiscales, que no admite excepciones dentro de ese ámbito, pero que no es

<sup>2</sup> En su parte resolutive el fallo señala: *“TERCERO. Que la modificación introducida por el artículo 43 del proyecto al numeral 10 del artículo 161 del Código Tributario es constitucional, en el entendido precisado en el considerando 34° de esta sentencia”.*

óbice para que la Administración ejerza sus facultades de fiscalización y sanción, de naturaleza administrativa.

En tales circunstancias, forzoso es concluir que los procedimientos de fiscalización administrativos deben ceder en beneficio de las atribuciones del Ministerio Público, tan pronto aparezcan hechos revestidos de carácter delictual. En aquellos casos como el Servicio de Aduanas y el Servicio de Impuestos Internos en que la ley dispone que sólo puede iniciarse investigación por parte del Ministerio Público previa denuncia o querrela de esas instituciones, deberá estarse a la decisión de la autoridad para perseguir la eventual responsabilidad penal involucrada, ejerciendo la acción penal.

Ahora bien, así como no resulta discutible la vigencia de las facultades de fiscalización de estos servicios, debe considerarse que uno de los pilares de la reforma procesal penal y en particular del Juicio Oral que establece el Código Procesal Penal es el principio de legalidad en la recolección de las pruebas. En aplicación de lo anterior, el Código establece que el Fiscal a cargo de la investigación puede decretar todas las diligencias investigativas que considere necesarias para establecer la existencia de los hechos y la participación que puede haber a los imputados. Ahora bien, en el caso que dichas diligencias investigativas afecten o puedan afectar derechos o garantías constitucionales, debe solicitar autorización al Juez de Garantía para llevarlas a cabo. Todas las evidencias así logradas en el proceso de investigación, podrán ser utilizadas para la comprobación del hecho punible en el respectivo juicio. Dentro del procedimiento penal, la ley establece para el caso del Juicio Oral una audiencia especial de preparación en que se establecen los medios probatorios de que se hará uso en dicho juicio. En esta ocasión, la defensa puede objetar el uso de cualquier evidencia que se hubiera obtenido con infracción a las normas que regulan la forma en que deben procurarse, particularmente la autorización que debe dar el Juez de Garantía en forma previa a la realización de diligencias que pudieren afectar derechos o garantías constitucionales, en cuyo caso procede su exclusión como medio probatorio a ser utilizado en el juicio oral.

Si relacionamos esta exigencia procesal penal con el ejercicio de las facultades administrativas del Servicio en su ámbito de fiscalización, deberá ponerse especial atención en el legal ejercicio de estas facultades, lo que estará garantizado siempre que se lleven a cabo para asegurar el cumplimiento de las labores administrativas que por ley le competen, teniendo como único límite el no interferir en el ámbito de la investigación criminal, ya

que, como se ha señalado, dicho ámbito se encuentra reservado por norma constitucional al Ministerio Público.

La práctica administrativa sobre esta materia distingue claramente entre el ejercicio de las facultades administrativas para la determinación de tributos o para verificar la lega internación de mercancías, siendo su consecuencia en el plano sancionatorio o infraccional, una denuncia por contravención administrativa. Por el contrario, si el hecho a fiscalizar es constitutivo de delito, lo que corresponde a la Autoridad Aduanera es formular la correspondiente denuncia o querrela al Ministerio Público y esperar de este la instrucción de las diligencias de investigación criminal.

## **II. LA FISCALIZACIÓN DEL SERVICIO DE ADUANAS EN LOS PROCESOS DE INGRESO Y SALIDA DE MERCANCÍAS DEL PAÍS**

Examinaremos a continuación cómo se ejercen estas facultades de fiscalización dentro del proceso de ingreso o salida de las mercancías del país.

Los análisis y acciones de fiscalización que realiza el Servicio en estas diversas etapas del proceso son denominados como Fiscalización a Priori, en Línea y a Posteriori, para referirse a fiscalizaciones efectuadas antes de la llegada de las mercancías, al momento de su arribo hasta el retiro y después de retirada las mercancías en controles o auditorías que se realizan dentro de los plazos de prescripción.

Para efectos de este artículo, podemos representar el proceso de ingreso o salida de mercancías del país en las siguientes fases:

- 1) Ingreso físico y presentación de las mercancías a la Aduana
- 2) Descarga y almacenamiento
- 3) Tramitación de las declaraciones de destinación aduanera y retiro de las mercancías

### **1. Ingreso físico y presentación de las mercancías a la Aduana**

Conforme con los artículos 14 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas, la aplicación y vigilancia de la reglamentación de la entrada, permanencia, circulación y salida de personas, vehículos, unidades de carga y mercancías

en la zona primaria es de competencia de la autoridad aduanera, sin perjuicio de las atribuciones de otros organismos.

Para efectos de control aduanero, toda persona que entre al país o salga de él podrá ser registrada por las autoridades aduaneras, norma concordante con las facultades que la ley orgánica entrega a los funcionarios de aduanas en las zonas primarias.

De acuerdo con el artículo 17 de la Ordenanza, mientras esté dentro de la zona primaria de jurisdicción y sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades competentes, todo vehículo, su tripulación, sus pasajeros y sus cargamentos quedarán sometidos a la potestad de la Aduana respectiva, pero esta sólo responderá por las mercancías una vez revisadas y recibidas definitivamente por ella. Esta disposición se aplica también a las mercancías destinadas a embarcarse, las que quedarán también sometidas a la potestad de dicha Aduana, hasta el momento en que salgan de ella legítimamente autorizadas por esta.

Resulta pertinente citar en esta parte la exigencia del artículo 18 de la Ordenanza de Aduanas que obliga a todas las personas que ingresen o salgan del país, a presentarse en la Aduana correspondiente y que lo hagan por sí mismas, no en medios de transporte de terceros, obligación exigible aun cuando no porten mercancías. Deben presentarse ante la Aduana dentro de la zona primaria de su jurisdicción por el camino habilitado que más directamente conduzca a ella o a su presentación inmediata en los puntos habilitados. Dentro de la zona primaria quedan sometidas a la potestad aduanera hasta que la Aduana les autorice para salir de ella.

En cuanto a la obligación de presentación de la mercancía a la Aduana, el artículo 16 de la Ordenanza de Aduanas ordena que *“las mercancías que deban entrar o salir por los puertos u otros lugares habilitados serán entregadas a la Aduana en el punto de su zona primaria que señale el Administrador o jefe de ella a solicitud del consignatario o de oficio”*.

El artículo 34 de la Ordenanza de Aduanas establece la obligación de presentar a la Aduana las mercancías que van a ingresar al país; en lo relativo a su salida, la misma obligación se establece en el artículo 53.

El efecto jurídico principal de la entrega de las mercancías a la Aduana, consiste en que desde ese momento quedan bajo la potestad aduanera, hasta el momento de su retiro para importación u otra destinación aduanera de ingreso, o hasta el zarpe de la nave, en el caso de la destinación

de exportación u otra destinación de salida, debiendo el dueño, consignante o consignatario de la mercancía, cumplir con la regulación legal y administrativa para disponer legalmente de esta.

La no presentación y entrega a la Aduana, en el ingreso y salida de las mercancías del país, configura infracción de carácter reglamentario o constitutivo de delito, según las circunstancias de hecho del caso, cuya denuncia o querrela, corresponde al Servicio.

En cuanto a las mercancías, estas deben ser presentadas a la Aduana, lo que se realiza documentalmente mediante la presentación del respectivo Manifiesto de Carga.

En el artículo 31 letra e) de la Ordenanza de Aduanas, se define el Manifiesto de Carga como: *“el documento, suscrito por el conductor o los representantes de la empresa de transporte, que contiene la relación completa de los bultos de cualquier clase a bordo del vehículo, con exclusión de los efectos postales y de los efectos de los tripulantes y de los pasajeros”*.

A su vez, esta materia se encuentra regulada en el artículo 35 de la Ordenanza de Aduanas y en el Decreto N°298 del 08.07.99, reglamento de la Ordenanza de Aduanas, distinguiéndose la obligación de presentar el Manifiesto General de Carga al momento de su llegada al territorio nacional, sin perjuicio de la presentación del manifiesto con la relación de la mercancía destinada hacia cada lugar o puerto de escala dentro del territorio nacional.

En consecuencia y particularmente para los efectos de aplicación de sanciones administrativas o incluso penales, debe tenerse en consideración que la obligación de presentar las mercancías a la Aduana se entiende cumplida en la medida que se presente el Manifiesto General de Carga y los correspondientes manifiestos particulares, incurriendo en infracción si al arribo del vehículo al país, se presenta sólo el manifiesto particular, omitiendo la presentación del manifiesto general.

En dicho reglamento se establece, además, que el Director Nacional de Aduanas podrá establecer normas para la transmisión electrónica del Manifiesto de Carga; en tal caso se estará a la recepción efectiva del vehículo y en esa misma oportunidad se entenderán presentadas las mercancías.

A su vez, deben tenerse presentes las normas sobre manifestación y presentación de documentación adicional que deben mostrar las naves,

conforme con las normas sobre Facilitación del Transporte Marítimo, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 313 del Ministerio de Transportes publicado en el Diario Oficial del 30.05.1997.

## **2. Descarga y almacenamiento**

Como regla general, la descarga de mercancías sólo puede realizarse dentro de las zonas primarias de jurisdicción de la Aduana, quedando las mercancías bajo potestad aduanera.

Sólo una vez presentadas las mercancías a la Aduana en los términos señalados precedentemente puede iniciarse la descarga, en el caso del ingreso o su embarque al exterior en el caso de la salida del territorio nacional.

El artículo 16 de la Ordenanza de Aduanas establece que las mercancías que deban entrar o salir por los puertos u otros lugares habilitados, serán entregadas a la Aduana en el punto de su zona primaria que señale el Administrador o jefe de ella, solicitud del consignatario o de oficio.

En el mismo sentido, el artículo 45 de la Ordenanza establece que las mercancías introducidas al país por vía terrestre serán entregadas a la Aduana correspondiente al punto por el cual hayan entrado o se presentará en ella su manifiesto general, si fueren dirigidas a otra aduana.

A su vez, respecto de la mercancía extranjera ingresada por vía aérea, será entregada directamente a la Aduana del aeropuerto al que dicha mercancía venga manifestada.

La descarga sólo puede efectuarse en el día, hora, sitio y forma fijados por el administrador de Aduana, de conformidad con el reglamento y, si la Aduana es marítima, de conformidad, además, con lo establecido en las leyes, reglamentos y otras disposiciones, cuya aplicación corresponda a otra autoridad u organismo, en este caso, a la Autoridad Marítima.

Según la naturaleza de las mercancías, podrían presentarse exigencias especiales derivadas de convenciones internacionales para el transporte y almacenamiento de mercancías peligrosas, como la establecida para las cargas IMO en el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas promulgado en Chile mediante el Decreto Supremo N°777 de 1978 sobre normas de fomento del transporte sin riesgos de mercancías peligrosas y facilitación del movimiento libre y sin trabas de tales mercancías.

Estas mercancías corresponden a las siguientes categorías: explosivos, gases, inflamables, sólidos peligrosos, sustancias oxidantes, sustancias venenosas, radioactivas, corrosivas y peligrosas diversas. En la normativa internacional y nacional, se establecen exigencias especiales de embalaje y envasado, disposiciones especiales para cisternas, procesos relativos a la remesa, construcción y ensayo de embalajes o envases, recipientes intermedios para graneles, embalajes o envases de gran tamaño, cisternas portátiles, contenedores de gas de elementos múltiples y vehículos cisterna para el transporte por carretera y, finalmente, disposiciones relativas a las operaciones de transporte.

Una vez presentadas las mercancías a la Aduana y producida la descarga de estas dentro de las zonas primarias de jurisdicción de la Aduana, podrán ser retiradas directamente, en el caso que se hubiera tramitado previamente la respectiva destinación aduanera, o bien, quedarán depositadas en recintos habilitados, a la espera de la tramitación de la respectiva destinación aduanera.

De la misma manera, en el caso de mercancías destinadas al exterior y que ingresen a zona primaria para su embarque y antes de que este se produzca, deben quedar almacenadas a la espera de dicha operación.

En ambos casos, las mercancías quedan bajo potestad aduanera, lo que significa que pueden ser examinadas o revisadas por el Servicio.

Los recintos en los que puede almacenarse la mercancía, quienes pueden explotar dichos recintos y las condiciones del régimen aduanero del almacenamiento, se encuentran regulados en los artículos 56 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas y el Decreto 1114 de 1997 del Ministerio de Hacienda, que establece el Reglamento para la Habilitación y Concesión de los Recintos de Depósito Aduanero y el Almacenamiento de las Mercancías.

Como regla general, toda mercancía debe permanecer en los recintos habilitados de almacenaje desde su presentación y descarga o ingreso a zona primaria, según si se trata de ingreso o salida del país, hasta el momento de su retiro en virtud de una destinación aduanera.

Las mercancías deben ser entregadas a los recintos de almacenaje dentro de las veinticuatro horas siguientes a la descarga, pudiendo permanecer depositadas durante el plazo general de depósito que es de noventa días. Este plazo es de días corridos y puede ser prorrogado, en casos calificados, por el Director Nacional de Aduanas. Transcurrido el plazo general de

almacenaje, las mercancías caen en presunción de abandono, pudiendo ser subastadas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 136 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas.

Actualmente es posible distinguir los siguientes tipos de recintos en que pueden almacenarse las mercancías: recintos de almacenaje habilitados directamente por la Aduana o almacenes extraportuarios, recintos de almacenaje concesionados por licitación pública en recintos de propiedad fiscal o del Servicio Nacional de Aduanas, recintos portuarios que administran las empresas portuarias creadas por la Ley 19.542 y almacenes particulares regulados en los artículos 109 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas. Con anterioridad al sistema de habilitación o concesión de los recintos de depósito para ser explotados por particulares, el almacenaje en recintos fiscales presentaba importancia, ya que existían recintos fiscales en diversos puertos del país, régimen que se encuentra regulado en el Decreto 450 del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial del 21.12.1978.

Los almacenistas prestan una función coadyuvante de la función pública, al mantener en depósito mercancías extranjeras respecto de las cuales no se ha cumplido las obligaciones de declaración y pago de tributos y mercancías nacionales que van a ser embarcadas al exterior. Por esta razón, se encuentran obligados a rendir garantías por los montos que establece la ley, están sujetos a los controles de la autoridad aduanera, básicamente para verificar que las mercancías una vez descargadas de los medios de transporte han ingresado y permanecen en sus inventarios hasta su retiro realizado en virtud de una destinación aduanera y se encuentran sujetos a la jurisdicción disciplinaria del Director Nacional de Aduanas para asegurar el cumplimiento de sus deberes o determinarse las sanciones en caso de infracción, pudiendo llegar hasta la cancelación de su habilitación.

### **Responsabilidad de los almacenistas**

Teniendo en consideración principalmente la función de depósito de mercancías extranjeras cuya tributación se encuentra pendiente, la ley establece normas especiales de responsabilidad civil, penal y administrativa para los particulares que exploten recintos de depósito aduanero.

En el ámbito de la responsabilidad civil frente al Fisco, los almacenistas responden por los gravámenes, impuestos y demás tributos que se perciban por intermedio del Servicio de Aduanas, correspondientes a las mercancías perdidas o dañadas en sus recintos, sin perjuicio de las sanciones aplicables

en estos casos. Para estos efectos, el monto de la pérdida o daño se determina de acuerdo al valor CIF de las mismas más los gastos que en relación a las mercancías hayan incurrido efectivamente los interesados.

En el ámbito administrativo, la ley somete a los almacenistas de recintos de depósito aduanero, sus socios, representantes y empleados, a la jurisdicción disciplinaria del Director Nacional de Aduanas, en los términos previstos en la Ordenanza de Aduanas para los despachadores, sus apoderados y auxiliares.

En cuanto al ámbito penal, los almacenistas y las demás personas mencionadas, se considerarán empleados públicos para todos los efectos del Código Penal y de las responsabilidades derivadas de las infracciones contempladas en la Ordenanza o en otras leyes de orden tributario, cuyo cumplimiento y fiscalización corresponda al Servicio Nacional de Aduanas.

### **3. Destinaciones aduaneras**

En el proceso de ingreso y salida de mercancías del país, en forma paralela al flujo físico de las mismas y con el objeto de obtener su liberación, esto es, que queden a libre disposición de sus dueños o consignatarios, en el caso de ingreso, o bien, para realizar su embarque al exterior, debe cumplirse con obligaciones que la ley establece tanto de carácter impositivo como de carácter formal.

En particular, debe indicarse por el interesado cuál será el destino final de esas mercancías que ingresan o salen del país. La ley define al despacho de las mercancías como “las gestiones, trámites y demás operaciones que se efectúan ante la Aduana en relación con las destinaciones aduaneras”.

A su vez, se entiende por destinación aduanera “*la manifestación de voluntad del dueño, consignante o consignatario que indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que ingresan o salen del territorio nacional*”.

La ley establece que la Aduana puede fiscalizar selectivamente que las declaraciones hayan sido presentadas correctamente tanto en lo relativo a la mera presentación electrónica como en lo referente a su confección, manteniendo la debida correspondencia con los documentos que deben servirles de antecedentes. Del mismo modo, el Servicio Nacional de Aduanas fiscalizará que los registros finales no sean objeto de inutilización, modificación, alteración, daño o destrucción.

Una vez aceptadas a trámite las declaraciones, la Aduana puede practicar las operaciones de revisión documental, examen físico y aforo de las mercancías.

La revisión documental consiste en la verificación de la correspondencia entre la declaración y los documentos que le sirven de base. Para tal efecto, la Aduana debe requerir al despachador la presentación de la respectiva carpeta de documentos de base.

El examen físico implica el reconocimiento o revisión física de las mercancías que se presentan a despacho y, finalmente, el aforo consiste en efectuar en una misma actuación, el examen físico y la revisión documental.

El objeto del aforo es verificar la correcta tributación de la operación aduanera respectiva y para fines de fiscalización, para lo cual se comprueba que se encuentre correctamente clasificada la mercancía, determinado su valor aduanero conforme con las normas de valoración de la OMC y correcta determinación del origen de las mercancías. Es una operación única que consiste en realizar, en una sola actuación, el examen físico y la revisión documental con los fines antedichos.

La ley establece que las operaciones de revisión documental, examen físico y aforo sólo pueden ser realizadas por los funcionarios especialmente facultados por la ley para tal efecto y debe ser realizada en recintos aduaneros, esto es, en zonas primarias o en los recintos puestos bajo su potestad. Estos funcionarios son los fiscalizadores de aduanas.

Como resultado del aforo, examen físico o revisión documental, puede ocurrir que la declaración se encuentra correctamente presentada y en ese caso se debe dar curso al documento, el que se legaliza y se debe proceder al pago de los tributos si se encontrare afecto. Es decir, se valida la propuesta de liquidación que contiene la declaración presentada.

Si, por el contrario, se detectan diferencias, es decir, existe disconformidad entre lo declarado y la mercancía que tiene la vista el funcionario o existen otras irregularidades detectadas del examen físico o documental, los funcionarios de Aduana deben proceder a formular la denuncia respectiva.

En caso de tratarse de una contravención aduanera, es decir, una infracción de carácter reglamentario, la harán constar por escrito, señalando de manera precisa los hechos que la constituyen, la individualización de la persona a quien se le impute, la norma infringida, la sanción asignada por la ley y los

demás datos necesarios para la aplicación de la multa a que diere lugar. En esta actuación, los funcionarios tendrán la calidad de ministros de fe.

Asimismo, es posible que del ejercicio de estas operaciones se constate la perpetración de hechos que revisten caracteres de delito, particularmente del delito de contrabando u otros delitos comunes, en cuyo caso también se formula la respectiva denuncia y se aplican los procedimientos administrativos y penales consiguientes.

En el caso de infracciones reglamentarias, se aplica el procedimiento de aplicación de multas, pero no se retiene las mercancías. En caso de denuncias penales, se procede a la incautación de las mercancías impidiendo su retiro.

Paralelamente, independiente de la denuncia por infracción o delito, el funcionario de aduanas practica una nueva liquidación de los tributos, de acuerdo con la correcta clasificación arancelaria, valoración aduanera y origen de las mercancías. Lo anterior se materializa en la formulación de un cargo por los derechos e impuestos dejados de percibir, actuación que es reclamable ante el Tribunal Tributario y Aduanero conforme con lo dispuesto en el artículo 117 de la Ordenanza de Aduanas.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de la Aduana de practicar revisiones una vez que las mercancías han sido retiradas de los recintos habilitados, pudiendo realizar auditorías o fiscalizaciones a posteriori con el fin de verificar el cumplimiento de la normativa aduanera.

## REVISIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTRABANDO PROPIO

## CRITICAL OVERVIEW OF JURISPRUDENCE IN MATTERS OF THE SO CALLED PROPER SMUGGLING

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analizan sentencias pronunciadas en relación al delito de contrabando.

**Palabras clave:** Contrabando propio. Tipicidad. Actividades ilícitas.

**Abstract:** In this article judgements related to smuggling as a criminal offense are analyzed.

**Key words:** Criminal offense of smuggling. Legal description. Activities against the law.

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público y Diplomado en Reforma Procesal Penal, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Penal, así como en posgrados en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

En el presente trabajo, se analizan dos interesantes sentencias relativas al delito de contrabando. Una correspondiente al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de fecha 18 de noviembre del 2009, y la segunda de ellas, a un pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema, de fecha 6 de septiembre del 2005. La primera de dichas sentencias pone de relieve la relación existente entre el delito de contrabando propio y las infracciones a la propiedad industrial, relación de delitos que se torna recurrente en los supuestos de hecho que trata dicho caso, y que gatilla una serie de problemáticas que son transversales a los casos que responden a dicha característica, y que en lo esencial se vinculan con los problemas asociados al objeto material del delito de contrabando propio, destacando además la dificultad que se detecta en estos casos y que dice relación con la indeterminación de la imputación criminal contenida en las acusaciones por delitos de contrabando y la eventual tensión que ello conlleva con el derecho de defensa. El segundo caso analizado, al igual que el anterior, presenta el problema que surge en las imputaciones que se realizan invocando los delitos de la Ordenanza de Aduanas (en adelante OA), pero a diferencia del caso anterior, aquí se genera el problema por la difusa cita de diversas normas contenidas en dicho cuerpo normativo que tipifican conductas punibles de distinto orden, tales como la receptación aduanera y los delitos de contrabando, con la eventual configuración de un motivo absoluto de nulidad que dicha incerteza pueda generar.

Junto con lo anterior, otro punto de suyo relevante en este segundo fallo viene dado por el cuestionamiento que plantea la defensa en una de las causales de su recurso de nulidad, basada en la letra b) del artículo 373 CPP, y que dice relación con la interrogante en torno a si las operaciones realizadas respecto de un objeto ilícito –una mercadería que tenía un encargo por robo– pueden o no entenderse aptas para generar el cobro de impuestos, cuestión que apunta en definitiva al objeto material del delito de contrabando y las consecuencias a nivel tributario que ello puede acarrear. Como punto adicional, este segundo caso muestra la discusión bastante recurrente también en los delitos aduaneros, y que dice relación con la determinación del principio de ejecución de tales delitos, principalmente cuando entra en juego el delito de receptación aduanera. A continuación, pasaremos a analizar ambos casos, para luego entregar una conclusión general que condense nuestra opinión.

## I. PRIMER CASO

**Tribunal:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique. **Causa:** RUC N°0700831177-8, RIT N°130-2009. **Fecha:** 18 de noviembre del 2009. **Procedimiento:** Juicio oral (ordinario).

**Hechos:** “El día 17 de octubre del año 2007, al proceder funcionarios de Aduana de Iquique a realizar un aforo físico en el puerto de esta ciudad, a la mercadería amparada por la Declaración de Transbordo N°XX, de fecha 11 de octubre del año 2007, Bill of Lading N°XX, consignados a nombre del acusado, documentos que declaraban amparar 528 cartones de zapatos, pudieron verificar a simple vista que en realidad se habían ingresado al país mercancías no declaradas, consistentes en 12.501 pares de zapatillas, especies que mantenían logos y diseños iguales a las marcas X y Z, marcas comerciales que se encuentran debidamente inscritas bajo los Registros (...) del Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, concedidos a la empresa X International Limited”.

**Condena:** “Que se condena a (...) a la pena de un año de presidio menor en su grado mínimo; a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, a las costas de la causa y al comiso de todas las mercancías incautadas materia del aforo físico practicado por el Servicio de Aduanas, por su responsabilidad como autor de un delito de contrabando previsto y sancionado en los artículos 168 inciso segundo y 178 N°1) OA, cometido en esta jurisdicción el 17 de octubre del año 2007.

Se le condena, además, al pago de una multa a beneficio fiscal equivalente a 25 UTM como autor del delito contemplado en el artículo 29 de la Ley N°19.039”.

**Comentarios:** estamos en presencia de un caso en el cual el tribunal tuvo por acreditados en primer lugar el delito de contrabando propio, por estimar el tribunal que una persona intervino en la internación al país de mercancías cuyo ingreso está prohibido, y en segundo lugar la infracción al derecho de propiedad industrial sancionada en el artículo 28 letra a) de la ley N°19.039 al usar, con fines comerciales, una marca igual o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos por un tercero. Interesante y digno de resaltar es el hecho de que en esta sentencia el tribunal explicita la hipótesis de contrabando por la cual se condenó (inciso segundo del artículo 168 OA), situación que en la mayoría de los casos en los cuales se condena por el

delito de contrabando no se realiza, sino que por el contrario se hace una referencia genérica al artículo 168 citado, dejando patente la duda en torno a cuál modalidad de contrabando tuvo en vista el tribunal al momento de condenar. Esta falta de determinación en base a qué hipótesis se condena es esencial en términos de certeza jurídica y en especial con el derecho de defensa, a afectos de poder preparar de buena manera la misma, conociendo de manera clara el título de imputación que pesa sobre el imputado. Esto es así, por cuanto este defecto –referencia genérica– se retrotrae a la presentación misma de la acusación, pudiendo constatar en la mayoría de los casos que este defecto proviene de esta etapa procesal. Una muestra de aquello es el presente caso que analizamos, en el cual la acusación fiscal presentada hace una alusión genérica del artículo que contiene las hipótesis de contrabando sin especificar cuál de ellas habría realizado el acusado<sup>2</sup>, situación, que como hemos destacado, especifica el tribunal al momento de realizar la calificación jurídica de los hechos probados en el juicio, así como en la parte resolutive de la sentencia definitiva condenatoria. Volveremos sobre este punto al final de este comentario.

La explicitación de subsumir los hechos en el inciso segundo del artículo 168 OA, por parte del tribunal, determina la calificación jurídica de ellos bajo el tipo penal de contrabando propio, esto es, aquel asociado a la internación o extracción de mercancías del territorio nacional, cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas. Tenemos que reparar en consecuencia en el objeto material sobre el cual recayó la conducta desplegada por el autor del delito, y que, en la especie, está constituido por 12.501 pares de zapatillas, las cuales mantenían logos iguales a los de dos reconocidas empresas internacionales, lo que determina en definitiva que las mismas no correspondían a calzados originales, razón que motivó la respectiva querrela particular de parte de las empresas afectadas a título del artículo 28 letra a) de la ley N°19.039. Entonces, estamos en presencia de esta variante de contrabando que se caracteriza por estar asociado a mercancías cuya importación o exportación se encuentren prohibidas. Esta última afirmación no es del todo pacífica, por cuanto se

<sup>2</sup> En el considerando primero de la sentencia, se reproduce el tenor de la acusación presentada por el Ministerio Público, y en lo que dice relación con la calificación jurídica de los hechos en los cuales se basa señala: “A criterio del acusador, los hechos descritos constituyen los delitos de contrabando, tipificado y sancionado en los artículos 168 y 178 N°1 OA e infracción a la ley de propiedad industrial, tipificado y sancionado en el artículo 28 letra a) de la Ley N°19.039”.

ha tendido –principalmente por parte de nuestra jurisprudencia– a asociar la prohibición contenida en el contrabando propio al concepto de ilicitud, entendiendo que las mercancías de carácter ilícito forman parte del objeto material de este delito. Esta forma de entender el tipo penal de contrabando propio, haciendo sinónimos los conceptos de prohibido e ilícito, pasa por alto, en primer lugar, el hecho de lo que está prohibido son determinados actos legales respecto de las mercancías (importar y exportar), y no el hecho de que las mercancías estén prohibidas per se. Entonces, lo que hace la jurisprudencia nacional es entender que el adjetivo prohibido está asociado a la mercancía como tal, para acto seguido hacer la sinonimia en los términos arriba indicados.

Nosotros en este punto proponemos –siguiendo lo sostenido por Percy García Cavero a propósito de la regulación de los delitos aduaneros en la legislación peruana– una reinterpretación de este tipo penal basada en un alcance diverso de su objeto material, por cuanto entendemos que las mercancías a las que se refiere el inciso segundo del artículo 168 OA corresponden a mercancías que dentro de nuestro territorio tienen reconocido un tráfico legal, pero que por razones diversas el legislador ha decidido en determinados casos prohibir su importación y/o exportación<sup>3</sup>. Dentro de estas razones, destacamos que las mismas pueden tener su fundamento por ejemplo en la protección del medio ambiente o la salud pública, entre otros motivos. Con esta reinterpretación, sacando del ámbito de aplicación del delito de contrabando propio a las mercancías de origen ilícito, creemos que se responde de mejor manera a los aspectos problemáticos que surgen de esta interpretación mayoritaria en la actualidad, y que dicen relación por ejemplo con la determinación del valor de las mercancías que son ilícitas, para a partir de allí establecer la pena a aplicar, también con las relaciones concursales que se originan a partir del supuesto de hecho que constituye el delito base (por ejemplo, una infracción a la ley de propiedad intelectual y/o industrial, junto con los delitos de contrabando y comercio clandestino), redundando todo en el problema mayor a nuestro criterio, y que dice relación con el deficiente tratamiento que se da a las ganancias de origen ilícito en nuestro país, pasando por alto aspectos lógicos, de

<sup>3</sup> Como sostiene García Cavero, “el bien jurídico se concreta aquí en la expectativa normativa de prohibición o restricción de la circulación internacional de ciertas mercancías”. García Cavero, Percy (2007). *Derecho Penal Económico, Parte Especial, Tomo II*. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 783.

coherencia argumentativa, y en definitiva obviando las tensiones que esta forma de afrontar esta problemática generan en determinadas garantías constitucionales<sup>4</sup>.

Retomando el caso que analizamos, tenemos que se ha detectado por parte de la autoridad aduanera, al momento de realizar un acto de aforo, el ingreso de una importante cantidad de zapatillas falsificadas de sus originales, por parte del acusado, no habiendo declarado de manera efectiva la internación de tales especies. Luego, el tribunal al momento de justificar por qué esta mercancía incautada es prohibida en los términos empleados en el inciso segundo del artículo 168 OA, indica en el considerando decimotercero que dicha aptitud “está dada por la calidad de ilegítima de la mercancía, al ingresar vulnerando la propiedad industrial, el orden público económico y la transparencia exigible en el tráfico comercial y jurídico”. Con estas expresiones del tribunal, podemos corroborar lo que hemos venido destacando, en el sentido de ver cómo se amplía el campo del objeto material de este delito.

La defensa en este juicio levantó una serie de argumentos tendientes a obtener la absolución del acusado. A manera de síntesis, dichos argumentos fueron los siguientes:

- Primero atacó la vaguedad del contenido de la acusación presentada por el Ministerio Público en lo que dice relación con la calificación jurídica de los hechos de la misma, a saber, haber invocado de manera genérica el artículo 168 OA sin hacer referencia de manera específica a qué tipo de contrabando apuntaba la pretensión penal. Crítica que ya hemos anticipado en nuestro análisis.
- Niega que la conducta desplegada por su representado pueda subsumirse en alguna de las tres hipótesis del artículo 168 OA (haciéndose cargo de las tres hipótesis por cuanto como hemos visto la acusación no clarifica a qué título funda la incriminación efectuada). Respecto de la hipótesis de contrabando propio, indica que el acusado nunca ha internado al territorio nacional mercadería alguna, por cuanto él es un ciudadano boliviano que compró en Bolivia y aún está a la espera de su compra, para poder ejercer en su país los derechos que le corresponden. En cuanto a

<sup>4</sup> Para estos efectos, vid. Ortiz Chamorro, Pablo y Ríos Álvarez, Rodrigo (2011). *Ganancias ilícitas. Una revisión a su tratamiento legal en Chile*. Santiago: Editorial Universidad Finis Terrae.

la segunda hipótesis (contrabando impropio), dijo que no se configura el delito por cuanto el tránsito y transbordo no generan tributos, por lo que en este caso no se menoscaba el patrimonio fiscal. Por último, respecto del inciso tercero del artículo 168 OA, argumentó la defensa que no se introdujo mercadería de un régimen tributario especial a otro de mayor gravamen. En consecuencia, no existe delito de contrabando. Por otra parte, en cuanto al delito marcario, dijo que este es un delito de resultado, pues requiere comercialización y en este caso no existe.

- En relación a la participación. Señala la defensa que el conocimiento de embarque lo confecciona el armador. Ese armador está representado en Chile por una agencia naviera que para cumplir el contrato de transporte hizo una declaración de transbordo, y sólo una vez que la mercadería fue retenida, su representado viajó a Chile, para ver qué estaba ocurriendo, dándose cuenta de que fue estafado por el vendedor de la mercadería. Agregó que el acusado vive en Bolivia y que se presentó voluntariamente al juicio y previamente no aceptó ninguna salida alternativa, instando para que se hiciera este juicio, lo que demuestra su buena fe, ya que no tenía necesidad de venir.
- Finalmente, indicó que el procedimiento adoptado por la Aduana es ilegal, por cuanto conforme al tratado con Bolivia de 1904, Bolivia tiene libre derecho de tránsito de las mercaderías que ingresen o salgan de ese país por los puertos mayores de Chile, las que sólo se pueden inspeccionar exteriormente, lo que es ratificado por el propio Servicio de Aduanas en su resolución 6153 de 11 septiembre del 2009<sup>5</sup>.

Por su parte, el tribunal desestimó cada una de estas alegaciones planteadas por la defensa, lo cual consta en los considerandos decimocuarto y decimoquinto. En resumen, podemos destacar el hecho de que sostuvo el tribunal que durante el juicio se acreditó con el Bill of Lading respectivo y la Declaración de Transbordo correspondiente a las mercancías objeto de la acusación, que el acusado era el consignatario de tales mercancías, además de reafirmar aquello con los propios dichos del acusado, en

<sup>5</sup> El artículo VI del Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Bolivia de 1904, dispone: “La República de Chile reconoce en favor de la de Bolivia y a perpetuidad, el más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico. Ambos Gobiernos acordarán, en actos especiales, la reglamentación conveniente para asegurar, sin perjuicios para sus respectivos intereses fiscales, el propósito arriba expresado”.

cuanto reconoció que adquirió a un ciudadano chino un cargamento de zapatillas, quien le remitió el Bill of Lading correspondiente que indicaba “*shoes*” (zapatatos), denominación distinta a lo supuestamente adquirido, no realizando ningún trámite destinado a aclarar o modificar lo consignado en dicho documento, lo que es posible realizar antes de la fiscalización aduanera. A pesar de ello, y ya estando en conocimiento de la retención de sus mercaderías por no haber declarado el verdadero contenido de lo manifestado y en segundo término por la utilización de una marca sin la autorización de sus titulares, insistió ante el Servicio Nacional de Aduanas a fin de que se alzara tal retención enviándole una carta, que no cabe duda fue firmada por él, tal como se acreditó en juicio con la prueba pericial caligráfica en ese sentido.

En suma –continúa el tribunal–, se acreditó durante el juicio que el acusado era el destinatario de la mercancía, que la ingresó a nuestro país desde que fue declarada por la nave y presentada a las autoridades chilenas, sin perjuicio de que su destino final haya sido supuestamente uno distinto<sup>6</sup>.

Ahora bien, en lo que dice relación con la realización del tipo, objetivo y subjetivo, por parte del acusado, el tribunal fundamenta este punto manifestando en primer lugar que le parece extraño que en una operación de tal envergadura, con un valor superior a los US 40.000 y que se realiza nada menos que a China, no cuente con ninguna constancia escrita respecto de lo que se adquiriría de parte del acusado. Por ello le resta total credibilidad a los dichos del acusado en este punto, por cuanto una operación internacional de estas características no se efectúa de la manera informal tal como él lo manifestó en el juicio oral<sup>7</sup>. Todo esto —sostiene el tribunal— demuestra,

<sup>6</sup> “El hecho de que terceros hayan efectuado la tramitación aduanera, no significa que el acusado deje de tener responsabilidad por cuanto estos actuaron bajo sus órdenes, directas o indirectas y el hecho de que no haya tenido intervención en la confección del BL y declaración de transbordo no lo exculpa por cuanto siempre supo del contenido real al no intentar modificar tales documentos, de lo que se sigue que tal era la mercancía realmente esperada por el acusado, y por lo tanto, desde el inicio consintió en la clandestinidad de la operación, pues de lo contrario, habría actuado de manera distinta o hubiese acreditado con algún documento lo que dijo haber comprado, esto es, zapatillas sin marca”, considerando 14º de la sentencia comentada.

<sup>7</sup> En este punto, la sentencia deja constancia de los dichos del acusado, quien manifestó que “un chino fue a su negocio en Bolivia y le exhibió una zapatillas que él aceptó comprar pagando casi US 40.000, sin que se haya dejado constancia escrita del número, colores, tipos, tiempo de entrega etc.”, considerando 14º.

por una parte, el dolo del acusado y, por otra parte, de conformidad a la prueba rendida en el juicio, se encuentra acreditado el elemento objetivo, esto es, el ingreso a Chile de mercancía ilícita (considerando decimocuarto).

En cuanto a la supuesta ilegalidad del procedimiento aduanero, quien hizo un aforo a la mercadería transportada, vulnerando en su concepto el derecho al libre tránsito comercial que tiene Bolivia, conforme a los términos del Tratado de Paz, Amistad y Comercio entre Chile y dicho país del año 1904. El tribunal estima que la circunstancia que exista un tratado que asegura a Bolivia el libre tránsito de sus mercaderías por territorio nacional, no significa que un particular quede exento de los deberes que emanan del ordenamiento jurídico nacional, dentro del cual se impide el ingreso al país de mercaderías ilícitas. No se puede pretender que bajo el abrigo de un tratado internacional se amparen conductas delictivas, que eventualmente perjudiquen los intereses fiscales de ambas naciones<sup>8</sup>. Por lo demás, el tratado tiene una limitación, el libre tránsito se refiere exclusivamente a la naturaleza comercial de las mercaderías transportadas, no a las prohibidas, las que naturalmente quedan fuera del ámbito de aplicación de esa norma. No es el Estado boliviano quien ha incumplido la ley sino un particular que con motivo de sus operaciones comerciales pretende aprovechar un tratado para actividades ilegales, violando normas de protección a la propiedad intelectual e industrial que también rigen en el país altiplánico. En consecuencia, las autoridades aduaneras no han infringido las obligaciones impuestas a Chile por el tratado de paz y amistad con el vecino país; por el contrario, han dado cumplimiento al ordenamiento jurídico nacional y a las medidas en frontera para la observancia de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>8</sup> A este respecto, el Tratado de Paz y Amistad de 1904 regula en sus artículos IX y X que: “Artículo IX. Los productos naturales y manufacturados de Chile y las mercaderías nacionalizadas, para internarse a Bolivia, serán despachadas con la respectiva factura consular y con las guías de que habla la cláusula séptima. Los ganados de toda especie y los productos naturales de poco valor, podrán ser internados sin ninguna formalidad y despachados con la simple manifestación escrita en las aduanas”. Por su parte, el artículo X dispone que “los productos naturales y manufacturados de Bolivia en tránsito para el extranjero serán exportados con guías franqueadas por las aduanas de Bolivia o por los funcionarios encargados de este objeto. Dichas guías serán entregadas a los agentes aduaneros en los respectivos puertos y sin otra formalidad, embarcados estos productos para los mercados extranjeros. Por el puerto de Arica el comercio de importación se verificará con iguales formalidades que en el de Antofagasta, debiendo franquearse en este puerto las guías de tránsito con las mismas especificaciones que las indicadas en los artículos anteriores”.

Respecto de la alegación de la defensa de solicitar la absolución basada en que la acusación no señala de manera clara la hipótesis de contrabando por la cual se acusa, el tribunal resolvió por mayoría rechazarla por lo siguiente: *“si bien es cierto, al tiempo de dictarse la acusación, no se precisó a qué contrabando del artículo 168 OA correspondía el hecho descrito en ella, la adecuada calificación del hecho debe hacerse en la sentencia definitiva y en el presente caso, se estableció que se trataba de una mercadería cuya comercialización está prohibida, por lo que el contrabando ha existido y se encuentra expresamente tipificado en el inciso segundo del artículo 168 mencionado”* (considerando decimoquinto). Este fue el parecer de la mayoría del tribunal, y que determinó finalmente la condena del acusado por el delito de contrabando propio. A pesar de lo anterior, interesante resulta destacar el voto de minoría que se expresó en el fallo, y que estuvo por acoger esta argumentación de la defensa y, por ende, absolver al acusado del delito aduanero por el cual era acusado. La fundamentación de este voto de minoría parte aludiendo a la importancia del principio acusatorio, como una garantía esencial del proceso penal, donde la efectividad y vigencia del mismo *“exige, para evitar la indefensión, una adecuación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia”*, esto es, el respeto por el principio de congruencia. Por ello —agrega— *“nadie puede defenderse, al menos con eficacia, de una acusación que desconoce o conoce mal (...) debe señalarse que la acusación fiscal no cumple con las exigencias para poder arribar a una sentencia condenatoria sin vulnerar el principio de la congruencia (...). Al realizar la descripción fáctica omite toda consideración respecto de cuál de las hipótesis previstas en el artículo 168 es la que se atribuye al acusado (...) El tribunal por propia iniciativa no puede subentender algo que no esté recogido en la acusación ya que de esa forma se vulnera el derecho a la defensa, puesto que se priva al imputado de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa (...) No puede castigarse con degradación de las garantías procesales mínimas, especialmente el derecho al debido proceso, dentro del cual se inserta, a su turno, el derecho a la defensa, garantías que se erigen como una de las piedras angulares y fundamentales de nuestro Estado Democrático de Derecho”*. (Considerando decimoquinto).

Este problema, relativo a la indeterminación de la acusación en torno a la indicación, precisa respecto de qué hipótesis de contrabando se funda el título de imputación penal, resulta del todo importante por cuanto dependiendo de la postura que uno asuma conlleva pasar de un extremo a otro en términos de decisión del caso, esto es, asumir la alegación como plausible y, por ende, la absolución, o bien, estimar que no constituye un

problema de real magnitud que conlleve aquella consecuencia, y que puede ser perfectamente subsanado por el tribunal y, por lo tanto, arribar a una sentencia definitiva condenatoria. Esta es la relevancia del problema expuesto; por lo mismo, sintetizaremos nuestra visión al respecto.

Primero, tal como hemos señalado, el problema (en caso que se estime que existe uno, ya que como vimos el tribunal por mayoría estimó que no era relevante), lo encontramos en la redacción de la acusación presentada, en la cual se hace una calificación jurídica genérica del delito de contrabando, sin hacer especificación alguna respecto de las hipótesis de dicho delito que se configuraría en el caso concreto. En este punto debemos recordar que dentro de los requisitos que debe cumplir toda acusación, el artículo 259 CPP dispone que toda acusación deberá contener en forma clara y precisa: b) la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica. Entonces, como primera aproximación a una respuesta al problema planteado, tenemos que dentro del contenido de toda acusación está la obligación de plasmar de manera clara y precisa la calificación jurídica de los hechos que la componen<sup>9</sup>, exigencia esta que constituye “una manifestación del principio de congruencia, que a su vez cautela el derecho de defensa, en cuanto requiere que la imputación penal sea precisa y determinada”<sup>10</sup>.

En segundo término, cronológicamente hablando, luego de presentada la acusación corresponde la realización de la audiencia de preparación de juicio oral ante el juez de garantía respectivo. Importante resulta esta etapa intermedia, por cuanto dicha audiencia constituye una instancia en la cual el juez de garantía puede, en virtud de lo establecido en el artículo 270 CPP, en caso que detecte que la acusación adolece de vicios formales, ordenar que se subsanen, sin necesidad de suspender la audiencia en caso

<sup>9</sup> Tal como sostienen Horvitz y López, “la acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, pues sólo puede controlarse la congruencia entre acusación y fallo cuando la imputación penal es precisa y determinada. Asimismo, este deber permite al acusado preparar adecuadamente su defensa, sin temer sorpresas ni situaciones extrañas a la acusación”, Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 26.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl (2012). *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Santiago: AbeledoPerrot. LegalPublishing Chile, segunda edición, p. 739.

que ello sea posible<sup>11</sup>. Entonces, el tribunal puede en este supuesto actuar de oficio, solicitando la o las correcciones necesarias, sin perjuicio de que la propia defensa pueda hacer ver la existencia de este vicio, lo cual dependerá finalmente de la estrategia que pretenda llevar a juicio oral, por cuanto, no plantearlo en la víspera o en el inicio de la audiencia de preparación de juicio oral, puede significar reservar para la etapa de juicio oral un argumento propicio para solicitar la absolución de su defendido.

Luego, en tercer lugar, si este vicio del cual adolece la acusación no ha sido detectado, o bien, no se le ha entendido como tal, y por ende el auto de apertura dictado replica esta descripción genérica de la calificación jurídica de los hechos, nos encontraremos con el desarrollo del juicio oral propiamente tal, en el cual se tornará patente la tensión con el derecho de defensa que asiste a todo acusado, y en particular con la afectación al principio de la congruencia o de correlación que debe existir entre acusación y fallo condenatorio que pueda dictarse. Por ello, en caso que el tribunal estime que se ha acreditado más allá de toda duda razonable la realización del delito y la participación culpable del acusado, procederá a dictar la sentencia definitiva condenatoria correspondiente.

En el caso que analizamos, esta cronología se cumplió paso a paso, encontrándonos que sólo en la sentencia definitiva se realizó finalmente la determinación de la hipótesis de contrabando que habría realizado el acusado. Así, tenemos que es el tribunal de juicio oral en lo penal quien de manera subsidiaria asume y complementa este vacío de la acusación. La pregunta que surge es si el tribunal se encuentra facultado o no para realizar este rol subsidiario, por cuanto como hemos visto es obligación del acusador detallar de manera clara y precisa la calificación jurídica de los hechos al tenor del artículo 259 CPP que establece los requisitos que debe contener toda acusación, en particular a la letra b) de dicha norma. Para responder a esta interrogante, tenemos que constatar si existe o no alguna norma expresa en el CPP que contemple una respuesta a la interrogante planteada. En lo pertinente, el CPP no contempla una norma que haga alusión a este rol del tribunal de juicio oral en lo penal al momento de dictar sentencia, cuando se encuentre ante una acusación formulada en

<sup>11</sup> En relación a los vicios formales, estos “no sólo podrán versar sobre el contenido de las menciones que debe incluir la acusación, sino también sobre la congruencia objetiva y subjetiva entre la formalización de la investigación y la acusación, deber que pesa sobre el fiscal y el querellante particular, si lo hubiere”, Horvitz y López, op. cit., p. 36.

términos genéricos. Lo que sí regula el CPP es un mecanismo que apunta a que cada vez que el tribunal estime que los hechos que se han discutido a lo largo del juicio ameriten una calificación jurídica diversa de aquella que ha efectuado el Ministerio Público y/o el querellante particular en caso que exista, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 341 CPP<sup>12</sup>, mecanismo que busca en definitiva salvaguardar el efectivo ejercicio del derecho de defensa de parte del acusado. El caso que analizamos no coincide plenamente con el mecanismo del artículo 341 CPP, por cuanto en estricto rigor lo que hizo el tribunal no fue una calificación jurídica diversa, sino que derechamente lo que hizo fue calificar de manera específica una calificación previa que había sido efectuada de manera genérica. Se acusó por contrabando (artículo 168 OA inclusivo de las tres hipótesis allí contenidas), y el tribunal condenó por contrabando propio (inciso segundo del artículo 168 en comentario).

Así planteado el problema, existen tres posibles soluciones. Una alternativa correspondería a la asumida, en el caso que analizamos, por mayoría por el tribunal, esto es, que es factible especificar la calificación jurídica en la sentencia misma, no apreciando vulneración a garantía alguna en la descripción genérica realizada en la acusación. Una segunda opción buscaría asimilar la problemática planteada a la hipótesis del artículo 341 CPP, debiendo en todo caso el tribunal de juicio oral en lo penal advertir a los intervinientes de esta calificación jurídica que se realizará especificando el contenido genérico de la acusación. Por último, una tercera alternativa sería asumir, tal como lo hizo el voto de minoría, que este defecto de la acusación no puede ser subsanado por el tribunal de juicio oral en lo penal, ya que al obrar así, existiría una vulneración al derecho de defensa, por lo que lo que procedería sería derechamente la absolución del acusado.

De las alternativas expuestas, a nuestro criterio, sólo las dos últimas se presentan como respetuosas del derecho de defensa, por cuanto evitan la

<sup>12</sup> El artículo 341 CPP dispone: “Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir la, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella”.

tensión que implica la asunción por parte del tribunal de un rol subsidiario que no le corresponde, y que por mandato legal le compete al acusador, estableciendo incluso el propio CPP mecanismos expresos, previos a la realización misma del juicio oral, para subsanar vicios como el analizado. Ahora, si en la práctica, a pesar de esta constatación nos encontramos con un fallo que asume este rol subsidiario, aún resta por explorar la vía del recurso de nulidad por parte de la defensa, fundando el mismo en la vulneración de garantías, en virtud del artículo 373 letra a) CPP, basando dicha argumentación en los términos desarrollados por el voto de minoría de la sentencia analizada. Además, no debe perderse de vista el hecho de que toda acusación se encuadra en el contexto del principio de congruencia que la vincula con su antecedente que es la formalización de la investigación, tal como dispone el inciso final del artículo 259 CPP: “la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”, por lo que si esta incerteza en relación a la determinación del tipo penal que funda la acusación viene ya desde la formalización de la investigación se hace más patente la vulneración de esta congruencia y en especial del derecho de defensa, por cuanto se merman las posibilidades de enfocar la estrategia de defensa teniendo certeza en torno a la imputación que se realiza respecto del imputado. Tanto una como otra actuación (formalización y acusación) deben contener una calificación jurídica precisa de los hechos, no siendo suficiente la enunciación genérica de un artículo en el cual se contemplan tres hipótesis delictivas. Lo mismo ocurriría si se acusara genéricamente por el delito de robo, invocando para dicha calificación genérica el artículo 436 CP. En ese escenario, estaremos de acuerdo en que esta cita ambigua del 436 CP no nos permite dilucidar ante qué delito nos encontramos: ¿robo por sorpresa, robo con intimidación o robo con violencia? Esta misma situación ocurre cada vez que se cita de manera genérica el artículo 168 OA o bien cuando se le cita en conjunto con el artículo 182 OA, que tipifica la receptación aduanera, ya que en este segundo caso, y siguiendo con el ejemplo del delito de robo, implicaría sostener una acusación fundando el título de imputación en el 436 CP y en el artículo 456 bis A CP (receptación) conjuntamente, lo cual también a todas luces es insostenible, desde la lógica del principio del *non bis in ídem*.

## II. SEGUNDO CASO

**Tribunal:** Corte Suprema. **Causa:** Rol N°3118-05. **Fecha:** 6 de septiembre del dos mil cinco. **Procedimiento:** Recurso de nulidad.

**Antecedente:** “En esta causa del Juzgado de Garantía de Copiapó, RUC 0400106599-3, RIT 3269-2004, por delitos de infracción a la OA (fraude y contrabando), previstos y sancionados en los artículos 168 inciso tercero, 176 N°1, en relación con el 180 de ese cuerpo de leyes, se ha condenado al imputado, tras la realización de un juicio simplificado en el que no reconoció responsabilidad, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias y multa de \$2.716.784, y al pago de las costas de la causa. En contra de esta resolución, el Defensor particular del imputado dedujo recurso de nulidad, fundado en la causal contemplada en el artículo 373, letra a) CPP y, conjuntamente con ella, las previstas en las letras a), d) y e) de ese mismo texto legal. En subsidio, interpuso además la consagrada en el artículo 373, letra b) del referido Código”<sup>13</sup>.

**Fundamento del recurso:** dentro de los fundamentos del recurso, nos interesa analizar aquí los siguientes. Primero, invoca de manera conjunta las causales contempladas en las letras a), d) y e) del artículo 374 CPP. En lo pertinente, relevante resulta la alegación fundada en la letra e) antes mencionada, “por cuanto en la sentencia se habrían quebrantado los requisitos exigidos a la sentencia por las letras c) y d) del artículo 342 de ese mismo cuerpo de leyes, referente, el primero, a la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 CPP y, el segundo, a las razones legales o doctrinarias que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo; todo ello porque a su parecer en la sentencia se haría un resumen de las pruebas reunidas, pero no se contendrían fundamentos que permitieran reproducir y entender el razonamiento que llevó a las conclusiones extraídas de ellas, como lo exige el artículo 297 del Código de enjuiciamiento. Por todas estas causales, pide anular el juicio y la sentencia dictada en él, ordenando la realización de uno nuevo”.

<sup>13</sup>En el presente caso, se da el supuesto en el cual la representación de los intereses estatales en lo que al delito aduanero se refiere fueron ejercidos por el Consejo de Defensa del Estado, entidad que sólo puede actuar como víctima en estas hipótesis en la medida que el Director del Servicio Nacional de Aduanas así lo requiera expresamente.

Luego, otra causal de relevancia para nuestro análisis dice relación con aquella contemplada en el artículo 373 letra b) CPP. Sostuvo la defensa en este contexto que “se ha condenado al imputado por no haber pagado impuestos aduaneros, en circunstancias de que no corresponde hacerlo tratándose de una cosa robada como aquella sobre la que versa la causa. Así, en su opinión, en este caso no se reúnen los requisitos del tipo penal, pues conforme al artículo 168 OA, para que nazca la obligación de pagar tributos por el concepto señalado, la importación debe referirse a una “mercadería de lícito comercio”, lo cual no ocurre en la especie ya que el automóvil que ha sido objeto del caso “sub lite” se encontraba encargado por robo a mano armada en Argentina. Como nunca nació la obligación de pagar tributos, el delito es imposible. Por estas consideraciones pide anular la sentencia y dictar una de reemplazo, que a su juicio debería ser absolutoria”.

**Resolución y comentarios:** en el considerando séptimo del fallo que resuelve el recurso en comento, redactado por el ex ministro Enrique Cury Urzúa, al hacerse cargo de la causal de la letra e) del artículo 374 CPP, la Corte Suprema sostiene que la “resolución (recurrida) efectúa una enumeración más o menos pormenorizada, aunque no muy prolija, de las pruebas que se han reunido en la causa, concluyendo que ellas sirven para dar por establecido el hecho punible y que en él correspondió “al imputado una participación culpable y penada por la ley, en calidad de autor, por cuanto su conducta ha podido encuadrarse dentro de la figura del artículo 180 OA, toda vez que existió una conducta dolosa de parte del imputado, por cuanto, los testigos y peritos presentados por el querellante y el ente persecutor, son contestes, dan razón de sus dichos, aparecen muy bien informados de los hechos, son veraces en sus testimonios, por cuanto son categóricos y claros en reseñar que el requerido indicó voluntariamente a la Policía que era el propietario del vehículo incautado (...), toda vez que en el mes de marzo de 2003 lo había comprado en la suma de \$17.000.000 a un ciudadano de nacionalidad argentina, comprometiéndose el vendedor en volver posteriormente a hacerle entrega del resto de la documentación del móvil y hacer finalmente la transferencia del mismo, hecho que ha de tenerse plenamente acreditado por no haber sido controvertido en estrados”<sup>14</sup>. Al

<sup>14</sup> Los hechos que el Juzgado de Garantía de Copiapó tuvo por acreditados fueron los siguientes. Considerando Quinto: “Con fecha 8 de marzo de 2003, tres sujetos ingresaron al territorio nacional, a través de la Avanzada San Francisco, dependiente de la Aduana de Chañaral (paso Fronterizo San Francisco, ubicado en la comuna de Copiapó) el vehículo

principiar ese razonamiento, la sentenciadora declara que las conclusiones que en él se exponen resultan de valorar la prueba rendida y “analizada precedentemente”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297, pero es lo cierto que, como se ha dicho, si bien las pruebas son expuestas una a una en forma más bien desordenada, no se advierte “análisis” alguno de ellas, y mucho menos una exposición de cómo se han ido deduciendo, de cada una de ellas o del conjunto de varias, las conclusiones que con tanta seguridad se afirman”.

Luego, en el considerando octavo, la Corte asume un problema recurrente en este tipo de casos de delitos aduaneros, y que dice relación con la imprecisión a la hora de determinar cuál hipótesis de contrabando se invoca para fundar la imputación. Vimos en el fallo analizado en el número anterior, que una manifestación de este tipo de problemas se da cuando formulan acusaciones invocando de manera genérica el artículo 168 OA. Otras veces se presenta el mismo problema cuando se hace una vinculación entre diversas normas de la OA sin fundamentar el vínculo entre ellas, lo cual se da muchas veces cuando se invoca el artículo 182 OA (receptación aduanera), pero haciendo referencia a supuestos de hecho que implican derechamente una hipótesis de contrabando o viceversa. En este caso en concreto, la Corte Suprema detecta que existe un defecto en el fallo recurrido al momento en que vincula, sin justificación expresa, una hipótesis de contrabando del artículo 168 OA con la presunción contenida en el artículo 180 OA. Así, afirma la Corte que “si se lee atentamente el fallo atacado, no se llega a saber con exactitud por qué delito se está condenando al imputado, ya que se mencionan, por un lado, el previsto en el artículo 168 inciso tercero OA, pero poniéndolo en una relación que no se explica con

---

marca Mercedes Benz, modelo CLK 320, año de fabricación 1997, color gris (...). Al momento de ingresar a Chile el señalado automóvil, portaba las placas patentes argentinas XX. Sin embargo, pudo establecerse que al aludido vehículo le correspondía otras placas patentes, además el citado automóvil registra en Argentina una solicitud de secuestro, por el delito de robo a mano armada. Con fecha 8 de mayo de 2003, en la comuna de La Pintana, el referido automóvil fue encontrado por Carabineros de Chile portando las placas patentes (hechizas en cartón) ZZ, siendo conducido por un sujeto de nacionalidad chilena. Ese mismo día, en horas de la tarde, el imputado se presentó ante Carabineros de Chile, manifestando ser el dueño del referido vehículo. En marzo de 2003, en la ciudad de Santiago, un sujeto vendió verbalmente al imputado el mencionado vehículo en la suma de \$17.000.000, el cual se pagaría con \$3.000.000 al contado, \$5.000.000 con un auto en dación en pago y el resto, se pagaría al legalizar los documentos del vehículo. El valor aduanero del vehículo ingresado a Chile asciende a \$9.144.320, y los tributos eludidos corresponden a \$2.716.784”.

el 18º de ese mismo cuerpo de leyes, continente de un tipo distinto, para luego, en la parte dispositiva del fallo, citarlos todos sin orden, concierto ni especificación de en cuál ha de entenderse subsumido el comportamiento del imputado”.

Por lo anterior, concluye la Corte, *“no cabe sino concluir que la sentencia impugnada ha incurrido efectivamente en el motivo de nulidad absoluta contemplado en el artículo 374 letra e) CPP, en relación con el 342 letras c) y d) de dicho texto legal”* (considerando noveno). Agregando, que *“como el fallo recurrido será anulado ya por la causal señalada en el razonamiento precedente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 384 inciso segundo CPP, no es necesario pronunciarse sobre las otras causales de nulidad invocadas por la recurrente”* (considerando décimo). Por estas consideraciones, la Corte Suprema resolvió anular tanto la sentencia recurrida como el procedimiento simplificado en el cual se dictó, disponiendo la realización de un nuevo juicio simplificado.

Así, la Corte, dado que acoge el recurso en lo que dice relación a la causal de nulidad absoluta del artículo 374 letra e) CPP, no se hace cargo en definitiva de la causal basada en el artículo 373 letra b) CPP, y que aludía a la errónea aplicación del derecho de parte del tribunal *a quo*, que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, basándose en que se condenó al imputado por no haber pagado impuestos aduaneros, lo cual no era procedente por cuanto el objeto material era una cosa robada, y el requisito típico del contrabando está vinculado con la importación de mercadería de lícito comercio. Esta decisión de la Corte la realiza amparada en el tenor del artículo 384 CPP que dispone en su inciso segundo que *“en la sentencia, el tribunal deberá exponer los fundamentos que sirvieran de base a su decisión; pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, salvo que acogiere el recurso, en cuyo caso podrá limitarse a la causal o causales que le hubieren sido suficientes, y declarar si es nulo o no el juicio oral y la sentencia definitiva reclamados, o si solamente es nula dicha sentencia (...)”*.

Así, al haber acogido el motivo absoluto de nulidad basado en la letra e) del artículo 374 CPP, no fue necesario asumir argumentativamente si la alegación planteada por la defensa al alero de la letra b) del artículo 373 CPP era o no compartida por nuestro máximo tribunal. El tema que planteaba la defensa en esta causal sin duda que resulta importante por cuanto busca un pronunciamiento de la Corte en relación a la pregunta si las operaciones realizadas respecto de un objeto ilícito –una mercadería que tenía un encargo por robo– podían entenderse aptas para generar el cobro de impuestos. En este caso particular, la conducta realizada respecto de esta mercancía

ilícita decía relación con su internación a nuestro país desde el extranjero (Argentina), reprochando el tribunal *a quo* –al momento de condenar– que no se hayan pagado los tributos correspondientes a dicha internación. Lo relevante en este punto es constatar que el juez de garantía condenó haciendo alusión al inciso tercero del artículo 168 OA, disposición que contempla el contrabando impropio, cuyo objeto material está determinado por mercancías de lícito comercio que son internadas o extraídas del territorio nacional, defraudando a la Hacienda Pública mediante la evasión del pago de los tributos que correspondieren o mediante la no presentación de dichas mercancías a la Aduana. En términos doctrinarios, no existe duda en torno a que la hipótesis de contrabando impropio, ya sea fraudulento o clandestino, está asociada a mercancías de origen lícito; por ello en este tipo de contrabando no se generan los problemas que hemos destacado y que están vinculados al contrabando propio (mercancías prohibidas) y que destacamos en el análisis del caso anterior.

Ahora bien, la defensa en la fundamentación de su recurso indicó que la mercancía incautada en este procedimiento era una mercancía ilícita, por cuanto se trataba de un vehículo de procedencia extranjera, el cual tenía un encargo vigente por robo. Por ende, sostuvo que mal podía pretenderse que la internación de una especie que proviene de un delito podía gatillar el cobro de tributos de parte del Estado. Esto no es otra cosa que el problema asociado al tratamiento que debe darse a las ganancias de origen ilícito y, en particular, la determinación del objeto material del delito de contrabando. Por ello llama poderosamente la atención que el tribunal *a quo* haya calificado los hechos como contrabando impropio, teniendo en cuenta el origen de la mercancía involucrada en el mismo, por cuanto puede abrirse un debate plausible a si las operaciones realizadas respecto de esta mercancía ilícita pueden o no ser subsumidas en el contrabando propio, o bien en la hipótesis del inciso final del artículo 168 OA, pero en ningún caso queda abierta esta posibilidad tratándose de la variante impropia del contrabando que, como hemos indicado, está únicamente vinculada a las mercancías de lícito comercio.

En hipótesis similares de posesión de vehículos de procedencia extranjera, y que han sido internados desde el extranjero, nuestra jurisprudencia ha sancionado dichas conductas a título del delito de receptación aduanera, o bien se ha sancionado directamente a quien ha internado las mismas desde una zona con beneficio tributario a otra zona del país con mayores gravámenes, pero no imputando la autoría a título de contrabando impropio

tal como se hizo en este caso en el procedimiento simplificado realizado ante el juzgado de garantía. Como antecedente adicional, se acreditó en el juicio oral simplificado que el vehículo incautado en poder del requerido habría sido ingresado por Chañaral, pero la adquisición del mismo se realizó en Santiago por parte del requerido a la persona que internó materialmente el vehículo a nuestro territorio nacional. Por eso la defensa planteó también en el recurso presentado que el Juzgado de Garantía de Copiapó era incompetente para haber conocido de estos hechos, por cuanto lo que se tenía al final del día, era una receptación aduanera que tenía su principio de ejecución en Santiago, debiendo haber sido competente para conocer el procedimiento el juzgado de la Región Metropolitana correspondiente. Concordamos con esta apreciación esbozada por el recurrente, por cuanto lo más plausible, en cuanto a ejercicio de subsunción, es que los hechos hubieran sido tipificados como receptación aduanera. Luego, en caso de no compartir este argumento, y centrándonos en el debate de qué tipo de contrabando se trata, ya hemos adelantado el hecho de que se descarta de plano el inciso tercero del artículo 168 OA por incompatibilidad del objeto material, esto es, se descarta la subsunción en el delito de contrabando impropio. Si se asume que es una mercancía de comercio ilícito, y siguiendo el criterio jurisprudencial mayoritario, deberían haberse subsumidos los hechos en el delito de contrabando propio (bajo la sinonimia de prohibido e ilícito que hemos venido destacando).

Por nuestra parte, y en base a nuestra reinterpretación del objeto material del delito de contrabando, dejamos fuera de los alcances típicos del mismo a las mercancías de ilícito comercio, por lo que el caso en cuestión no sería subsumible bajo los alcances del artículo 168 OA. Ahora bien, en caso de asumir que el vehículo de procedencia extranjera, al momento que es ingresado a nuestro país, podría gatillar perfectamente la hipótesis de contrabando propio (mercancía cuya importación se encuentra prohibida, pero que dentro de nuestras fronteras tiene reconocido un tráfico legal), y en subsidio, hacer aplicable el delito de receptación aduanera en caso que no prospere la investigación para establecer el delito y la participación en el delito de contrabando propio. Conclusión que sería factible en el caso en comento, por cuanto la ilicitud de la mercancía aludida por la defensa no contaba con sustento probatorio alguno más allá de los meros dichos del requerido, por lo que el tribunal tenía como certeza el hecho de que había un vehículo de procedencia extranjera, el cual había sido internado de manera irregular a nuestro país, sin cumplir con las obligaciones

aduaneras correspondientes, pero no tenía certeza alguna que revistiese de verosimilitud los dichos entregados por el requerido en el juicio.

Volviendo a la cronología de tramitación de este caso, vimos que primeramente fue dictada sentencia definitiva condenatoria por el Juzgado de Garantía de Copiapó, con fecha 14 de junio del 2005, oportunidad en la cual se condenó al imputado a una pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales correspondientes, una multa de \$2.716.784, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de fraude aduanero de los artículos 168 inciso 3, 176 N°1 y 180 OA, hecho ilícito ocurrido el día 8 de marzo del 2003, en el territorio jurisdiccional de dicho tribunal. Luego, la defensa del imputado recurrió de nulidad, resolviendo dicho recurso la Corte Suprema con fecha 6 de septiembre del 2005, oportunidad en la cual la Corte decidió anular tanto la sentencia como el juicio oral simplificado, acogiendo el recurso en lo que dice relación a la causal de nulidad absoluta del artículo 374 letra e) CPP, tal como acabamos de destacar. Finalmente, al remitirse los antecedentes al Juzgado de Garantía de Copiapó, con fecha 25 de octubre del 2005, se efectuó nuevamente el juicio oral simplificado, oportunidad en la cual la defensa del imputado planteó las excepciones de previo y especial pronunciamiento de incompetencia del tribunal y litispendencia. La primera de ellas la funda en el hecho de que *“hay dos delitos distintos, uno que nace con la internación del vehículo, en el que su representado no tiene ninguna responsabilidad porque él no internó el vehículo, no estaba obligado a pagar el derecho aduanero y para él no ha nacido tal obligación. Y el otro que podría surgir cuando su representado compra el vehículo, pero que habiendo tenido lugar la compra en la ciudad de Santiago este tribunal es incompetente, teniendo la competencia el 33° Juzgado del Crimen de Santiago, conforme al artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales”*<sup>15</sup>. Respecto de la segunda excepción de previo y especial pronunciamiento alegada por la defensa, esto es, litispendencia, la defensa la *“sustenta en que el 33° Juzgado del Crimen de Santiago mantiene procesado a su representado por el delito de receptación, por los mismos hechos de esta causa, y en consecuencia a su defendido se le está juzgando dos veces por lo mismo”*<sup>16</sup>.

Tenemos entonces que en este segundo juicio oral simplificado, se discutió como elemento novedoso (pero que ya había sido esbozado en el recurso

<sup>15</sup> Considerando primero de la sentencia de fecha 28 de octubre del 2005, del Juzgado de Garantía de Copiapó.

<sup>16</sup> Ibid.

conocido por la Corte Suprema) en relación al primer juicio desarrollado el planteamiento por parte de la defensa de estas dos excepciones de previo y especial pronunciamiento. Lo llamativo a este respecto es que el Juzgado de Garantía de Copiapó, una vez rendidas las pruebas, y antes de pronunciarse sobre el fondo, se avocó a resolver dichas excepciones. En estricto rigor, el tribunal se enfocó exclusivamente en la excepción de incompetencia y, al acogerla, no se pronunció respecto de la segunda, por cuanto no era necesario, una vez declarada su incompetencia para seguir conociendo del procedimiento.

A modo de síntesis, expondremos a continuación los argumentos sostenidos por el tribunal para acoger esta primera excepción. En los considerandos undécimo, duodécimo y décimo tercero, el tribunal explicita las razones que determinan su incompetencia.

- En el considerando undécimo, el tribunal señala que *“la pretensión de competencia (...) parte de un presupuesto erróneo que desvirtuado, lleva necesariamente a la conclusión que este tribunal es incompetente para conocer del delito juzgado (...)”*. En efecto, tanto la resolución del Tribunal Aduanero que declaró existir mérito para ejercer la acción penal por el delito de contrabando, como en la querrela deducida por el Consejo de Defensa del Estado, como en el requerimiento del Ministerio Público se parte del supuesto fáctico que el vehículo que ingresó el 8 de marzo de 2003 por el control Aduana Chañaral Avanzada San Francisco (Paso fronterizo San Francisco) es el mismo vehículo que el día 08 de mayo de 2003 es retenido en la comuna de La Pintana por el personal policial del Retén de Carabineros El Castillo, hecho este último que dio inicio a este proceso. Esa aseveración es errónea, por cuanto del análisis de los números identificatorios del motor de ambos vehículos resulta claro que (...) tales vehículos son distintos. Así entonces, cae el supuesto fáctico que fijó la competencia de este tribunal en razón del principio de ejecución del delito, pues no está establecido que el vehículo detenido en La Pintana haya ingresado necesariamente por el Paso San Francisco.
- En el considerando duodécimo, continúa con la argumentación, indicando que *“para determinar el tribunal competente debe estarse a los hechos concretos y probados. Lo cierto es que el automóvil Mercedes Benz, modelo CLK 320, color gris, año 1997, (...) retenido en La Pintana es un vehículo extranjero (...)”*. En resumen, lo cierto es que el vehículo debió ser internado a Chile en algún momento y por algún lugar. Pero tales antecedentes de lugar, tiempo y responsable del ingreso son indeterminados a la luz de los antecedentes puestos a la consideración del tribunal.

- Finalmente, en el considerando decimotercero, el tribunal señala “que no fue controvertido el hecho que en el mes de marzo, conforme la propia declaración del imputado, en la ciudad de Santiago de Chile este adquirió el automóvil Mercedes Benz (...) vehículo que portaba la patente chilena XX hechiza en cartón. Para efectos aduaneros, no se ha acreditado el pago de los derechos respectivos, por lo que a partir de los antecedentes anteriores existen los presupuestos que permiten presumir que puede existir un ilícito de contrabando. A partir de aquello, entonces, ante la indeterminación de la fecha, lugar y responsable del ingreso del citado automóvil al país, el hecho cierto de la causa en que ha de fundamentarse la determinación del tribunal competente es la compraventa del vehículo en virtud de la que (el imputado) adquiere el móvil. Habiendo tenido lugar la compraventa en la ciudad de Santiago, y encontrándose el 33° Juzgado del Crimen conociendo de los hechos denunciados (...) se estima a ese tribunal competente para continuar conociendo de estos antecedentes”.

Así las cosas, en este segundo juicio oral simplificado, el tribunal derechamente se declaró incompetente para seguir conociendo de estos hechos, remitiendo todos los antecedentes al 33° Juzgado del Crimen de Santiago, tribunal que incluso mantenía vigente una causa en contra del imputado por el delito de receptación, lo que evidentemente era el argumento a tener en cuenta en el supuesto de haberse pronunciado acerca de la excepción de litispendencia alegada por la defensa. Lo crucial para el tribunal en esta oportunidad está dado por lo que efectivamente ha sido acreditado en juicio, y esto ha sido única y exclusivamente la adquisición del automóvil objeto del juicio en la Región Metropolitana por parte del imputado, todo lo demás (ingreso al país, personas que participaron en el mismo, etcétera) no pudo ser acreditado fehacientemente en juicio, por lo que el antecedente objetivo para determinar la competencia del tribunal a la luz de las reglas del COT viene dado por el principio de ejecución de este supuesto delito aduanero, inicio que está nítidamente establecido -según lo expresa el propio tribunal en el análisis de la prueba rendida en juicio- en la comuna de La Pintana en la Región Metropolitana. Con esto se dio en la práctica el paso de los antecedentes desde un tribunal (juzgado de garantía) que conoció tales hechos en el contexto de la reforma procesal penal, a otro tribunal que se enmarca en los parámetros del procedimiento penal antiguo (juzgado del crimen).

### III. CONCLUSIONES COMUNES A AMBOS CASOS

Respecto de los dos casos analizados, nuestra intención fue recalcar discusiones que son recurrentes en la mayoría de los casos asociados a delitos aduaneros, y que nuestros tribunales han tendido a resolver de manera bastante uniforme, alineándose en una tendencia interpretativa que ha sido constante, principalmente en lo que dice relación con la interpretación del delito de contrabando propio, y las consecuencias que dicha interpretación ha irradiado tanto a nivel penal tributario y constitucional.

Puede rescatarse de ambos casos un primer punto en común, y que viene dado por la necesidad de explicitar y especificar el título de imputación bajo el cual se acusa y consecuentemente se condena a la luz de la subsunción de una conducta en los parámetros de los tipos penales tipificados en la OA. Déficit que se presente en la invocación genérica del artículo 168 OA (primer caso) o bien citando diversas hipótesis típicas de dicho cuerpo legal sin clarificar cuál de ellas es, en definitiva, la que se invoca para la determinación de la conducta punible y la participación del acusado, mezclando los tipos penales de contrabando y receptación aduanera (segundo caso).

Un segundo punto en común a los casos analizados, dice relación con un problema crucial a nuestro entender, y que surge de la sinonimia que realiza nuestra jurisprudencia en torno a entender que dentro de los márgenes del tipo penal de contrabando propio se encuadran los objetos ilícitos como objetos materiales de dicho delito. En este punto, la casi totalidad de los fallos de nuestros tribunales, ha asumido una posición similar a las analizadas en este trabajo y, en especial, cuando los tribunales superiores han sido llamados a pronunciarse en torno a la pregunta que planteó la defensa en el segundo caso analizado, y que dice relación con el hecho de que las actividades realizadas respecto de un objeto proveniente de un delito generen o no el pago de impuestos, se ha optado por dar plena aplicación al criterio tributario de no distinguir el origen de la renta, y entender en base a ello que sea cual sea dicho origen, incluyendo las actividades ilícitas, se debe tributar<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Para un análisis más detallado de los criterios sostenidos por nuestros tribunales en este punto, véase Ortiz Chamorro, Pablo y Ríos Álvarez, Rodrigo, op. cit., pp. 21-29.

Junto con lo anterior, hay que recalcar el hecho de que al asumir la tesis jurisprudencial en torno a la sinonimia de los conceptos de prohibido e ilícito en el contexto del delito de contrabando propio, se hace patente la dificultad a la hora de establecer la pena aplicable, por cuanto la sanción del delito de contrabando se establece en base al valor de las mercancías objeto del delito. Esto, sin duda, no resulta pacífico cuando nos enfrentamos a especies u objetos ilícitos, los cuales están fuera de los parámetros del mercado formal, con todas las complicaciones que ello conlleva para arribar a esta certeza y establecer la pena que corresponda, situación que no varía en lo esencial con la solución de compromiso que entrega el inciso segundo del artículo 172 OA, en torno a establecer una multa de hasta 206 Unidades Tributarias Mensuales en caso que no pudiese determinarse el valor de las mercancías objeto del delito, por cuanto en último término queda entregado un margen de discrecionalidad a la hora de determinar el monto final de la multa aplicable al caso en concreto, teniendo un margen que puede llegar hasta una importante cantidad de Unidades Tributarias Mensuales<sup>18</sup>.

En síntesis, nosotros proponemos una reinterpretación del delito de contrabando propio a la luz de su objeto material, entendiendo que sólo deben entenderse dentro del mismo aquellas mercancías que hayan sido introducidas o extraídas del territorio nacional, y cuya importación o exportación se encuentren prohibidas. Entonces lo relevante y crucial es el concepto de “prohibido”, el cual hace alusión a la importación o exportación de determinadas mercancías, las cuales dentro de nuestras fronteras tienen reconocido un tráfico legal, pero que por razones diversas el legislador ha prohibido su importación o exportación. Entendido así, quedan fuera del ámbito típico de este delito las mercancías asociadas a actividades ilícitas, tal como lo ha venido realizando nuestra jurisprudencia. Con esta solución interpretativa, se satisfacen perfectamente los parámetros de certeza a la hora de determinar la pena aplicable al caso concreto, por cuanto queda circunscrito el tipo penal sólo a mercancías que pueden evaluarse pecuniariamente de acuerdo a las reglas objetivas del mercado

<sup>18</sup> El inciso segundo del artículo 172 citado dispone: “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 aun así pudiese determinarse el valor, se aplicará una multa de hasta 206 Unidades Tributarias Mensuales, destinándose, el producido de ellas, al fin dispuesto en el inciso final del artículo 174”.

formal, evitando con ello la especulación que está asociada a este ejercicio cuando nos enfrentamos a mercancías provenientes de actividades ilícitas, las cuales se generan absolutamente al margen de los procesos productivos formales y de control que impiden arribar a una certeza a la hora de establecer su valor, siendo paradigmático los casos correspondientes a mercancías falsificadas respecto de los productos originales.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

García Cavero, Percy (2007). *Derecho Penal Económico, Parte Especial, Tomo II*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl (2012). *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Santiago: AbeledoPerrot. Legal Publishing Chile, segunda edición.

Ortiz Chamorro, Pablo y Ríos Álvarez, Rodrigo (2011). *Ganancias ilícitas. Una revisión a su tratamiento legal en Chile*. Santiago: Editorial Universidad Finis Terrae.

### **NORMAS CITADAS:**

D.F.L. N°30, del 18 de octubre del 2004, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas.

Ley N°19.03, del 25 de enero de 1991k, Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial.

### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

TJOP de Iquique, RUC N°0700831177-8, RIT N°130-2009. 18 de noviembre del 2009 (juicio oral ordinario).

Corte Suprema, Rol N°3118-05, 6 de septiembre del 2005 (recurso de nulidad).

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE CREÓ LOS TRIBUNALES TRIBUTARIOS ADUANEROS: PRECEDENTES VERSUS SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

### CONSTITUTIONAL CONTROL OF THE DRAFT BILL THAT CREATED THE TAX AND CUSTOMS COURTS: PRECEDENTS VERSUS CONSTITUTIONAL SUPREMACY

CAROLINA CARREÑO ORELLANA<sup>1</sup>

**Resumen:** En este artículo, se analiza la sentencia del TC que se pronunció sobre la Ley que creó los nuevos Tribunales Tributarios Aduaneros y los criterios que fijó el TC.

**Palabras clave:** Jurisdicción tributaria. Consignación previa. Debido Proceso. Precedentes.

**Abstract:** In this article the Constitutional Court judgement related to the law that created the new Customs Courts and the Constitutional Court's criteria are analyzed.

**Key words:** Tax jurisdiction. Previous consignement. Due Process. Precedents.

<sup>1</sup> Egresada de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Ayudante de la Cátedra de Derecho Constitucional UFT. Secretaria de la Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional. carolinacarrenoorellana@gmail.com

Diversas opiniones<sup>2</sup> generó, en su oportunidad, la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante “TC”) que efectuó el control constitucional del proyecto de ley que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria<sup>3</sup>, proyecto que crearía los Tribunales Tributarios y Aduaneros<sup>4</sup> (en adelante “TTA”).

Comentada fue, particularmente, la decisión de declarar inconstitucional el inciso tercero del artículo 5<sup>o</sup> de dicho proyecto, el que –a juicio de dicha Magistratura– venía a vulnerar el derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 19, N<sup>o</sup>3<sup>o</sup>, inciso quinto, de la Constitución por cuanto, con esta normativa, se le entregaba al Consejo de Alta Dirección Pública la atribución de nombrar a los candidatos a jueces y secretarios abogados de los TTA, con lo cual no se les garantizaría a las partes intervinientes –en los asuntos sometidos a su conocimiento– de que aquellos iban a contar con la independencia e imparcialidad que la normativa constitucional exige.

Las razones de tales apreciaciones se fundan en un supuesto cambio de criterio que habría tenido el TC, sin que hubiera mediado una justificación razonable<sup>6</sup>. De acuerdo a lo sostenido por la doctrina crítica

<sup>2</sup> Bordalí Salamanca, Andrés (2009). *¿Independencia judicial? Dependencia... (Sentencia del Tribunal Constitucional sobre los Tribunales Tributarios y Aduaneros)*, Comentario de Andrés Bordalí Salamanca. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XXII, N<sup>o</sup>1, pp. 237-264. Ugalde Prieto, Rodrigo; García Escobar, Jaime; Ugarte Soto, Alfredo (2009). *Tribunales Tributarios y Aduaneros*. Santiago: Legal Publishing, primera edición.

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional. *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria (Boletín N<sup>o</sup>3139-05)*, Rol N<sup>o</sup>1243-08.

<sup>4</sup> Ley N<sup>o</sup>20.322, del 27 de enero del 2009, Fortalece y perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera.

<sup>5</sup> Artículo 5<sup>o</sup>.- El Juez Tributario y Aduanero y el Secretario Abogado del Tribunal Tributario y Aduanero serán nombrados por el Presidente de la República, de una terna propuesta por la respectiva Corte de Apelaciones.

(...)

La Corte de Apelaciones respectiva podrá rechazar, en forma fundada y por una sola vez, todos o algunos de los nombres contenidos en la lista que se le presente. Si el número de nombres restantes fuere inferior a cinco, la Corte comunicará el hecho al Consejo, para que complete la nómina llamando a un nuevo concurso, en el cual no podrán participar las personas que fueron rechazadas.

<sup>6</sup> Bordalí Salamanca, Andrés (2009). Op. cit., pp. 237-264.

del fallo, el Tribunal Constitucional -en sus sentencias N°s 616 y 472, ambas del año 2006-, había declarado que no existía ningún problema de constitucionalidad en que el Director del Servicio de Impuestos Internos ejerciera jurisdicción como tribunal especial situado fuera del Poder Judicial, en la medida que se respetaran las garantías del debido proceso, ya que, en definitiva, sostuvo que “lo propio de la jurisdicción es la función en que consiste y no el órgano que le ejerce”. No obstante, años después, en el control de constitucionalidad, declarararía la inconstitucionalidad de la norma que obligaba a la Corte de Apelaciones respectiva rechazar en “forma fundada” y “por una sola vez” los nombres propuestos por el Consejo de Alta Dirección Pública para llenar los cargos señalados de los TTA.

Tales críticas se sostienen en que si bien en un comienzo el TC habría sido congruente con sus resoluciones, manteniendo una adecuada línea argumentativa en materia de delegación de funciones, ello se habría fracturado<sup>7</sup> con la declaración de inconstitucionalidad y que, si bien sus razones pueden ser compartidas, no pueden ser del todo avaladas, puesto que la consecuencia conlleva un cambio inexplicable de su jurisprudencia.

El objetivo del presente artículo es demostrar que dichas opiniones se han elaborado desde una visión que no es completa, sin lograr dimensionar, en el contexto global, los alcances y efectos que la sentencia del control de constitucionalidad buscó, en definitiva, alcanzar.

Para ello, nos dedicaremos a revisar, en primer lugar, los considerandos que se refieren al punto controvertido del fallo, esto es -y ya lo mencionábamos más arriba-, la declaración de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 5° de la Ley N°20.322, dando especial relevancia a cuáles fueron los argumentos del TC para sostener que esta normativa debía ser declarada inconstitucional. De tal modo que es posible apresurarse a sostener que lo realizado por esta Magistratura no fue más que proteger la supremacía constitucional.

A continuación, revisaremos los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que avalan la decisión tomada por el TC, visto desde un punto de vista constitucional y administrativo.

Por otro lado, hemos decidido dedicar una parte del texto a revisar la historia de la ley, especialmente, de la normativa en comento. Corroboraremos, de

<sup>7</sup> Bordalí Salamanca, Andrés (2009). Op. cit., pp. 237-264.

esta manera, que la inconstitucionalidad declarada por el TC ya era objeto de observaciones desde que el proyecto entró a tramitación al Legislativo, en donde, además, hubo reparos de constitucionalidad, pero que no fueron enmendados, a pesar de haberse presentado varias oportunidades para ello.

Pero, antes, haremos un breve repaso de los hechos y de los argumentos que daban cuenta, en ese entonces, de la necesidad de crear los TTA.

Creemos que por medio de este artículo ayudaremos corregir la visión arriba expuesta, ya que, a nuestro juicio, no es fiel a los reales efectos que produjo la sentencia, restándole el justo mérito que posee. Para nosotros, lo anterior tiene especial relevancia, toda vez que representa la importante labor que viene realizando, de manera constante y eficaz, el TC desde su creación –tarea por lo demás encomendada por la Constitución–, cual es la de velar por la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

## I. ANTECEDENTES

### a. La situación en Chile antes de la creación de los TTA

La idea de crear los TTA emana de la imperiosa necesidad de conformar un órgano o autoridad independiente, capaz de velar por el debido proceso, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho. Ambos venían siendo afectados de manera evidente con la situación que se producía con el –actualmente derogado– artículo 116<sup>8</sup> del Código Tributario. Dicha normativa, recordemos, facultaba al Director Regional de Impuestos Internos, en su calidad de juez tributario –competencia que le había sido entregada en virtud de lo señalado en el artículo 115<sup>9</sup> del mismo cuerpo legal<sup>10</sup>–, a delegar jurisdicción a funcionarios de su dependencia, a través de una resolución exenta. De tal modo que dichos subalternos quedaban habilitados para el conocimiento y fallo de reclamaciones y denuncias tributarias. Lo anterior

<sup>8</sup> Artículo 116: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando “por orden del Director Regional”. Código Tributario, última versión. Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6374>>

<sup>9</sup> Artículo 115: “El Director Regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa”. Código Tributario, última versión. Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6374>>

<sup>10</sup> Considerando decimosegundo, sentencia Rol N°1243, Tribunal Constitucional.

quedaba reforzado, además, con otras dos normativas: una del mismo cuerpo legal<sup>11</sup> y otra de un D.F.L.<sup>12</sup>, que permitía a los Directores Regionales autorizar a funcionarios de su dependencia para que pudieran resolver ciertas materias o –actuando “por orden del Director Regional”– a hacer uso de algunas de sus atribuciones.

El tema no era, en lo absoluto, ajeno para el mundo académico de la época. Y así, “*desde hace bastante tiempo que en el derecho chileno, diversos autores habían puesto de manifiesto los graves problemas procedimentales derivados de la contravención a la legalidad y de la falta de independencia e imparcialidad de los tribunales*”<sup>13</sup>. Nutrida era en aquellos tiempos la doctrina<sup>14</sup> que defendía la urgente necesidad de eliminar la doble facultad del Director Regional de ser juez y parte en el proceso sometido a su conocimiento porque, de esa forma, se materializaba “*un claro supuesto de autodefensa prohibido por la Constitución, ya que la ley, al llamar tribunal a un sujeto que se hace justicia por su propia mano, está quebrantando el sentido natural y obvio de la expresión, reconocido por la Constitución en sus garantías procesales*”<sup>15</sup>. Por otro lado, “*el principio de separación de poderes y la obediencia a la jerarquía administrativa hacen que, en los hechos no exista la independencia necesaria para resolver conflictos con pleno respeto a las garantías constitucionales. Y aún más, la confusión de la doble función,*

<sup>11</sup> El artículo 6º, letra B, N°7, del Código Tributario señala que corresponde a los Directores Regionales en la jurisdicción de su territorio: “*Autorizar a otros funcionarios para resolver determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia, o para hacer uso de las facultades que le confiere el Estatuto Orgánico del Servicio, actuando por “orden del Director Regional”, y encargarles, de acuerdo con las leyes y reglamentos, el cumplimiento de otras funciones y obligaciones*”. Código Tributario, última versión. Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6374>>

<sup>12</sup> El artículo 20 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, precisa, a su turno, que: “*Los Directores Regionales podrán, de acuerdo con las normas impartidas por el Director, autorizar a funcionarios de su dependencia para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando “por orden del Director Regional”*”. Decreto con Fuerza de Ley N°7, de 30 de septiembre de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos. Disponible en <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/ley.htm>>

<sup>13</sup> Tapia Canales, Javier (2005). *Bases para un debido proceso tributario: Tres teorías acerca de la relación entre el Estado y los contribuyentes*. Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N°2, pp. 329-362.

<sup>14</sup> Para mayores referencias, revisar el capítulo “Controversia Jurídica”, Hacia una Nueva Justicia Tributaria. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año IV, N°4, 2000, pp. 129-185.

<sup>15</sup> Arancibia Mattar, Jaime (2002). *Los Tribunales Tributarios como Comisiones especiales. Una lectura del Código Tributario a la luz de la Constitución*. Revista IusPublicum, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, N°18, pp. 161-178.

*administrativa y jurisdiccional, en un mismo funcionario, atenta contra la debida imparcialidad*<sup>16</sup>.

Además, al no estar comprendido dentro de lo que prácticamente la propia Constitución llama tribunal, quedaba entonces constituido dentro de las llamadas “comisiones especiales”, hecho, por lo demás, prohibido en nuestra Carta Magna. Incluso, como una forma de solucionar la falta de tribunales tributarios, se proponía acceder a la justicia ordinaria vía acciones de protección, nulidad de derecho público, pago de lo no debido, entre otras, pero que carecía de la especialización que merecía la materia.

Aún más, se le criticaba la precariedad de la posición de su cargo, así como la dotación de la Administración Tributaria y Aduanera, encargada tanto de la fiscalización como de la resolución de controversias. A ello, había que sumar el hecho de carecer de la suficiente autonomía en su labor interpretativa, dado que –hasta hoy– los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos se encuentran obligados por ley a seguir las instrucciones del Director Nacional. Incluso, podía resultar que, en ciertas situaciones, tuvieran un eventual interés pecuniario en las resultados del juicio como, por ejemplo, en el caso del bono entregado como premio por metas de recaudación. De tal modo que, con todos estos antecedentes, ciertamente los Directores Regionales, en su calidad de “jueces” de primera instancia, no se encontraban facultados para interpretar y aplicar la ley de manera soberana. Es importante agregar a lo anterior que la situación descrita contravenía tratados internacionales ratificados por Chile, tal como la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8°, entre otros.

Sin embargo, no a todos les parecía apropiada la creación de los TTA. En efecto, una parte de la doctrina especializada sostenía que la solución definitiva al problema procesal tributario se encontraba en la creación de “Tribunales Contenciosos-Administrativos”, ya que estos no sólo entrarían a conocer de causas tributarias, sino también de otras relacionadas, como materias aduaneras o antimonopolio. Y, dado que dicha solución hubiera podido tomar varios años en implementarse, proponían como solución provisoria modificar las normas básicas del Código Tributario que regulan

<sup>16</sup>Tapia Canales, Javier (2005). Op. cit., pp. 329-362.

estas materias como, por ejemplo, fijarle plazos al Director Regional para emitir resoluciones y dictar sanciones o reglamentar la recepción de la prueba, entre otras<sup>17</sup>.

## **b. La realidad en el derecho comparado**

En contraposición a la realidad existente, las legislaciones modernas comenzaron a utilizar como solución predominante la instauración de tribunales especializados en Derecho Tributario, con diferentes ubicaciones en la estructura estatal y distintos grados de independencia respecto del poder ejecutivo<sup>18</sup>. Así, algunos países latinoamericanos aplicaban el sistema de jurisdicción única atribuida en forma exclusiva al Poder Judicial, pero conformando órganos colegiados y especializados en la materia. Por otro lado, en países como Estados Unidos o España, se instauró el sistema de jurisdicción atribuida a tribunales administrativos que necesariamente debían ser revisados por órganos del poder judicial.

En contraposición, Alemania instaura una jurisdicción administrativa separada de los otros poderes, de tal forma que los asuntos contenciosos administrativos serían ventilados ante órganos jurisdiccionales independientes de los otros tres poderes del Estado y tanto los asuntos como los recursos que la ley facultara interponer serían presentados ante tribunales especializados. Finalmente, en otros sistemas, la tutela jurisdiccional se encontraba asignada a dos órdenes de tribunales, esto es, tribunales administrativos especializados y el poder judicial, como es el caso del sistema francés. De tal modo que, cuando se trata de cuestiones que se suscitaban entre particulares o delitos, estas son sometidas al conocimiento de los jueces del poder judicial, cosa que no ocurrirá cuando se trate de juzgar la actuación de la administración pública, ya que en ese caso intervendrán los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Magasich Huerta, Jorge (1985). *¿Es conveniente la creación de Tribunales Tributarios?* Gaceta Jurídica año X, N°63, pp. 2-5.

<sup>18</sup> Moya González, Luis Miguel (2004). *Tribunales Tributarios*. Revista Derecho Universidad Mayor N°3, octubre, pp. 187-209.

<sup>19</sup> Ibid.

### c. La derogación del artículo 116 del Código Tributario

Por su parte, en Chile, y luego de numerosas declaraciones de inaplicabilidad<sup>20</sup>, el TC decidió, por la unanimidad de sus miembros, hacer uso de la facultad que le confiere la Constitución<sup>21</sup>, de abrir proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario. La sentencia, dictada el 27 de marzo del 2007, resolvió que dicha normativa era inconstitucional, considerándose derogada desde el tercer día de su publicación en el Diario Oficial, tal como lo señala la Carta Política.

Ahora bien, entre los argumentos que tuvo en consideración la Magistratura Constitucional para resolver las inaplicabilidades del artículo en comento, especialmente relevante fue, en su oportunidad, verificar la naturaleza de la delegación que realizaba el Director del SII, la que, a su juicio, se refería a facultades jurisdiccionales, descartándose así la hipótesis de una delegación de atribuciones administrativas<sup>22</sup>. De tal forma que, poseyendo jurisdicción para conocer y fallar como juez especial, y estando facultado por la ley para delegar dichas funciones, aquellos funcionarios del servicio ejercían esas atribuciones en base a la delegación que efectuaba el aludido Director al amparo de la normativa derogada.

Sin embargo, y tal como lo señala el TC en una de sus sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la jurisdicción concebida en los términos consagrados por nuestra Constitución, *“se caracteriza por ser una función pública emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5°, 6° y 7° de la Carta Política, y entrega de forma exclusiva y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley”*<sup>23</sup>, de tal modo que así concebida, la jurisdicción es un atributo de la soberanía y, como tal, indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley han confiado. Así, al autorizar el artículo 116 a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos delegar sus funciones en funcionarios de su dependencia infringían,

<sup>20</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional roles N°s 472, 499, 502, 515, 520, 525, 526, 527, 528, 547, 554, 555, 566, 569, 574, 595, 604, 605, 606, 613, 614, 627, 628, 629, 630, 635, 636, 639, 640, 641, 642, 647, 657 y 658, todas del año 2006.

<sup>21</sup> Constitución Política de La República de Chile, Artículo 93, número 7°. Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°472, del 30 de agosto del 2006. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=155>>

<sup>23</sup> Ibid.

asimismo, las normas constitucionales citadas, toda vez que aquellas consagran los principios de supremacía constitucional, los requisitos de validez aplicables a la actuación de los órganos del Estado y el principio de clausura del derecho público. Además, se veía afectado el mandato constitucional<sup>24</sup> que señala que sólo se puede ejercer soberanía por aquellas autoridades que la propia Constitución o la ley establecen y el principio de “legalidad del tribunal”<sup>25</sup>, el que –a juicio del Tribunal– se encuentra en estrecha ligazón con el de la seguridad jurídica, en el entendido de que “*toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados*”<sup>26</sup>.

A mayor abundamiento, para esta Magistratura, “*sostener que el respeto a la seguridad jurídica, que supone el cumplimiento estricto del principio de legalidad del tribunal, a través del juzgamiento realizado por el tribunal y por el juez instituidos por la ley, constituye una base fundamental para el pleno imperio del Estado de Derecho*”<sup>27</sup> y que “*si la jurisdicción sólo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la Carta Fundamental*”<sup>28</sup>.

Con posterioridad, y ahora dentro del ámbito del proceso de inconstitucionalidad, la Magistratura sostuvo que la normativa impugnada era contraria a la Constitución por cuanto al facultar la delegación de funciones encomendaba entonces la jurisdicción, lo que es del todo imposible, toda vez que esta “*constituye un atributo de la soberanía y, en tal calidad, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado*”<sup>29</sup>. Asimismo, vulneraba el principio de inexcusabilidad que pesa en todos los tribunales, mandato consagrado en el artículo 76 de

<sup>24</sup> Constitución Política de La República de Chile, Artículo 5. Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

<sup>25</sup> Constitución Política de La República de Chile, Artículo 19, N°3, inciso cuarto, 38, inciso 2°, 76 y 77. Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°472, del 30 de agosto del 2006. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=155>>

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°681, del 26 de marzo del 2007. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=69>>

nuestra Carta Política. A mayor abundamiento, dicha Magistratura sostuvo que vulneraba lo señalado en su artículo 7° constitucional, el que establece los requisitos indispensables para estimar la validez de los actos de todo órgano del Estado, dejando expresamente claro que ninguna magistratura puede atribuirse mayores potestades que las que la Constitución o la ley les haya encomendado<sup>30</sup>. Afectaba, a su vez, el derecho de toda persona a no ser juzgada por comisiones especiales<sup>31</sup>, el derecho de poder reclamar –en caso que se vea afectada en sus derechos– ante los tribunales que determine la ley, y la delegación exclusiva a los tribunales establecidos por ley, en el entendido de que sean ellos –y no otros– los que conozcan de las causas civiles y criminales –entendiéndose incorporadas en las primeras las causas contenciosas administrativas como aquellas que resuelven los conflictos tributarios–, así como también atentaba con el mandato establecido por la Constitución de que sea una ley orgánica la que determine la organización y atribuciones de los tribunales. En resumen, a juicio del TC, esta normativa atentaba contra la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, motivos más que suficientes para declarar su inconstitucionalidad y su consecuente derogación a contar del tercer día de dictada la sentencia.

## **II. CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES TRIBUTARIOS Y ADUANEROS: HISTORIA DE LA LEY N° 20.322**

La idea de legislar en la materia tuvo su origen incluso años antes de la tramitación de la normativa en comento. Así, en el Mensaje Presidencial con el que se dio origen a la tramitación del proyecto de ley que establecía normas legales para combatir la evasión tributaria en nuestro país<sup>32</sup>, se *“formuló el compromiso de propiciar una iniciativa legislativa que perfeccionara la jurisdicción tributaria, particularmente en cuanto a establecer una instancia que resolviera de forma expedita y con el adecuado respaldo técnico, las apelaciones*

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Mensaje Presidencial N° 178-242, del 24 de agosto del 2000, en la tramitación del proyecto de ley que establecía normas legales para combatir la evasión tributaria en nuestro país, actual Ley N° 19.738, publicada en el Diario Oficial del 19 de junio del 2001. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX16nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX16nro_ley=20322)>

*respecto de los fallos de primer grado*”<sup>33</sup>, buscando superar las actuales limitaciones que la judicatura tributaria de primera y segunda instancia presentaban, así como la falta de imparcialidad que presentaba la figura de los jueces tributarios como funcionarios de exclusiva confianza del Director del Servicio de Impuestos Internos. Por otro lado, se pretendía soslayar el problema de la inexistencia de un grupo especializado encargado de resolver problemas tributarios, ya que, en la práctica, eran las Cortes de Apelaciones las encargadas de resolver sobre materias de alta complejidad, mermando así una justa resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento.

De tal forma que, con este nuevo proyecto presentado ante el Congreso, se pretendía fortalecer y perfeccionar la jurisdicción tributaria y aduanera, lo que se traduciría, en definitiva, hacer realidad los TTA. Para ello, se proponía instaurar –entre otras– los tribunales tributarios y aduaneros de primera instancia, conformados por personal especializado que sería elegido a través de una designación mixta, asegurando con ello su independencia de toda autoridad del Servicio de Impuestos Internos, sin perjuicio de que quedarán sometidos a la supervigilancia directiva correccional y económica de la Corte de Apelaciones respectiva. Por otra parte, se consideraba la conformación de salas especializadas en las Cortes de Apelaciones respectivas para resolver asuntos de segunda instancia.

Sin embargo, el proyecto no fue bien acogido, desde un comienzo, por la Corte Suprema (en adelante “CS”). En efecto, el Tribunal Supremo señaló –en un primer Oficio– que las disposiciones contenidas en el proyecto “*no eran suficientes para lograr eficazmente el propósito de organizar tribunales a cargo de la jurisdicción tributaria de primer grado con la independencia y demás condiciones que exige el desempeño de esta función*”<sup>34</sup>. A su juicio, para que se cumpliera de manera efectiva la independencia necesaria que debe caracterizar a un tribunal u organismo que actúa en cualquier ámbito de la jurisdicción, era necesario estructurar un sistema de juzgados tributarios y aduaneros creados en el Poder Judicial, radicado en salas especializadas de las Cortes de Apelaciones y, en segunda instancia, mediante la resolución de recursos de casación correspondientes ante la CS. Sin embargo, aquella no era la

<sup>33</sup> Mensaje del Ejecutivo, N°206-348, Historia de la Ley N°20.322, p. 4. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20322)>

<sup>34</sup> Oficio de la Corte Suprema a la Cámara de Origen, Oficio 003643, del 30 de diciembre del 2002. Historia de la Ley N°20.322, p. 28. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20322)>

solución que presentaba el proyecto, ya que mantenía el conocimiento en primera instancia de tribunales que seguirán perteneciendo administrativamente al SII, de cuyas jefaturas emanaban las resoluciones objeto de las reclamaciones o denuncias que conocerían los tribunales y que sería parte en los procedimientos en que se ventilaran tales asuntos, con lo que –a juicio de la Corte- se veían vulnerados los artículos 19, N°3, de la Constitución y el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales. A su vez, los funcionarios que lo conformarían serían elegidos a partir de listas conformadas por funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, los que serían calificados previamente por un informe emanado de la misma institución, circunstancias todas que impedían, a juicio de la CS, informar favorablemente del proyecto.

En la Comisión de Hacienda fue modificada su redacción, estableciendo ahora que tanto el juez como el abogado resolutor serían nombrados por el Presidente de la República, de una terna propuesta por la Corte de Apelaciones, la que sería elaborada a partir de una lista de diez nombres, creada por la Dirección Nacional del Servicio Civil. En Sala, lo anterior fue intensamente discutido, planteándose incluso un tema de constitucionalidad, por cuanto se sostuvo que la nueva fórmula de nombramiento afectaría la independencia futura de los tribunales tributarios y aduaneros (que) estaría permanentemente en jaque<sup>35</sup>. Además, se consideraba ilógica la figura de que un organismo de rango inferior propusiera los nombres y limitara así las facultades de un organismo de grado superior, como es la Corte de Apelaciones<sup>36</sup>.

Sin embargo, para otros la propuesta carecía de toda posibilidad de error, por cuanto la Dirección Nacional del Servicio Civil había sido creada y pensada para proponer a los altos funcionarios de la administración. De tal forma que, al participar en el nombramiento cargos de tal relevancia, se garantizaba y resguardaba de mejor manera tanto al contribuyente como el interés general del país<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Señor senador Dittborn, Discusión en sala, sesión 69, fecha 7 de abril del 2004. Historia de la ley 20.322, p. 117. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20322)>

<sup>36</sup> Señor senador Álvarez, Discusión en sala, sesión 69, fecha 7 de abril del 2004. Historia de la ley 20.322, p. 128. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20322)>

<sup>37</sup> H. Señor senador Escalona, Discusión en sala, sesión 69, fecha 7 de abril del 2004. Historia de la ley 20.322, p. 136 y ss. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20322)>

Posteriormente, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia se efectuó una indicación a la normativa en estudio –aprobada por mayoría de votos–, que si bien mantuvo la participación de la Dirección Nacional del Servicio Civil, estableció que la lista propuesta por ella emanaría de un concurso público y que la Corte de Apelaciones respectiva podría rechazar, por una sola vez, la totalidad de los nombres contenidos en ella, en forma fundada, por razones de falta de idoneidad, especialización o experiencia en los postulantes. Notificada del rechazo de la nómina, la Dirección debería entonces llamar a un nuevo concurso en donde no podrían participar las personas que integraron la primera lista.

Celebradas fueron en Sala, las modificaciones propuestas, señalando que con ellas quedaba “muy asegurada la independencia de los jueces tributarios” y “*quedando claro (con esta propuesta mixta de nombramiento) de que se trataba de un tema eminentemente jurisdiccional*”<sup>38</sup>. Para la gran mayoría, este proyecto constituía un significativo avance hacia la modernidad del sistema tributario en el país y que si bien no era del todo perfecto iba, sin duda, hacia la dirección correcta.

Luego de pasar por la Comisión de Hacienda, se formularon nuevas indicaciones, tanto por el Ejecutivo como por los mismos parlamentarios, dentro de las cuales se incorporó la participación del Consejo de Alta Dirección Pública<sup>39</sup>. Ahora, la nueva redacción establecía que la Corte de Apelaciones podría rechazar por una sola vez todos o algunos de los nombres, en forma fundada, por falta de idoneidad, especialización o experiencia de los postulantes y que si el número de nombres restantes era inferior a cinco, la Corte debía notificar al Consejo de Alta Dirección Pública, el que debía llamar a un nuevo concurso en el que podrían participar las personas cuyos nombres habían sido rechazados.

Sin embargo, en un nuevo Oficio, la CS reitera su planteamiento, sosteniendo que si bien el proyecto importaba significativos avances, insiste en la inconveniencia de la intervención que el proyecto le atribuye a la Dirección Nacional del Servicio Civil en los concursos mediante los cuales se proveerían los cargos de jueces y secretarios abogados de los tribunales

<sup>38</sup>H. Señor diputado Bustos, Discusión Particular en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 353, sesión 59, 13 de diciembre del 2005, Historia de la Ley 20.322, p. 247. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20322)>

<sup>39</sup>Indicaciones 10 a la 14. Boletín de Indicaciones.

tributarios, ya que igualmente se trataría de una repartición que según la ley se relaciona con el Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda. Así, el tribunal supremo reitera su preferencia de entregar a las mismas Cortes de Apelaciones la ejecución de los concursos públicos.

Para muchos parlamentarios, sin embargo, les resultaba inconveniente que la Corte de Apelaciones rechazara personas que habían sido seleccionadas mediante el sistema de Alta Dirección Pública, previa definición del perfil del cargo, porque no se veía motivo para ello, ya que si lo que se deseaba en el fondo era darle un rol preponderante a la Corte –lo que a juicio de estos parlamentarios tenía cierta lógica, toda vez que se trataba de proveer cargos en tribunales–, entonces el concurso debía estar única e íntegramente en manos del Poder Judicial<sup>40</sup>.

Interesante es destacar que, en la Comisión de Hacienda, la única abstención<sup>41</sup> que se produjo fue motivada precisamente por la participación del Sistema de Alta Dirección Pública en el nombramiento del personal y de los funcionarios cuyos cargos se crearían por medio de esta ley<sup>42</sup>, es decir, hasta dónde correspondería que algunas personas fuesen nombradas por la vía de la Alta Dirección Pública y otras mediante concurso. De las variadas intervenciones, ninguna hizo alcance a la materia analizada, quedando aprobado en particular.

De vuelta a la Cámara, aplaudido fue por la gran mayoría de los parlamentarios el texto final del proyecto, el que representaba –de acuerdo a un alto quórum de parlamentarios– mayores grados de independencia para la judicatura<sup>43</sup>, zanjaba en forma definitiva el problema de la imparcialidad

<sup>40</sup> Además, se postuló la inconveniencia de inhabilitar a todos los seleccionados, ya que podrían perderse candidatos aptos, así como considerar la posibilidad de que los nombres que no hubieran sido rechazados en primera instancia integraran la nómina sin necesidad de volver a postular a un nuevo concurso, argumentos que fueron considerados en la nueva redacción del texto. H. Señor senador Gómez, Informe de Constitución, Senado, 4 de julio del 2008, sesión 36, legislatura 356, Historia de la Ley N°20.322, p. 461. Disponible en <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX18nro\\_ley=20322](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX18nro_ley=20322)>

<sup>41</sup> Abstención de la Honorable senadora Evelyn Mathey. Informe Comisión de Hacienda, Senado. Fecha 15 de julio, 2008. Cuenta en Sesión 36, Legislatura 356. Historia de la Ley N°20.322, p. 668. Ibid.

<sup>42</sup> Inciso tercero del artículo 5to del proyecto de ley, p. 749. Ibid.

<sup>43</sup> H. Señor diputado Ortiz, Discusión Única en Sala Cámara de Diputados, Legislatura 356, sesión 77, 10 de septiembre del 2008, Historia de la Ley N°20.322, p. 843. Ibid.

y daba cabal cumplimiento a los compromisos internacionales que ha adquirido Chile a través de diversos tratados de libre comercio, que establecen la necesidad de contar con instancias de resolución de conflictos tributarios y aduaneros en sedes judiciales independientes<sup>44</sup>.

Finalmente, el Proyecto de Ley quedaría definido y listo para ser enviado al Ejecutivo.

### **III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES TRIBUTARIOS**

A continuación, revisaremos los principales considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional que aprobó el Proyecto de Ley que perfecciona y fortalece la jurisdicción tributaria y aduanera, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero del año 2009, Ley N°20.322, y que dicen relación específicamente con la normativa declarada inconstitucional por esta Magistratura.

#### **1. La normativa sometida a control de constitucionalidad**

Sostiene la Magistratura que la disposición –que procedemos a transcribir– forma parte de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 77 de la Carta Fundamental, puesto que se refiere a la organización y atribuciones de los TTA que se crean como órganos jurisdiccionales especiales e independientes por el artículo 1° del artículo primero del mismo.

*“ARTÍCULO PRIMERO. Fíjase el siguiente texto de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros:*

(...)

*Artículo 5°. El Juez Tributario y Aduanero y el Secretario Abogado del Tribunal Tributario y Aduanero serán nombrados por el Presidente de la República, de una terna propuesta por la respectiva Corte de Apelaciones.*

*La Corte formará la terna correspondiente de una lista de un mínimo de cinco y un máximo de diez nombres, que le será propuesta por el Consejo de Alta Dirección Pública*

<sup>44</sup>H. Señor diputado Tuma, discusión Única en Sala Cámara de Diputados, Legislatura 356, sesión 77, 10 de septiembre del 2008, Historia de la Ley N°20.322, p. 833. Ibid.

*con sujeción al procedimiento establecido para el nombramiento de altos directivos públicos del primer nivel jerárquico, contenido en el Párrafo 3° del Título VI de la ley N°19.882, con las modificaciones siguientes:*

- a) El perfil profesional de competencias y aptitudes del cargo concursado será definido por el Consejo.*
- b) De no haber al menos cinco candidatos al cargo que cumplan los requisitos para integrar la nómina, el Consejo podrá ordenar que se efectúe un nuevo concurso para conformar o completar la lista, según corresponda.*

*La Corte de Apelaciones respectiva podrá rechazar, en forma fundada y por una sola vez, todos o algunos de los nombres contenidos en la lista que se le presente<sup>45</sup>. Si el número de nombres restantes fuere inferior a cinco, la Corte comunicará el hecho al Consejo, para que complete la nómina llamando a un nuevo concurso, en el cual no podrán participar las personas que fueron rechazadas.*

*Para conformar la terna para el cargo de juez tributario y aduanero, los postulantes deberán ser recibidos por el pleno de la Corte de Apelaciones en una audiencia pública citada especialmente al efecto. Cada Corte establecerá la forma en que se desarrollará esta audiencia.*

(...)”

## **2. Resumen de los argumentos más relevantes de la sentencia en relación a la normativa en análisis**

Recordándonos lo señalado por el artículo 19, N°3, de la Constitución, así como fundamentos de su propia jurisprudencia<sup>46</sup>, el Tribunal Constitucional señala que si bien, en un principio, no sería objetable la participación del Consejo de Alta Dirección Pública en el procedimiento para designar los Jueces y Secretarios Abogados de los nuevos tribunales<sup>47</sup>, “*por su naturaleza, la potestad propositiva en esta materia resulta propia de los tribunales de justicia,*

<sup>45</sup> El destacado es nuestro.

<sup>46</sup> “Todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea”. “Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°46.

<sup>47</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°1.243, del 30 de agosto del 2008. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1076>>

*como es el caso de las Cortes de Apelaciones, lo que reconoce por lo demás el mismo artículo 5°, al encomendarles a ellas la confección de las ternas a partir de las cuales el Presidente de la República debe hacer las designaciones correspondientes*<sup>48</sup> y que, “*por la función que desempeñan, las Cortes están en situación de apreciar adecuadamente si los postulantes reúnen las condiciones necesarias para integrar un tribunal que ha de ser “objetivamente independiente” y “subjetivamente imparcial” en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, en conformidad con las exigencias de un debido proceso*”<sup>49</sup>.

De tal modo que, en virtud de los argumentos expuestos, el Tribunal declaró que la frase “en forma fundada” y “por una sola vez” es contraria a la Carta Fundamental, ordenando la eliminación de su texto.

### **3. Previsiones y disidencias**

Destacables son, por su parte, la prevención del ministro Navarro y las disidencias de los ministros Vodanovic, Fernández y Venegas y el ministro Correa, quienes efectuaron interesantes exposiciones en relación a la materia en análisis.

En primer lugar, el ministro señor Enrique Navarro concurrió al fallo teniendo presente –en relación al artículo en comento–, adicionalmente, las dudas de constitucionalidad que se presentaron en la tramitación del proyecto de ley y la insistencia que habrían efectuado algunos parlamentarios de que la Corte de Apelaciones debía elaborar con absoluta libertad las ternas con los candidatos que cumplieran con las debidas exigencias de especialización tributaria y que incluso se sostuvo que el concurso podría estar única e íntegramente en manos del Poder Judicial. Recuerda, además, los informes negativos elaborados por la CS<sup>50</sup>.

Por otro lado, sostuvo que no puede desconocerse la circunstancia de que el proyecto en cuestión importaba un avance significativo en la justicia tributaria chilena<sup>51</sup> y que lo sustancial es que, a partir de ahora, se trataba de una judicatura letrada, especializada e independiente de la autoridad administrativa<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid. Prevención ministro Navarro, p. 47.

<sup>51</sup> Ibid. Prevención ministro Navarro, p. 48.

<sup>52</sup> Ibid. Prevención ministro Navarro.

Por su parte, los ministros señores Hernán Vodanovic, Mario Fernández, y Marcelo Venegas, estuvieron por declarar inconstitucional la norma, por cuanto, a juicio de los citados ministros *“la independencia de los tribunales de justicia, sin perjuicio de la calidad que ostenten, es un principio constitucional, cuya verificación positiva en nuestro ordenamiento jurídico se sitúa en el inciso segundo del artículo 7º de la Carta y en el inciso primero del artículo 76 del mismo cuerpo normativo”*. El primero de esos preceptos impide a toda magistratura, persona o grupo de personas atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por la Constitución o las leyes. El segundo precepto entrega, exclusivamente, a los tribunales establecidos por la ley *“la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado”*<sup>53</sup>.

A mayor abundamiento, sostienen que la norma del proyecto bajo control somete a esta nueva magistratura a instituciones o reparticiones externas a ella y a los tribunales establecidos por la ley, en aspectos esenciales de su funcionamiento, dañando severamente su independencia<sup>54</sup>.

Finalmente, el ministro Jorge Correa Sutil declaró estar de acuerdo con el Tribunal en declarar inconstitucional la expresión *“por una sola vez”*, por cuanto no se aviene con la independencia e imparcialidad que deben tener los jueces, particularmente estos, que van a juzgar los actos de la administración, garantía que forma parte de un justo y racional procedimiento<sup>55</sup>. Sin embargo, sostuvo que los motivos expresados no le convencían para estimar igualmente inconstitucional la expresión *“en forma fundada”*, ya que, a su juicio, *“obligar a un órgano del Estado, en este caso a una Corte de Apelaciones, a dar razón de sus decisiones, en este caso un rechazo, máxime cuando se trata de un órgano judicial, no resulta contrario a la Carta Fundamental y, por el contrario, es un mecanismo que, en primer lugar, concreta y realiza el principio contenido en el artículo 4º de la Carta Fundamental, que declara a Chile como una república democrática. Los principios del republicanismo y de la democracia exigen a las autoridades públicas dar fundamento y razón de lo que deciden”*<sup>56</sup>. Para el citado ministro, *“fundamentar el rechazo de la propuesta, se aviene a y concreta, a mi juicio, lo establecido en el inciso segundo del artículo 8º*

<sup>53</sup> Ibid. Disidencias ministros Vodanovic, Fernández y Venegas.

<sup>54</sup> Ibid. N°5, p. 52.

<sup>55</sup> Ibid. Disidencia ministro Correa.

<sup>56</sup> Ibid.

*de la Carta Fundamental” y que, en definitiva, “la obligación de fundar el rechazo no se opone en nada a que los jueces que se designen cuenten con la independencia e imparcialidad requeridas”<sup>57</sup>.*

#### IV. COMENTARIOS

##### 1. Poder judicial versus Administración Pública y el Principio de la Separación de Funciones

Crítico de la participación de la Administración en actos sancionatorios, Soto Kloss señala que para que el acto administrativo-sanción sea procedente, esto es, conforme a las disposiciones que al efecto la propia Constitución establece, habría de haber sido el resultado de un procedimiento legalmente establecido, esto es, justo y racional. Y así, nos recuerda que lo señalado por el artículo 19, N°3, inciso quinto, no sólo es aplicable a los órganos jurisdiccionales, sino también a los órganos administrativos cuando ejercen poderes de sanción, o que, de alguna manera, afecte los derechos de las personas<sup>58</sup>. Incluso para impugnarla se exigía el pago previo. En su oportunidad, calificaba este privilegio procesal de “arbitrio absolutista”, sosteniendo su incompatibilidad total con la Constitución pues, señalaba, “*este arbitrio fiscalista y autoritario en grado extremo vulnera la Carta Fundamental no sólo en uno o dos derechos fundamentales sino en varios y de primordial importancia en la vida de relación*”<sup>59</sup>.

A su vez, sostenía que el Estado de Derecho, como expresión jurídicamente acuñada, había nacido para hacer resaltar que no puede existir un orden de justicia en las relaciones del ciudadano con la autoridad, si esa autoridad no está también vinculada o subordinada, en su actuar, al derecho<sup>60</sup>. Y cuando

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Soto Kloss, Eduardo (2006). *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: El “solve et repete” y el Estado de derecho. Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*. Revista Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, pp. 97-117.

<sup>59</sup> Soto Kloss, Eduardo (2006). *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: El ‘solve et repete’ y el Estado de Derecho*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Año X, N°10, pp.193-234.

<sup>60</sup> Soto Kloss, Eduardo (1980). *Estado de derecho y procedimiento administrativo*. Revista Universidad Católica, N°4, pp. 101-117.

nos habla de “autoridad”, se refiere en especial a la llamada “autoridad administrativa”, que es la que está en contacto permanente, frecuente y reiterado con el ciudadano, y es la que tiene, a su vez, la función de cumplir con una enorme gama de servicios en bien de la comunidad, satisfaciendo las necesidades públicas<sup>61</sup>. Por tanto, nos recuerda que la Administración no tiene un interés propio, jurídicamente hablando; su interés es el Estado y este no es otro que el bien común, de tal manera –sostiene– que las formas impuestas al acto de la administración no están a favor de tal o cual parte básicamente, sino en interés de la decisión misma, de su corrección o acierto, madurez o justicia.

Es, en definitiva, un fin de buena administración el que las impone<sup>62</sup>, hecho que no ocurre, por cierto, con la figura del juez y su función de administrar justicia y con ello dar a cada cual lo suyo, en virtud de la atribución encomendada a él por la Constitución y las leyes. De allí que, al estar inspirados por principios contrapuestos, nos parece que no es posible someter a juicio de la Autoridad Administrativa el nombramiento de los jueces.

A mayor abundamiento, el aludido autor considera que la “autotutela ejecutiva” –entendida como la facultad de la Administración de ejecutar por sí misma actos jurídicos– dado el principio de juridicidad, no tiene cabida como principio, regla o norma en nuestro ordenamiento jurídico, desde que todo órgano del Estado no tiene más potestades que aquellas que expresamente le haya conferido la Constitución, o las leyes dictadas conforme a ella<sup>63</sup>.

Por su parte, Precht señala que la Administración se encuentra sometida al derecho, pero que había que guardarse una visión unilateral al respecto: el derecho administrativo debe a la par permitir un funcionamiento eficiente de la Administración y proteger al individuo de los excesos de la potencia pública<sup>64</sup>, de lo que se deriva que, en base al principio de legalidad, ella está obligada a respetar tanto las normas que emanan de la administración

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Precht Pizarro, Jorge (1988). *El principio de legalidad. Un enfoque de derecho administrativo chileno y comparado*. Cuadernos de análisis jurídico, Universidad Diego Portales, N°4, abril, pp. 1-48.

misma, como las que le son exteriores y, sin duda, entre ellas se encuentra la Carta Política. De ahí que nos recuerde que al encontrarse la Administración sometida, en nuestro país, no sólo a la ley como fuente de derecho, sino que a todo el conjunto jurídico, es que se habla entonces de principio de juridicidad.

Ahora bien, a juicio del citado autor, la plenitud del contencioso radica en los tribunales de justicia ordinarios en virtud del inciso primero del artículo 73 de la Constitución y considera como una “falla técnica legislativa” que lo referente a los tribunales administrativos aparezca en el capítulo cuarto: Gobierno, párrafo ‘Bases generales de la Administración del Estado’, ya que ello da para pensar que estos son tribunales creados al interior de la propia Administración para juzgarse a sí misma. A su juicio –y basándose en la historia fidedigna de la Constitución de 1980–, la verdadera intención del constituyente estaba, más bien, en crear verdaderos tribunales, esto es, órganos públicos de índole jurisdiccional con funciones jurisdiccionales. Lo anterior se demuestra al observar que no existe prácticamente ninguna modificación en esta parte de la redacción respecto de su antecesora, repitiendo, así, que la CS tiene la superintendencia directiva correccional y económica de todos los tribunales de la nación, quedando incluidos entonces –a su juicio– los tribunales contencioso-administrativos<sup>65</sup>.

Recordemos, también, que frente a la figura de un Estado Constitucional de Derecho, el llamado control jurisdiccional ejerce una función de garantía de cierre del sistema constitucional, pues –como nos recuerda Cazor Aliste– verifica y hace efectiva la supremacía y los derechos, así como el control de sometimiento de todos los poderes públicos al derecho y su efectiva orientación al interés general, lo que vendría a legitimar la actuación de la Administración; todo lo anterior, en virtud del principio de juridicidad<sup>66</sup>. Reforzando lo anterior, cita lo sostenido por García de Enterría, quien postula que “*el criterio definido por la Constitución española es la justiciabilidad universal de todos y cada uno de los actos de la administración, no pudiendo existir, por ende, parcelas inmunes al control judicial*”<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Cazor Aliste, Kamel (2001). *Fundamentación y control del acto de gobierno en Chile*. Revista de Derecho N°2, Vol. 12, Universidad Austral de Valdivia, diciembre, pp. 93-114.

<sup>67</sup> Ibid.

## 2. La figura inconstitucional del solve et repete: un ejemplo del exceso de potestades administrativas

Uno de los ejemplos más evidentes de la intervención de la Administración en el ejercicio de la tutela de derechos ha sido la figura del solve et repete (“paga primero, reclama después”). En efecto, ampliamente criticada por la doctrina y declarada inconstitucional por el TC, nos da una clara muestra que bajo ninguna circunstancia los derechos fundamentales pueden quedar al arbitrio de ninguna condición o autoridad y que, por sobre todo, dicha Magistratura tiene el deber de velar por que así sea.

Citado en sus sentencias, De Mendizábal Allende nos decía que *“desde una perspectiva trascendental (la regla solve et repete) no admite defensa alguna. No sólo es ajeno a las exigencias inmanentes a la organización administrativa, sino que resulta contrario al principio de igualdad consagrado tradicionalmente en todas nuestras leyes constitucionales desde 1812 hasta hoy. Efectivamente, infringe tal principio fundamental en dos de sus facetas: 1) En la esfera procesal destruye el inestable equilibrio de las partes litigantes. La posición de supremacía de la Administración pública, que, como gráficamente se ha dicho, por mucho que consienta en agacharse es siempre un gigante, y sus inmediatas consecuencias (presunción de legitimidad y potestad ejecutoria), se ve reforzada por un obstáculo defensivo de gran envergadura. 2) Significa, además, una discriminación en perjuicio de los económicamente débiles. El previo pago significa un mayor gravamen para el ciudadano menos afortunado”*<sup>68</sup>.

García de Enterría y Fernández también criticaban la regla solve et repete. A juicio de los ius publicistas, *“el condicionamiento de la admisión de un recurso dirigido contra un acto declarativo del crédito a la efectiva satisfacción de este limita la posibilidad de impugnación a quienes tengan disponibilidades para ese pago, imponiendo una indefensión absoluta a quienes no se encuentren en esa situación, todo lo cual contravendría el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales”*<sup>69</sup>, llegando a sostener incluso, más recientemente que *“es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta recientemente, pero así ha ocurrido. Tras la Constitución, la jurisprudencia ha estimado derogadas por la Constitución todas las exigencias de previo pago como*

<sup>68</sup> De Mendizábal Allende, Rafael (1964). *Significado Actual del Principio ‘Solve et Repete’*. Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N°43, pp 107-160.

<sup>69</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (1981). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, ediciones Madrid, tercera edición.

*requisito de admisión de los recursos administrativos o contencioso-administrativos establecidos en normas preconstitucionales*<sup>70</sup>.

Por su parte, el propio TC sostuvo en una oportunidad que “*se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas*”<sup>71</sup> y que “*de acuerdo a nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben cumplir estrictas condiciones, entre ellas, la de estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, ser razonables y justificadas*”<sup>72</sup>. Luego señalaría que “*razonando de la manera recién indicada y ponderando todo lo reflexionado hasta ahora, no queda sino concluir que, en el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N°26 del artículo 19 de la Carta y, en consecuencia, su aplicación en el caso sublite deberá ser estimada como contraria a la Constitución*”<sup>73</sup>.

### **3. El debido proceso y la independencia de los tribunales**

Una de las principales tareas encomendadas por nuestra actual Constitución al TC es la de resguardar el debido proceso, lo que resulta de lo dispuesto en el inciso 6°, del N°3°, del artículo 19 de la Carta Fundamental, a propósito de la legalidad de los tribunales. Como señalan los profesores Ugalde, García y Ugarte, si bien la Constitución no define este concepto, de su historia fidedigna se puede concluir que para que ello sea procedente es necesario que concurren ciertos elementos que configurarán un racional y

<sup>70</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Perú: ediciones Palestra-TEMIS.

<sup>71</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°207, del 10 de febrero de 1995. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=410>>

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional. Sentencias roles N°s. 226 y 280. Disponibles en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=391>> y <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=338>>, respectivamente.

<sup>73</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°968, del 10 de julio del 2008. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=970>>

justo procedimiento siendo, entre otros, que la sentencia sea dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo<sup>74</sup>.

A juicio de los citados autores, la estructura propuesta por el Proyecto de Ley no aseguraba en modo alguno la imparcialidad e independencia de los nuevos jueces tributarios y aduaneros<sup>75</sup>. Así, sostienen que de los principios fundamentales que organizan la nueva estructura jurisdiccional tributaria y aduanera resultante de la Ley N°20.322, sin los cuales no puede haber una eficiente administración de justicia, se encuentran –entre otros– la independencia e imparcialidad de los tribunales, lo que se traduce, sin duda, en el debido proceso<sup>76</sup>.

Para los citados tributaristas, la independencia e imparcialidad de los tribunales es, sin duda, el principio más importante de los TTA, siendo catalogado como el motor del sistema, calificativo que, por lo demás, compartimos, puesto que se trata del principio básico para la existencia de un Tribunal. Y así, *“la independencia funcional de los tribunales es, sin duda, la cuestión fundamental, no sólo por las razones de orden general a favor de la independencia de los jueces, sino también por la específica de que el Poder Ejecutivo es parte en el proceso sometido al fallo de aquellos. Existe acuerdo unánime al respecto, pero las soluciones legislativas difieren y en la doctrina se registran distintas concepciones de esa independencia. Ahora bien, en la consideración del tema, hay que distinguir dos problemas: el de la ubicación del órgano dentro de la estructura estatal y el de la efectiva independencia de sus integrantes con relación al Poder Ejecutivo y muy especialmente a la administración activa. Acerca de este último no existen discrepancias doctrinales y la recomendación no puede ser otra que la de asegurar esa independencia en el mayor grado posible”*<sup>77</sup>.

Y citan lo señalado en el propio inciso primero del artículo 1° de la Ley Orgánica de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, el cual expresa que *“Los Tribunales Tributarios y Aduaneros son órganos jurisdiccionales letrados, especiales e independientes en el ejercicio de su monasterio...”*, con lo que, a su juicio, se concreta y se lleva a la práctica el principio emanado de nuestra Constitución que asegura a todas las personas, sin distinción, el derecho

<sup>74</sup> Ugalde Prieto, Rodrigo; García Escobar, Jaime; Ugarte Soto, Alfredo (2009). Op. cit.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Ibid.

a un proceso racional y justo, legalmente tramitado. Lo anterior conlleva, necesariamente, a que las resoluciones sean dictadas por tribunales establecidos por la ley, asegurando así que sean independientes e imparciales.

A mayor abundamiento, estos autores nos recuerdan lo sostenido por el mismo TC al interpretar las normas de la Carta Fundamental sobre debido proceso, quien señaló estar de acuerdo en que *“todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea”*. Es más, a juicio de dicha Magistratura, *“la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”*<sup>78</sup>.

Por otra parte, para el profesor Nogueira, la autoridad que ejerce jurisdicción debe ser objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, lo que forma parte de la garantía de protección jurisdiccional de los derechos de las personas en conformidad con el artículo 8°, párrafo 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, sostiene que si lo que se busca es proteger los derechos e intereses legítimos de las personas contra las actuaciones de terceros, incluido el Estado, es obvio que el órgano jurisdiccional protector de los derechos debe ser independiente en el ejercicio de la función de los órganos políticos, especialmente el gobierno. *“La independencia del Poder Judicial es un elemento básico del Estado de Derecho y del Constitucionalismo democrático representativo, el cual se estructura sobre la base de la distribución del Poder Estatal en órganos diferenciados que desarrollan funciones específicas. La falta de independencia funcional de los tribunales de justicia afecta y vulnera el derecho a un tribunal independiente que exige el bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales”*<sup>79</sup>. Para el profesor Nogueira, entonces, *“la independencia del tribunal requiere independencia efectiva, integridad, idoneidad y transparencia, además de adecuada formación jurídica de los magistrados que les permita resolver sin otra sumisión que al imperio del derecho y la propia conciencia iluminada por principios éticos”*<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°46, del 21 de diciembre de 1987. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=563>>

<sup>79</sup> Nogueira Alcalá, Humberto (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, segunda edición.

<sup>80</sup> Ibid.

A mayor abundamiento, el profesor Navarro sostiene que “*nuestra Carta Fundamental otorga un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de una investigación y de un procedimiento racionales y justos*”, y “*que de acuerdo a la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional, el debido proceso supone – entre otros elementos– el derecho del afectado a ser escuchado a aportar pruebas, dictándose una sentencia motivada por un tercero imparcial e independiente, pudiendo impugnarse lo resuelto ante un tribunal superior jerárquico, de acuerdo a la naturaleza del asunto*”<sup>81</sup>.

Por otra parte, interesante le parecía al profesor Soto Kloss presentar a la comunidad jurídica nacional la muy desarrollada forma en la que los principios *audi alteram partem* (el derecho a ser escuchado) y *nemo o iudex in causa sua* (nadie puede ser juez y parte de su propia causa) han sido desarrollados por el derecho inglés, por cuanto en dicho sistema son considerados como los principios básicos e ineludibles para configurar un proceso justo: el llamado *fair trial*<sup>82</sup>. De otro modo, sostiene, no es posible fundar la llamada *natural justice* (justicia natural). Para la legislación anglosajona, entonces –afirma el administrativista–, no es suficiente que el juez dicte una sentencia para ser tal, sino más bien, se necesita mostrar que evidentemente se ha hecho justicia y para ello es indispensable que quien juzga no tenga interés alguno en el litigio, ni siquiera en apariencia<sup>83</sup>.

Aún más, se ha expresado que si bien es cierto que para poder determinar que un órgano es un tribunal y ejerce jurisdicción no se requiere que estos pertenezcan al Poder Judicial, ya que existen “tribunales” que no se consagran en la Constitución sino en la ley y que se configuran como tribunales independientes del Poder Judicial. No es posible sostener, sin embargo, que la Administración y la Judicatura se vayan a regir por los mismos principios a la hora de aplicar la ley. En efecto, se ha señalado que al emanar su legitimación de fuentes diferentes –a saber, la sujeción a la ley versus la sujeción a la responsabilidad y al control jerárquico–, ello hace que finalmente se rijan por principios estructurales diversos. Y así,

<sup>81</sup> Navarro Beltrán, Enrique (2011). “El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Litigación Pública*. Colección Estudios de derecho público, Edit. Universidad de los Andes, pp. 24-28.

<sup>82</sup> Soto Kloss, Eduardo (2002). *Los llamados Tribunales Tributarios ¿son propiamente tribunales?* Revista Gaceta Jurídica, N°263, pp. 7-9.

<sup>83</sup> Ibid.

mientras “*en la judicatura rige el principio de independencia, en la administración nos encontramos frente a una ordenación comisarial y jerárquica*”<sup>84</sup>.

De tal forma que, al derogar la expresión “en forma fundada y por una sola vez”, el Tribunal Constitucional logra resguardar la independencia e imparcialidad de los nuevos tribunales y consagrar la normativa constitucional que se refiere al debido proceso. Al liberar la decisión de la Corte de Apelaciones de quedar sometida a un órgano administrativo, logra contrarrestar una eventual imparcialidad que se hubiera producido de haberse permitido al Consejo de Alta Dirección Pública tener la última decisión en los nombramientos. Por la función que desempeñan y por la *expertís* alcanzada en el desarrollo de su funcionamiento, las Cortes, en particular las Corte de Apelaciones, se encuentran en una inmejorable situación de resolver quiénes cuentan con las habilidades necesarias para integrar un tribunal que ha de ser “objetivamente independiente” y “subjetivamente imparcial” en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, aspectos del todo relevantes si lo que se trata es de cumplir con las exigencias de un debido proceso, característica que, como vimos, es primordial para garantizar la protección jurisdiccional de los derechos de las personas.

#### **4. Precedentes y la vinculación de la sentencia**

Importante es ahora hacernos cargo de las críticas hechas a este supuesto cambio de criterio hecho por el TC, sin motivo aparente. Para ello, recordemos que para elaborarlas un autor contrastó las consideraciones efectuadas en las sentencias y estimó que la diferencia de argumentación era “un extraño rasero”<sup>85</sup>, ya que si bien sus razones pueden ser compartidas, no pueden ser del todo apoyadas, puesto que el resultado conlleva un cambio inexplicable de su jurisprudencia.

De tal forma, entonces, que para resolver si ello es efectivo o no debemos, en primer lugar, dilucidar la relevancia que tiene para estos efectos lo señalado con anterioridad por el propio TC. Coincidimos en el hecho de

<sup>84</sup> Lúbbert Álvarez, Valeria (2011). *Comisiones especiales y debido proceso frente a la Constitución*. Revista Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, pp. 87-107.

<sup>85</sup> Bordalí Salamanca, Andrés (2009). Op. cit., pp. 237-264.

que la Magistratura habría matizado su jurisprudencia, al estimar que en principio era más relevante la función que el órgano, pero luego en el control de constitucionalidad fundó su decisión de derogar la normativa en atención a las características extrínsecas del órgano administrativo y no precisamente –como hubiera sido concordante con su argumentación anterior– con la función encomendada.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con la opinión de que aquello no tendría una justificación razonable. Y para sostener lo anterior, repasemos lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia respecto a qué tan sometido queda el TC ante sus propias sentencias, es decir, qué se ha dicho acerca de los llamados “precedentes constitucionales” y la vinculación de las sentencias.

El profesor Fernández sostiene –aplicando las reglas de interpretación normativa– que *“el precedente judicial posee un doble significado: por una parte, de él deriva la obligación de resolver un asunto de la misma manera como ya se decidió otro anterior o semejante, es decir, aplicar la misma decisión; y, de otra, el deber de mantener y respetar la interpretación dada a una norma constitucional cuando debe aplicársela nuevamente a otro asunto, o sea, aplicar la misma razón que se tuvo para decidir aunque se trate de algo distinto”*<sup>86</sup>.

Por otro lado, Nogueira nos dice que *“la fuerza vinculante de una sentencia se refiere a la fuerza horizontal y vertical que despliega esencialmente la parte motiva o considerativa del fallo en que se establecen los principios y fundamentos inescindibles de la parte resolutive, donde se encuentra la ratio decidendi del Tribunal Constitucional”*<sup>87</sup>. De tal modo que, a juicio del constitucionalista, la obligación de respetar el precedente tiene un doble alcance: fallar igual como ya se falló un caso análogo e interpretar igual a como ya se interpretó, salvo que, naturalmente, el Tribunal modifique su decisión o su interpretación fundado, razonablemente, y más allá de toda duda, el cambio de criterio<sup>88</sup>.

Ahora bien, Fernández se hacía la misma pregunta que nos hacemos hoy: ¿es necesario que la decisión o la interpretación se repitan en el tiempo?

<sup>86</sup> Fernández, Miguel Ángel (2006). *La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho*. Revista Estudios Constitucionales, año 4, N°1, Universidad de Talca, pp. 125-149.

<sup>87</sup> Nogueira, Alcalá Humberto (2006). *La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante*. Revista Estudios Constitucionales, año 4, N°1, Universidad de Talca, pp. 97-124.

<sup>88</sup> Ibid.

Recordemos lo señalado por el expresidente Ricardo Lagos, en el Mensaje con el que se dio inicio al Proyecto de Reforma Constitucional de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde señaló que *“esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, que el proyecto recoja una doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas”*<sup>89</sup>. Para el constitucionalista, no le merece duda que desde el primer pronunciamiento ya le cabría exigir del Tribunal que lo respete y repita, a menos que sustente con solidez el cambio de criterio.

Importante es destacar, sin embargo, que en la tramitación de la ley en comento, el Ejecutivo presentó una indicación para reemplazar el inciso final del texto del Mensaje, por el siguiente: *“Toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que hubiese resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta”*<sup>90</sup>.

A juicio de Pfeffer, con ello se quiso liberar al TC de una exigencia en extremo gravosa y de dudosa constitucionalidad, como lo sería aquella que lo obligaría a resolver conforme a sus propios precedentes, que sólo podría cambiar por razones fundadas. *“No hay duda –sostiene– que tanto la propuesta legislativa primitiva contenida en el Mensaje como la originada en la indicación buscan dar certeza jurídica en materia constitucional respecto de los criterios jurisprudenciales, de tal manera que si se produce algún cambio, aquel debiera ser siempre justificado fundadamente, esto, por razones no sólo de certeza o seguridad jurídica, sino que también para dar aplicación al principio de igualdad e incrementar la legitimidad del mismo Tribunal”*<sup>91</sup>.

Sin embargo, a pesar de las bondades que hubiera traído consigo, compartimos la opinión del citado constitucionalista, quien en la época de la tramitación del proyecto de ley, sostenía que una norma como la propuesta

<sup>89</sup> Mensaje N°432/353 de S.E. el Presidente de la República con el que inició un proyecto de ley que modifica la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenido en el Boletín N°4.059-07 de la Cámara de Diputados.

<sup>90</sup> Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenido en el Boletín N°4.059-07.

<sup>91</sup> Pfeffer Urquiaga, Emilio (2006). *La introducción del precedente. Un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica*. Revista Estudios constitucionales, año 4, N°1, Universidad de Talca, pp. 185-194.

hubiera traído incluso problemas de constitucionalidad, *“pues si bien ha sido una práctica del TC decidir conforme a lo resuelto con anterioridad, establecerlo con carácter imperativo conllevaría una limitación al ejercicio de su jurisdicción, lo cual, naturalmente, no puede establecerse por norma de rango inferior a la Constitución”*<sup>92</sup>. Creemos que, finalmente, al eliminar este requisito, consolidó su legitimidad para que resolviera con plena convicción, manteniendo –en lo posible– una línea argumentativa, pero, y en el caso que ello lo ameritara y en virtud de la supremacía constitucional, quedando facultado siempre de modificarla con argumentos razonablemente fundados, de acuerdo al caso concreto.

Convenimos, a su vez, con lo señalado por Pfeffer cuando dice que *“no hay duda que el valor que justifica a los precedentes radica en la seguridad jurídica y el respeto del principio de igualdad con proscripción de discriminaciones”*. Sin embargo, se corre el riesgo de petrificar la labor del Tribunal, quien no debe temer en aplicar su jurisprudencia como tampoco en modificarla cuando las circunstancias lo ameriten, puesto que *“en general los órganos judiciales no pueden abandonar los criterios (de interpretación) establecidos en decisiones precedentes (del mismo órgano o de otro superior). Esta prohibición, basada claramente en la unidad de la jurisprudencia y en la seguridad jurídica, no significa tanto el inmovilismo en la interpretación cuanto la creación de una obligación para el órgano que la incumplía: declarar el abandono del criterio precedente”*<sup>93</sup>.

Coincide con esto el profesor Nogueira, quien sostiene que *“el juez constitucional junto con seguir los principios de la dogmática constitucional, si quiere apartarse de los precedentes está obligado a desarrollar la fundamentación o argumentación de la posición incorrecta del precedente en la situación actual o ante un nuevo contexto, ya que la evolución jurisprudencial debe ser explícita y razonada, prudente y equilibrada, con el objeto de no generar un grado inadecuado de inseguridad jurídica o incertidumbre”*<sup>94</sup>. Necesario es para el autor comentar que dicha dosis de flexibilidad es razonable cuando estamos ante la jurisdicción constitucional, ya que el texto constitucional debe irse adaptando a una realidad dinámica y cambiante. La excesiva rigidización,

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Fernández, Miguel Ángel (2006). Op. cit., pp. 125-149.

<sup>94</sup> Nogueira Alcalá, Humberto (2006). Op. cit., pp. 97-124.

sostiene, *“dificultaría gravemente la tarea del Tribunal Constitucional e, incluso, podría poner en grave peligro la vida institucional de la sociedad política”*<sup>95</sup>.

Y aún más, ya que señala que *“una rigidez absoluta de la jurisprudencia impediría al Tribunal Constitucional superar aquellas decisiones anteriores que se considerarán erróneas, situación que nunca puede excluirse. Ello significaría también admitir que una decisión equivocada del Tribunal Constitucional sustituiría de hecho una o más normas constitucionales”*<sup>96</sup>. Coincidimos con Nogueira cuando nos dice que *“el sistema constitucional debe construir un adecuado equilibrio que garantice la fijación y vinculatoriedad de la sentencia constitucional y la capacidad de apertura al cambio, siempre que no afecte ni ponga en peligro la función pacificadora del Tribunal Constitucional y su carácter de intérprete supremo de la Constitución”*<sup>97</sup>.

Por último, debe también tenerse en consideración, lo señalado por el propio TC en el caso “Juzgados de Policía Local”, en donde sostuvo que *“para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que este resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”*<sup>98</sup>.

Amayorabundamiento, recordemos jurisprudencia reciente en donde dicha Magistratura declaró inconstitucional la expresión “mediante resolución fundada” –que permitía, de esta manera, al Tribunal Supremo, rechazar todos o algunos de los nombres contenidos en la lista que le presentara el Consejo de Alta Dirección Pública– en el control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre Tribunales Ambientales. En dicha ocasión, el TC sostuvo que aquella afectaba la potestad propositiva de la CS e infringía la Constitución del mismo modo como lo había hecho en el control de constitucionalidad que nos convoca<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°171, del 22 de julio de 1993. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=444>>

<sup>99</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°2.180, del 17 de mayo del 2012. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2403>>

*Y así, “no debemos olvidar que la tarea de un Tribunal Constitucional además de la resolución de un conflicto coyuntural o concreto, es la de establecer criterios pacificadores hacia el futuro e impedir la sucesiva repetición de controversias, dotando de protección a la Carta Fundamental, a través de una adecuada interpretación de ella”<sup>100</sup>.*

El haber resuelto sobre la base de una argumentación diferente no nos lleva más que a confirmar que con ello lo que buscó el TC fue resguardar la supremacía constitucional, el bien común y el Estado de Derecho. Si bien se espera mantener en el tiempo igual línea argumentativa para casos similares, debemos también considerar que se haga siempre conforme a derecho, resguardando los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna. Ahora bien, si para ello se considera necesario modificar la línea jurisprudencial, ya que, de lo contrario, ¿estaríamos dispuestos a aceptar que el Tribunal se encerrara en su propia doctrina, con el fin de mantener una esperada certeza jurídica, afectando con ello derechos fundamentales? De tal forma que, por los argumentos expuestos, no nos queda más que concluir que la decisión tomada por el TC sí tuvo un fundamento razonable.

## **5. Comentarios finales**

Si bien es cierto que el TC sostuvo en su oportunidad que las garantías del debido proceso se encuentran establecidas en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, independiente del órgano que la ejerza, es necesario, sin embargo, recordar que las razones por las cuales declaró la inconstitucionalidad de la norma fue justamente para garantizar a las partes intervinientes en los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales antes mencionados, de que estos van a contar, al ejercer sus potestades, con la independencia e imparcialidad que aseguren el derecho al debido proceso contemplado en el artículo 19, N°3°, inciso 5°, de la Constitución. Es decir, nos referimos nada menos que de la conformación de un tribunal, que ejercerá jurisdicción y no sólo del hecho de resolver de manera fija o esporádica asuntos que se sometan a su conocimiento. La intervención del Consejo de Alta Dirección Pública supone, a nuestro juicio, una limitante en la separación de funciones, toda vez que en definitiva se

<sup>100</sup>Nogueira Alcalá, Humberto (2006). Op. cit., pp. 97-124.

trata del nombramiento de jueces que ejercerán jurisdicción, hecho que debiera efectuarse por quienes conforman parte del propio Poder Judicial.

Por otro lado, coincidimos con lo expuesto por el Tribunal al considerar que, por la función que desempeñan, las Cortes se encuentran en mejor situación de apreciar “adecuadamente si los postulantes reúnen las condiciones necesarias para integrar un tribunal que ha de ser “objetivamente independiente” y “subjetivamente imparcial” en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, en conformidad con las exigencias de un debido proceso”. La imposición a la Corte de Apelaciones de rechazar en forma fundada y por una sola vez la lista propuesta dejaba amarrada la decisión al Consejo de Alta Dirección Pública, circunstancia que, ciertamente –y recogiendo la disidencia del entonces ministro Correa Sutil–, “*no se aviene(n) con la independencia e imparcialidad que deben tener los jueces, particularmente estos, que van a juzgar los actos de la administración, garantía que forma parte de un justo y racional procedimiento*”<sup>101</sup>.

A mayor abundamiento, y bajo el ámbito de un proceso tributario y aduanero, es importante considerar la posición en la que se encuentra el Estado en un juicio de esta naturaleza. En efecto, en este caso, “*el Estado no comparece en un proceso como titular de un poder estatal, sino como un acreedor más, titular de un derecho personal, que busca la tutela de su interés económico. El Fisco –entonces–, en ejercicio de la función administrativa, sólo puede estimular, incentivar, exhortar, incluso –en un extremo no deseado– amenazar al contribuyente para que cumpla con sus deberes impositivos. Pero en casos de resistencia de este, no puede atribuirse la potestad de ejecución del crédito tributario, esto es, le está vedado satisfacer coactivamente su pretensión*”<sup>102</sup>. De tal modo que, bajo esa perspectiva, “*las exigencias impuestas por el debido proceso son el cumplimiento y protección de las mismas garantías que las impuestas para cualquier otro procedimiento la independencia e imparcialidad del tribunal, en su triple aspecto funcional, administrativo y financiero; la especialización judicial*” lo que, entre otros, “*constituyen las bases para el efectivo respeto de los derechos del contribuyente*”.

<sup>101</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°1.243, del 30 de diciembre del 2008. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1076>>

<sup>102</sup> Tapia Canales, Javier (2005). Op. cit., pp. 329-362.

Aún más, bajo la premisa de que se está frente a una materia procesal tributaria y aduanera, estamos hablando de que no sólo se trata de procedimientos especiales, los que gozan de especial reconocimiento legislativo y doctrinal, sino que de la especialización de quienes serán los encargados de aplicarlos. Y, en ese sentido, aunque *“la especialización de los magistrados no es un criterio uniformemente adoptado por las diversas legislaciones, aunque ella emana lógicamente de la especialización de la jurisdicción, que sí ha conquistado un terreno más vasto, ya sea como justicia tributaria (como en nuestro derecho) o, al menos contencioso-administrativa”*. Con todo, lo cierto es que *“la complejidad de las materias y los aspectos altamente técnicos del derecho tributario parecen imponer la debida especialización, obligando a las legislaciones a adoptar los resguardos adecuados contra los peligros latentes puestos de manifiesto por la doctrina”*<sup>103</sup>. Dado lo anterior, creemos que hubiera sido recomendable haber acogido lo señalado en los dos informes de la CS emitidos en su oportunidad.

De haber dejado el proyecto como estaba, hubiera dañado severamente la independencia de los TTA, tanto en relación con los artículos 5º, 6º y 7º de la Constitución, así como el artículo 19, Nº3, inciso tercero. A mayor abundamiento –y recogiendo las disidencias de los ministros Vodanovic, Fernández y Venegas–, habría vulnerado los artículos 77, 78, 79, 80 y 82 de la Carta, relativos a la organización y atribuciones de los tribunales, al nombramiento, calificación y destitución de los magistrados, a los deberes que estos deben cumplir en el ejercicio de sus funciones, y a la facultad de la CS relativa a la superintendencia directiva, correccional y económica, que le compete sobre todos los tribunales de la Nación; y por otro lado, hubiera estado en contradicción con lo dispuesto en su artículo primero, recoge el citado principio al señalar: *“Los Tribunales Tributarios y Aduaneros son órganos jurisdiccionales letrados, especiales e independientes en el ejercicio de su ministerio, cuyas funciones, en el ámbito de su territorio”*.

Por lo tanto, si bien es efectivo que el TC matizó su criterio, lo hizo con el fin de velar por la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, ya que de otro modo ahí podríamos compartir la opinión de que se trata de un cambio sin justificación razonable. Esta es la tarea que le encomendó la Constitución y es a ella a la que debe someterse y no a su pasada jurisprudencia. Si bien

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Sánchez Morrón, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, primera edición.

todos esperamos que mantenga cierta coherencia en pro de la seguridad jurídica, no es menos cierto que tenga el deber de modificarla si de lo contrario pone en riesgo el bien común.

No debemos olvidar, además, que los jueces deben ser capaces de elaborar un “juicio de coherencia”, es decir, un enlace razonable y lógico entre la decisión administrativa y la realidad, y que la falta de esta coherencia significaría una arbitrariedad, lesionando, de este modo, el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva<sup>104</sup>. De ahí la necesidad de tener el mayor grado de imparcialidad posible entre el Poder Judicial y los órganos de la administración, hecho que sin duda lo analizó el Tribunal Constitucional. Aún más, tan nocivo es para la sociedad y los ciudadanos el autoritarismo administrativo, el abuso de poder o la falta de garantías individuales como la impotencia, la parálisis y la ineficiencia de la (propia) administración<sup>105</sup>.

Administrar no es simplemente ejecutar la ley, sino satisfacer los intereses públicos con sometimiento a la ley y al derecho, lo que implica encontrar la mejor manera de desempeñar esa tarea, debiendo contar con las orientaciones, exigencias y los límites que la ley y el derecho le imponen<sup>106</sup>. Pero, todo ello no significa que el Poder Judicial deba estar por sobre la administración, sino al contrario. Siendo el Poder Judicial también un poder público, parte del Estado en su acepción global, está vinculado por los mismos valores superiores y principios constitucionales que el resto de los poderes públicos y debe contribuir, al igual que estos, a su realización efectiva. Y esa contribución debe prestarse a través de la función propia del juez y no desbordando sus límites, ni sustituir a los gobernantes y administradores en las funciones que les corresponde<sup>107</sup>.

Concluimos recordando lo señalado por Manuel Jiménez Bulnes, cuando presidía el TC, quien señaló que *“esta función de velar por la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional lo hace normalmente merecedor del título de garante de la Constitución por excelencia; pero es del dejar en claro que no es el único órgano obligado a defender la Constitución, pues tal defensa es un deber general de todos los órganos del Estado, de sus integrantes y de toda persona, institución o grupo, según se desprende,*

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

*entre otros conceptos, de los artículos 6° y 7° de la Constitución al prescribirles su acatamiento y actuación conforme a ella (...) Pero la gran diferencia existente entre los órganos e instituciones encargados también de la defensa de la Constitución es que esta obligación es en general un deber genérico y la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre ellas. En cambio, para el Tribunal Constitucional su única razón de ser y existir, es la defensa de la totalidad de la Constitución y no sólo de una de sus partes*<sup>108</sup>.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

Arancibia Mattar, Jaime (2002). *Los Tribunales Tributarios como Comisiones especiales. Una lectura del Código Tributario a la luz de la Constitución*. Revista IusPublicum, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, N°18.

Bordalí Salamanca, Andrés (2009). *¿Independencia judicial? Depende... (Sentencia del Tribunal Constitucional sobre los Tribunales Tributarios y Aduaneros)*, Comentario de Andrés Bordalí Salamanca. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XXII, N°1.

Cazor Aliste, Kamel (2001). *Fundamentación y control del acto de gobierno en Chile*. Revista de Derecho N°2, Vol. 12, Universidad Austral de Valdivia, diciembre.

De Mendizábal Allende, Rafael (1964). *Significado Actual del Principio 'Solve et Repete'*. Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N°43.

Fernández, Miguel Ángel (2006). *La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho*. Revista Estudios Constitucionales, año 4, N°1, Universidad de Talca.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (1981). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ediciones Madrid, tercera edición.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Perú: ediciones Palestra-TEMIS.

<sup>108</sup> Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional Fernando Jiménez, citado en Fernández, Miguel Ángel, *La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho*, Estudios Constitucionales, año 4, N° 1, Universidad de Talca, 2006, p. 131.

Lúbbert Álvarez, Valeria (2011). *Comisiones especiales y debido proceso frente a la Constitución*. Revista Estudios de la Justicia, Universidad de Chile.

Magasich Huerta, Jorge (1985). *¿Es conveniente la creación de Tribunales Tributarios?* Gaceta Jurídica año X, N°63.

Moya González, Luis Miguel (2004). *Tribunales Tributarios*. Revista Derecho Universidad Mayor N°3, octubre.

Navarro Beltrán, Enrique (2011). “El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Litigación Pública*. Colección Estudios de derecho público, Editorial Universidad de los Andes.

Nogueira Alcalá, Humberto (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, segunda edición.

Nogueira Alcalá, Humberto (2006). *La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante*. Revista Estudios Constitucionales, año 4, N°1, Universidad de Talca.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2006). *La introducción del precedente. Un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica*. Revista Estudios Constitucionales, año 4, N°1, Universidad de Talca.

Precht Pizarro, Jorge (1988). *El principio de legalidad. Un enfoque de derecho administrativo chileno y comparado*. Cuadernos de análisis jurídico, Universidad Diego Portales, N°4.

Sánchez Morrón, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos.

Soto Kloss, Eduardo (1980). *Estado de derecho y procedimiento administrativo*. Revista Universidad Católica, N°4

Soto Kloss, Eduardo (2002). *Los llamados Tribunales Tributarios ¿son propiamente tribunales?* Revista Gaceta Jurídica, año N°263.

Soto Kloss, Eduardo (2006). *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: El “solve et repete” y el Estado de derecho. Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*. Revista Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás.

Soto Kloss, Eduardo (2006). *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: El 'solve et repete' y el Estado de Derecho*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Año X, N°10.

Tapia Canales, Javier (2005). *Bases para un debido proceso tributario: Tres teorías acerca de la relación entre el Estado y los contribuyentes*. Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N°2.

Ugalde Prieto, Rodrigo; García Escobar, Jaime; Ugarte Soto, Alfredo (2009). *Tribunales Tributarios y Aduaneros*. Santiago: Legal Publishing, primera edición.

### **NORMAS CITADAS:**

Código Tributario.

Constitución Política de La República de Chile.

Historia de la Ley N°20.322.

Ley N°20.322, del 27 de enero del 2009.

Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

Ley N°19.738, del 19 de junio del 2001.

### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Tribunal Constitucional, Rol N°46, del 21 de diciembre de 1987.

Tribunal Constitucional, Rol N°171, del 22 de julio de 1993.

Tribunal Constitucional, Rol N°207, del 10 de febrero de 1995.

Tribunal Constitucional, Rol N°472, del 30 de agosto del 2006.

Tribunal Constitucional, Rol N°681, del 26 de marzo del 2007.

Tribunal Constitucional, Rol N°968, del 10 de julio del 2008.

Tribunal Constitucional, Rol N°1.243, del 30 de diciembre del 2008.

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°2.180, del 17 de mayo del 2012.

## REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE NORMAS DE PUBLICACIÓN

### **1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:**

**1.1.** La evaluación de artículos recibidos en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.

**1.2.** El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.

**1.3.** El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.

**1.4.** La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.

**1.5.** Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.

**1.6.** Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

**1.7.** Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

## **2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:**

**2.1.** Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

**2.2.** Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.

**2.3.** La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1½, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 ½ espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

## **3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:**

**3.1.** Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (calcalde@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.

**3.2.** El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

## **4. En referencia al sistema de citas:**

**4.1. Sobre la bibliografía citada.** Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

-de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.

-de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.

-de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.

-de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). *Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año XI, N° 11, pp. 49-50.

-de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.

- de fuente manuscrita: Archivo Nacional – Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.

-de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=arttext&pid=2>>

**4.2. Sobre las normas citadas.** Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo de 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

**4.3. Sobre la jurisprudencia citada.** Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido

publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

-*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.

-ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

## **5. En referencia a resúmenes y palabras clave:**

**5.1.** El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

**5.2.** El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

**5.3.** Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

**5.4.** Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.

## ACTIVIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO

### ACTIVIDADES 2012

#### **I. Seminario “Proyecto ERNC y mercado de carbono”**

El 20 de marzo se realizó el Seminario “Proyecto ERNC y mercado de carbono”, organizado por ACERA, Asociación Chilena de Energías Renovables AG, la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae y TFS Green, el que tuvo por objeto dar a conocer cómo se pueden beneficiar los proyectos de ERNC, en el estado actual de las negociaciones internacionales sobre cambio climático y el mercado de carbono, donde se describió la posición de Chile, los países en desarrollo, la posible extensión del Protocolo de Kyoto post 2012 y cómo esto afecta al mercado de carbono.

Fue inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Miguel Schweitzer, y por el vicepresidente de ACERA, José Ignacio Escobar. Expusieron Andrea Rudnick, del Ministerio de Medio Ambiente; Arturo Brandt, de TFS Green, y José Miguel Contardo de Hidromaule.

#### **II. Seminario “Binominal en crisis?”**

El 29 de marzo tuvo lugar el Seminario “Binominal en crisis?”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, con la participación de los senadores Jovino Novoa (UDI) e Ignacio Walker (DC), donde se analizaron los requisitos para una reforma electoral, la participación ciudadana y las implicancias políticas que podrían tener las modificaciones en este sistema.

Fue inaugurado por Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho, donde además, expusieron los académicos de la Universidad Finis Terrae, Enrique Navarro y Carlos Cruz Coke, y el profesor de la Universidad de Chile, Mario Fernández. Los asistentes tuvieron la oportunidad de hacer preguntas a los expositores

### **III. Curso de Licenciatura**

El 1 de abril se dio inicio al Curso de Licenciatura, el que está dirigido a exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, con el objeto de prepararlos para rendir su Examen de Grado.

### **IV. Magíster en “Derecho Público: transparencia, regulaciones y control”**

El 3 de abril se dio inicio a la tercera versión del “Magíster en Derecho Público”, el que cuenta con nueve módulos que entregan a sus alumnos las bases teóricas, normativas y prácticas, con clases participativas y activas, con análisis y debate de casos, revisión y discusión de jurisprudencia judicial y administrativa, manteniendo un enfoque práctico y en lo posible de aplicación inmediata. Fue inaugurado por el Contralor General de la República, Ramiro Mendoza, y el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

### **V. Magíster en “Medio Ambiente: gestión, evaluación y Derecho Ambiental”**

El 2 de mayo se dio inicio al Magíster en Medio Ambiente: gestión, evaluación y Derecho Ambiental. Su objetivo es entregar herramientas y conocimientos jurídicos y científicos, para quienes se desempeñan en el campo de las distintas disciplinas en el ámbito del derecho ambiental y/o en la gestión ambiental de proyectos de inversión, proporcionando las destrezas necesarias para aplicar la herramienta del SEIA en sus respectivos campos de especialidad a partir de la identificación y análisis de los aspectos jurídicos, sociales y políticos que concurren en la evaluación ambiental de proyectos de inversión. Fue inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

### **VI. Diplomado “Probidad y transparencia en la Administración del Estado”**

El 2 de mayo se dio inicio a la cuarta versión del Diplomado “Probidad y transparencia en la Administración del Estado”. El Diplomado tiene por finalidad entregar las bases teóricas y prácticas para un adecuado cumplimiento de las normas conducentes al ejercicio de las funciones públicas, sometándose a los estándares imperantes de probidad y transparencia.

### **VII. Curso “Derecho Inmobiliario”**

El 22 de mayo se inició el Curso de “Derecho Inmobiliario”, especialización gratuita para los exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, el que se realizó en cinco sesiones de tres horas cronológicas cada una de ellas, contando con un destacado cuerpo docente. El decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer, dio la bienvenida a los participantes.

### **VIII. Presentación libro *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia***

El 23 de mayo se realizó la presentación del libro *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* del doctor en Derecho Civil, profesor e investigador de la Universidad Finis Terrae, Rodrigo Barcia Lehmann. La obra fue comentada por Enrique Barros, doctor en derecho y profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, y Fabiola Lathrop, doctora en derecho y profesora de Derecho Civil de la Universidad de Chile.

### **IX. Diplomado “Derecho Aduanero”**

El 5 de junio, y por tercer año consecutivo, se dio inicio al Diplomado “Derecho Aduanero”. El objetivo es formar profesionales con un alto grado de especialización en materia de derecho aduanero, capacitándolos para desempeñarse con éxito en el ámbito del actual y del nuevo procedimiento, tanto desde el punto de vista de la judicatura como de la litigación y ejercicio en general de esta materia.

### **X. Diplomado “Litigación oral”**

El 3 de julio y por quinto año consecutivo, se dio inicio al Diplomado “Litigación oral con mención en Derecho Procesal Penal”, cuyo objetivo es entregar una preparación técnica y jurídica a los abogados que litigan oralmente en el área del Derecho Penal.

### **XI. Charla “Incentivos para las pymes en el año del emprendimiento”**

El 28 de agosto, el ministro Pablo Longueira expuso en la charla “Incentivo para las pymes en el año del emprendimiento”. En el marco de esta actividad, la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae realizó el lanzamiento de la Clínica de Asesoría Legal a las pymes, proyecto desarrollado junto a

Desafío Levantemos Chile y la Municipalidad de Estación Central. Los asistentes tuvieron la oportunidad de formular preguntas al ministro, relacionadas con el tema.

## **XII. Conferencia “El caso en La Haya: los temas en juego y los próximos pasos”**

El 23 de octubre se realizó la Conferencia “El caso en La Haya: los temas en juego y los próximos pasos”, el que contó con la participación del embajador Alberto van Klaveren, agente de Chile ante la Corte Internacional de La Haya; la embajadora María Teresa Infante y el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

## **XIII. Proyectos energéticos y fallos judiciales**

El 23 de octubre, el abogado Juan José Eyzaguirre, socio de Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, conversó con los alumnos de Derecho de la Universidad Finis Terrae, sobre los últimos fallos publicados a raíz de la compleja situación energética y los proyectos que buscan generar electricidad en nuestro país.

## **XIV. Tercera jornada de Derecho Civil**

El 30 de octubre se llevó a cabo la “Tercera Jornada de Derecho Civil”, con la participación de alumnos de Derecho de distintas universidades, donde las ponencias presentadas fueron del área del Derecho Privado, particularmente Civil y Comercial. El primer lugar lo obtuvo Constanza Muñoz Tapia, de la Universidad Finis Terrae.

## **XV. Seminario internacional “Derechos del adulto mayor”**

El 6 de noviembre se realizó el Seminario Internacional “Derechos del Adulto Mayor”, organizado por el Servicio Nacional del Adulto Mayor, la Academia Parlamentaria y la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, el que se realizó en el edificio del ex Congreso Nacional con la participación de destacados expositores. Fue inaugurado por el decano de la Facultad, Miguel Schweitzer; por la Directora Nacional del Senama, Rosita Kornfeld, y por David Sandoval, diputado y presidente de la Comisión Adulto Mayor. Al cierre, los participantes formularon preguntas, como asimismo, plantearon diversas inquietudes que afectan a los adultos mayores.

### **XVI. Presentación libro *Tendencias de la jurisprudencia chilena***

El 4 de diciembre se realizó el lanzamiento del libro *Tendencias de la jurisprudencia chilena* del profesor José Luis Zavala Ortiz. La obra fue presentada por el director de Investigaciones y Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Enrique Navarro Beltrán.

### **XVII. Seminario “Energía y medio ambiente”**

El 11 de diciembre tuvo lugar el Seminario “Energía y medio ambiente”. La situación energética del país, el desarrollo de nuevos proyectos y la jurisprudencia sobre este tema, fueron algunos de los tópicos que se analizaron en este seminario organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Esta actividad contó con la presencia de Sergio del Campo, subsecretario de Energía; Milton Juica, ministro de la Corte Suprema; Juan José Eyzaguirre, director académico del Magíster en Medio Ambiente de la Universidad Finis Terrae, y Luis Cordero, socio de Ferrada Nehme y profesor de la U. de Chile.

## ACTIVIDADES 2013

### **I. Magíster “Derecho público: transparencia, regulaciones y control”**

El 2 de abril se dio inicio a la cuarta versión del Magíster en Derecho Público: transparencia, regulaciones y control, el que cuenta con nueve módulos que entregan a sus alumnos las bases teóricas, normativas y prácticas, con clases participativas y activas, con análisis y debate de casos, revisión y discusión de jurisprudencia judicial y administrativa, manteniendo un enfoque práctico y en lo posible de aplicación inmediata. Fue inaugurado por el Contralor General de la República, Ramiro Mendoza, y el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

### **II. Curso de Licenciatura**

El 2 de abril se dio inicio al “Curso de Licenciatura”, dirigido a exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. El objetivo del curso es prepararlos para el examen de grado, abarcando las asignaturas de Derecho Civil y Procesal e impartido por los profesores Juan Andrés Celis y Jaime Carrasco, respectivamente.

### **III. Diplomado “Propiedad industrial e intelectual”**

El 25 de abril se dio inicio a la quinta versión del Diplomado en “Propiedad industrial e intelectual”. Este Diplomado tiene como objetivo formar ejecutivos y profesionales con un alto nivel de conocimiento en propiedad intelectual, entregándoles las herramientas necesarias para desarrollar actividades de asesoría, investigación, docencia, análisis y evaluación. Adicionalmente, pretende brindar una formación más profunda y actualizada a aquellos profesionales que deseen ampliar conocimientos en la materia y deseen tener perspectivas laborales relacionadas.

#### **IV. Curso “Introducción a la litigación”**

El 29 de abril se dictó el curso “Introducción a la litigación”, exclusivo para exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, el que fue impartido en quince horas cronológicas, abarcando Teorías de Caso, Argumentación Jurídica y Talleres de Simulación. Los profesores fueron Eugenio Labarca, Matías Balmaceda, Jessica Smith, Juan Andrés Celis y Rodrigo Carrasco.

#### **V. Conferencia internacional “Integración de pueblos originarios. El caso maori”**

El 2 de mayo se realizó la conferencia internacional “Integración de Pueblos Originarios. El caso Maorí”, el que contó con la participación de Tracy Houppapa, líder maorí y pieza clave en la elaboración de políticas de integración de este pueblo originario a la sociedad neozelandesa; se refirió sobre ese exitoso y emblemático proceso de integración social y económica. Junto a ella, el reconocido periodista Fernando Paulsen y el decano Miguel Schweitzer, dialogaron en torno al tema.

#### **VI. Magíster “Medio ambiente: gestión, evaluación y Derecho Ambiental”**

El 5 de mayo se dio inicio, por segundo año consecutivo, al Magíster en Medio Ambiente: gestión, evaluación y Derecho Ambiental, el que tiene por objeto identificar y analizar en profundidad los aspectos jurídicos, científicos, sociales y políticos que confluyen al momento de la evaluación ambiental de proyectos de inversión.

#### **VII. Diplomado en “Derecho Aduanero”**

El 7 de mayo se dio inicio a la cuarta versión del Diplomado en “Derecho Aduanero”. Con la entrada en vigencia de la Ley 20.322, sobre nuevos Tribunales Tributarios y Aduaneros, se logra finalmente la independencia de estos de los respectivos servicios, pasando a estar sujetos a la supervigilancia de la Corte Suprema. Esta ley exige un alto profesionalismo para los jueces y secretarios de estos tribunales, los que deberán acreditar conocimiento y experiencia en la materia, por lo que el objetivo es entregarles un alto grado de especialización en materia de Derecho Aduanero.

### **VIII. Diplomado en “Derecho Minero”**

El 14 de mayo se dio inicio al Diplomado en “Derecho Minero”, el cual surge ante la necesidad de preparación técnica y jurídica para los abogados que se desempeñen o quieran desempeñarse en estas materias, vinculadas a proyectos y empresas mineras. Su objetivo es formar profesionales con un alto nivel de especialización en materia de derecho minero, habilitándolos para conocer y entender los aspectos jurídicos y corporativos del negocio minero en todas sus etapas y ramas técnicas relacionadas, pudiendo asesorar de manera exitosa a sus clientes o empresas en las que trabajan.

### **IX. Diplomado en “Litigación oral”**

El 16 de mayo, y por sexto año consecutivo, se dio inicio al Diplomado “Litigación oral con mención en Derecho Procesal Penal”. Nuestros sistemas procesales han sido objeto de importantes reformas orientadas a modernizar y agilizar la forma de resolver los conflictos jurídicos, por lo que las actuaciones orales exigen a los actores jurídicos un alto nivel de preparación que les permita tomar decisiones inmediatas en orden a obtener éxito en los litigios. El objetivo principal es que sus alumnos se preparen adecuadamente y, al término del Diplomado, los asistentes puedan afrontar con seguridad el desafío planteado, comprender y manejar la normativa, y muy especialmente, manejar técnicas, destrezas y habilidades suficientes para actuar exitosamente en este nuevo y complejo escenario.

### **X. Diplomado en “Probidad y transparencia en la Administración del Estado”**

El 28 de mayo se dio inicio a la quinta versión del Diplomado “Probidad y transparencia en la Administración del Estado”. El ingreso de Chile a la OCDE importa la adopción de medidas de control de la corrupción y, en particular, la implementación y aplicación de los conceptos de probidad y transparencia. Uno de los avances más relevantes en esta materia lo constituye la Ley de Acceso a la Información Pública, con la cual estos principios se transformaron en un mandato legal concreto y exigible en el sector público, por lo que este diplomado viene a entregar las bases teóricas y prácticas necesarias para un adecuado cumplimiento de las normas conducentes al ejercicio de las funciones públicas, sometiéndose a los estándares imperantes de probidad y transparencia.

### **XI. Seminario “Protección internacional en materia de patentes”**

El 20 de junio se realizó el Seminario “Protección Internacional en materia de patentes”, donde se trataron temas relacionados con Patente Europea: panorama general; convenios y tratados; sistemas regionales y comunitarios y, por último, problemas de linkage y salud pública. Contó con la participación de Andrés Moncayo Von Hase, consultor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y profesor de la Universidad de Buenos Aires; Juan Pablo Egaña, abogado del Estudio Sargent & Krhan, profesor del diplomado en Propiedad Industrial e Intelectual de la Universidad Finis Terrae y Pontificia Universidad Católica de Chile; Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, y Carmen Iglesias, ministra del Tribunal de Propiedad Industrial y directora del diplomado en Propiedad Industrial e Intelectual de la Universidad Finis Terrae.

### **XII. Mesa redonda “El nuevo Reglamento del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y su incidencia en la judicialización de proyectos”**

El 6 de septiembre se realizó esta mesa redonda donde expertos analizaron el nuevo Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y su incidencia en la judicialización de proyectos. Expusieron los abogados Javier Vergara, de Vergara Galindo y Correa, y José Adolfo Moreno, fiscal del Servicio de Evaluación Ambiental. Moderó el panel el abogado Alejandro Ruiz.

### **XIII. Charla “Agenda pública y desafíos en materia minera”**

El 24 de septiembre se realizó la charla “Agenda pública y desafíos en materia minera”, donde el subsecretario de Minería, Francisco Orrego, analizó el actual escenario y las proyecciones del área minera en Chile.

### **XIV. Cuarta Jornada de Derecho Civil**

El 25 de septiembre se llevó a cabo la “Cuarta Jornada de Derecho Civil”, donde la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae invitó a todos los estudiantes de Derecho del país a participar con sus trabajos sobre áreas del Derecho Privado, particularmente Civil y Comercial. Los ocho trabajos presentados fueron analizados por un jurado compuesto por los profesores Raúl Alcaíno, Luis Bustamante y Andrés López. El primer lugar fue para Gustavo Westermeier, de la Universidad Gabriela Mistral; el segundo, para Paola Alfaro de la Universidad Finis Terrae y el tercero, para Romina Araya, de la Universidad de las Américas.

### **XV. Curso “Litigación en materia laboral”**

El 21 de octubre se inició el curso “Litigación en materia laboral”, exclusivo para egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae; contó con cinco clases realizadas por destacados docentes del área laboral.

### **XVI. Cursos Academia Judicial de Chile**

En el marco del Programa de Perfeccionamiento 2013 de la Academia Judicial, la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae se adjudicó tres cursos orientados a los miembros del Poder Judicial. La Dirección Académica estuvo a cargo del profesor de Derecho Civil, Rodrigo Barcia Lehmann, con la participación de destacados docentes. Los cursos adjudicados fueron: Filiación, Compensación Económica en juicio de nulidad y divorcio, y Responsabilidad Civil Contractual.

### **XVII. Presentación Revista de Derecho “Transparencia y acceso a la información”**

El 27 de noviembre se llevó a cabo el lanzamiento de la Revista de Derecho “Transparencia y acceso a la información”, dedicada al principio constitucional de la transparencia y al acceso a la información, que ha tenido un rol relevante a partir de la reforma constitucional del 2005, que incorporó un nuevo artículo 8º, referido a la publicidad y probidad, y de la dictación de la Ley N° 20.285, que establece la nueva institucionalidad y un contencioso administrativo. Fue presentada por Jorge Jaraquemada, presidente del Consejo para la Transparencia; Enrique Navarro, director de Investigación y Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, y Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.













## ARTÍCULOS

ANDRÉS GRÜNEWALDT CABRERA | Agotamiento del derecho de propiedad industrial y retención de medicamentos en tránsito por parte de autoridades europeas

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN | El nuevo contencioso tributario

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA Y RODRIGO POLANCO LAZO | Evolución jurídica de la política comercial de Chile

HERNÁN MARTINI GUTIÉRREZ | Nomenclatura arancelaria

JAIME GARCÍA ESCOBAR | Análisis de sentencias dictadas por los TTA

MIGUEL ÁNGEL TAPIA ARAYA | Naturaleza jurídica del Agente de Aduana en Chile

SEBASTIÁN DOREN VILLASECA | Entrenamientos de Aduanas, contexto jurídico e importancia en la lucha contra los productos falsificados

RODRIGO GONZÁLEZ HOLMES | Facultades de fiscalización del Servicio Nacional de Aduanas

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ | Revisión crítica de la jurisprudencia en materia de contrabando propio

CAROLINA CARREÑO ORELLANA | Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que creó los Tribunales Tributarios y Aduaneros: precedentes versus supremacía constitucional

