

## CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

-----

Rol:

**756-2023**

Fecha de sentencia:	20-06-2023
Sala:	Segunda
Materia:	5002
Tipo Recurso:	Penal-nulidad
Resultado recurso:	ACOGIDA PARCIALMENTE
Corte de origen:	C.A. de Antofagasta
Cita bibliográfica:	---: 20-06-2023 (-), Rol N° 756-2023. En Buscador Corte de Apelaciones ( <a href="https://juris.pjud.cl/busqueda/u?cud98">https://juris.pjud.cl/busqueda/u?cud98</a> ). Fecha de consulta: 21-06-2023



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

Antofagasta, a veinte de junio de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

Que en esta causa rol único 1910045278-5, rol interno 4-2023 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, Rol Corte 756-2023, por sentencia definitiva de veinticuatro de abril de dos mil veintitrés se absolvió a ----, -----, -----, e -----, de la acusación por el delito del artículo 97 N°9 del Código Tributario.

Asimismo, se condenó a ---- y -----, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio; al pago de una multa de cuarenta y ocho (48) unidades tributarias mensuales; y a las penas accesorias de suspensión para cargos y oficios públicos mientras dure la condena; como autores del delito de contrabando aduanero, perpetrado el 28 de abril de 2019, en esta jurisdicción.

Por el mismo delito se condenó a -----, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio; al pago de una multa de veinticuatro unidades tributarias mensuales; y a las penas accesorias de suspensión para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y a -----, a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo; al pago de una multa de doce unidades tributarias mensuales; y a las penas accesorias de suspensión para cargos y oficios públicos mientras dure la condena.

En contra del referido fallo el abogado señor Gastón Andrés Ormeño Karzulovic, en representación de los condenados ---- y ----- dedujo recurso de nulidad invocando, en lo principal, el motivo previsto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando ante la

Excelentísima Corte Suprema una infracción al debido proceso. En subsidio alegó, en forma subsidiaria, como causal de nulidad, “la dispuesta en el art. 385 del Código Procesal Penal, esto es nulidad de la sentencia” (sic).

También en forma subsidiaria alegó la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, aduciendo que la sentencia se pronunció con errónea aplicación del derecho y tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

En cuarto lugar, y también en subsidio, invocó el motivo establecido en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, sobre la base que la sentencia habría omitido los requisitos previstos en el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal, arguyendo que faltó la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del código referido.

Por último, y una vez más subsidiariamente, afirmó que se configura la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, por haberse dictado la sentencia con infracción de lo prescrito en el artículo 341 del mismo cuerpo legal.

La Excelentísima Corte Suprema, por resolución de veinticuatro de mayo del año en curso, recondujo la causal principal a aquella prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal.

A su turno, la parte querellante Servicio de Impuestos Internos dedujo también recurso de nulidad alegando la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumentando que la sentencia vulneró lo dispuesto en el artículo 97 N°9 del Código Tributario.

En forma conjunta alegó la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal por haberse omitido, en la sentencia, alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c) y d).

El día 9 de junio del presente año se llevó a efecto la vista del recurso, interviniendo los abogados de las partes.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el abogado señor Gastón Andrés Ormeño Karzulovic, en representación de los condenados ----- y ---- dedujo recurso de nulidad invocando, en lo principal, el motivo previsto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando una infracción al debido proceso. La Excelentísima Corte Suprema, al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, lo recondujo al motivo de invalidación del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, señalando que lo alegado dice relación con el proceso de valoración de la prueba y su fundamentación en la sentencia.

Sobre esa base debe indicarse que el recurso se sustenta en que la sola aplicación de la presunción establecida en el artículo 179 letra c) de la Ordenanza de Aduanas, la que solo puede referirse a presunciones de carácter simplemente legales, contradeciría la garantía de presunción de inocencia por cuanto implican tratar como responsable a un individuo y alteran la carga de la prueba, estimando que, se las considere inconstitucionales o no, en el nuevo sistema procesal penal las presunciones simplemente legales no pueden ser aplicadas, ya que ello iría contra el régimen de libertad de prueba. Afirmó que el tribunal exige la probanza de inocencia que no cabe en nuestro sistema procesal penal, efectuando citas del fallo, añadiendo que el tribunal relativizó la presunción de inocencia al encontrar que en el desarrollo en común de un viaje se encuentra acreditado el despliegue de un plan delictual que los transforma en coautores de un ilícito que solo puede cometer el que trae en un vehículo las mercaderías ilícitas, y que para evitar este razonamiento los imputados deberían haber acreditado no solo el motivo del viaje, sino que además el probar por qué no participaban de los hechos, lo que rompe la presunción de inocencia.

Citó el considerando decimoséptimo de la sentencia, en que el tribunal estableció que los acusados actuaron con dolo directo e indicó que el viaje a Iquique fue a comprar telas, incluida la declaración del imputado -----, y todos viven en Santiago, y son abordados dirigiéndose a Santiago, preguntándose

qué podrían declarar, sino que van de Iquique a Santiago, y he aquí como este elemento es suficiente para establecer la faz subjetiva del delito, presumiendo la culpabilidad.

Citó parte de la sentencia en que se determinó que, en el control policial, la conexión entre los vehículos se realizó espontáneamente cuando los ocupantes del camión, sindicaron a los ocupantes del auto blanco como los dueños de la carga, de tal modo que si ese hecho era conocido, es evidente que el contenido de la carga también y que, una vez verbalizada la conexión, esta fue confirmada puesto que del auto blanco conducido por el encartado Vallejos, el acusado ---- extrajo la llave con la que se abrió el semirremolque y se produjo el hallazgo de los cigarrillos, señalando el recurrente que opera la presunción, pues lo único es que los que iban en el camión declaran que los dueños de la carga -según los dichos de los policías-, son los del auto blanco, sin dar cuenta de quiénes, nombrando solo a uno de ellos e identificándolo como ----, que es el único que reconoce tener las llaves del camión y las entregó pero ninguno de los otros que viajan en el vehículo blanco es designado con su nombre, no se conocen entre los del camión y los del auto blanco, no entregan llave alguna porque no la tienen, termina siendo otra presunción.

Dice que ello, es decir, que los que están reunidos en un lugar y alguien que siendo controlado por la policía lo encontraran con algo y les dijera que los que están juntos son los dueños, lo que se dirige a persona indeterminada, y los elementos del delito se le encontraran a uno de ellos, lo que para el tribunal los hace coautores de un hecho, aun cuando nadie probó la participación, no se acreditó la existencia de un plan y cuál es la división del trabajo, volviéndose a presumir, lo mismo respecto de la carga que se transporta, sin que se acreditara que los encartados conocieran la carga que se transportaba, presumiendo que como el señor González es el chofer tiene que saber la carga, y como sus representados iban en el mismo auto tenían que saber la actividad criminal de uno de ellos.

Afirmó que en los hechos lo único que conecta esta vulneración del principio de inocencia al establecer presunciones sobre la participación en los hechos es la declaración del único imputado que se le identifica y que entrega la llave del candado, pero solo se cree su confesión en lo que interesa pues solo de él se toma que todos sabían, prueba insuficiente para acreditar la participación pues él no

señaló tener dominio del acto, sino que se le paga por llevar las llaves a otro punto, lo que no constituye ni dominio del acto, ni delito alguno atribuible.

En subsidio, alegó que el artículo 385 del Código Procesal Penal contemplaría una causal de nulidad, pidiendo la nulidad de la sentencia respecto del delito pues la figura penal de coautoría en el delito de contrabando contenido en el artículo 179 letra c) de la Ordenanza de Aduanas, no puede ser admitida pues el tipo señala que comete contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas, y en el caso del contrabando impropio la figura es la misma, solo que defrauda la hacienda pública, por lo que solo conlleva la posibilidad de ser cometidos por quien introduce o extrae, lo que no da pie para la existencia de la coautoría, ya que el que interna o extrae es un solo responsable por lo que, a su juicio, los agentes de aduana, sabiendo las mercancías de que se trata, no cometerían el delito. Agregó que el artículo 179 letra c) de la Ordenanza de Aduanas establece que se presumirá que cometen contrabando al traer a bordo de un vehículo mercancías que no hayan sido manifestadas o declaradas o tenerlas sin haber pedido la autorización para embarcarlas y que el traer es un verbo presente y la referencia de traer en un vehículo refiere a uno solo, de modo que el delito no podría cometerlo el que lo carga, el que cierra la puerta y el que entrega la mercadería, ni el destinatario final, quienes podrán cometer un delito distinto, pero no son coautores, ni aun en una pretendida división del trabajo, que no soporta el tipo penal.

Afirmó que para que hubiera coautores no caerían en la presunción, debiendo probarse el delito base, es decir acreditar que son los que introdujeron o sacaron las mercaderías prohibidas o aquella lícita que defrauda a hacienda.

También solicitó la nulidad de la sentencia respecto de la pena aplicada a ----, quien fue condenado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, en circunstancias que respecto de él se reconoció irreprochable conducta anterior, razón por la cual el marco penal que puede el tribunal recorrer es la de la pena más baja cuando el delito está conformado por una pena de dos grados de una divisible, por lo que debió condenársele cuando mucho a la pena de 540 días.

En tercer lugar alegó la causal del artículo 373 b) pues la coautoría no es admisible en la figura del contrabando del artículo 179 letra c) de la Ordenanza de Aduanas pues por su forma de redacción y tratarse de una presunción debe ser interpretada en forma restringida, de modo que no es admisible ningún tipo de “partición” (sic) de terceros, pues lo sancionado es traer a bordo de un vehículo mercancías que no hayan sido manifestadas o declaradas o tenerlas sin haber pedido la autorización para embarcarlas, insistiendo en los mismos argumentos ya señalados a este propósito.

Dijo que, atendido a que el fundamento del veredicto de culpabilidad de sus clientes se funda en la coautoría se configuraría el error señalado.

En subsidio alegó la causal establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, afirmando que la sentencia omite la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del código señalado.

Transcribió los considerandos decimotercero a decimoquinto y afirmó que el concierto, se estableció porque los acusados ----, ----- y ----- reconocieron el viaje conjunto de Iquique a Santiago, lo que bastaría para constituir un plan delictivo, no existiendo ni lógica ni máximas de la experiencias que programar un viaje en sí constituya un plan delictivo.

En cuanto a la conexión del auto blanco, conducido por Vallejos con el camión, el tribunal da por acreditado sin ningún tipo de lógica inductiva ni deductiva para llegar a la conclusión a la que arriba, que el señalamiento que hacen los ocupantes del camión al indicar que los dueños de la mercadería son los del vehículo blanco, no es suficiente prueba para acreditar la coautoría, pues no se dijo cuántos eran y quiénes, ni cómo lo saben, o porqué son los dueños, y es solo que sepan que en el auto blanco se lleva la llave del candado, que solo acarrea ----, sin participación de sus representados que hasta ese momento ignoran la situación.

Se refiere a la presunción de inocencia e insiste en que no se acreditó la actividad que cada uno

desplegó debiendo acreditarse la conducta criminal y la participación culpable en el hecho y en este caso existen dudas razonables, pues no se acreditó cuál es la participación culpable de sus representados pues la fiscalía solo logra demostrar el cargamento de cigarrillos; --- es el único que entrega las llaves sin participación de ninguno de los otros que van en el vehículo blanco; aquellos que van en el camión dicen que quienes van en el auto blanco son los dueños, y entre los ocupantes del camión y los del auto blanco no se conocen, ni tienen comunicación, al tiempo que lo demás lo llena el tribunal sin pruebas de ninguna índole y solo presume, lo que, a su juicio, está prohibido desde el principio de inocencia.

Dijo también que la declaración del imputado González no aporta nada, y la de ----, que serviría para que se llenara los blancos inexistentes, es un intento patético por el cual se le reconoció una atenuante, pero ajena a la realidad, pues no hay elemento alguno que acredite, salvo sus dichos, que sus representados conocieran de sus actividades y si la historia contada es cierta debería considerarse que la actividad desplegada sería el tener que llevar y entregar a un tercero, y aun cuando en sus dichos señaló que sabía que eran cigarrillos, no establece que su función fue cuidarlos, al tiempo que -- -- es el único que habla con el dueño de la carga, por lo que sus clientes no ejecutaron actividad alguna respecto de tomar una llave para entregarla, por lo que no cometieron ninguna actividad criminal.

En cuanto a la afirmación de los sentenciadores de que sus clientes participaron como vigías en la ruta y además transportando la llave con la que se abrió el candado especial del semirremolque en el que se trasladaba la mercancía y, en consecuencia, con capacidad para interrumpir la acción del transporte, dice que no hay probanza alguna que estos actuaran de vigías y que la llave la podía llevar solo uno y que no existía comunicación entre el camión y el automóvil no podían interrumpir el transporte.

Insistió en la falta de acreditación de la participación de sus clientes, la vigencia del principio de inocencia, y que la actividad delictual debe probarse.



Se refirió al proceso de valoración de la prueba y afirmó que el fallo analizado no permite reconstruir el razonamiento del Tribunal, en atención a que sus conclusiones carecen de la debida fundamentación, pues no se sabe cómo determinó que sus representados son coautores, cómo tienen dominio del hecho, cuál es la división del trabajo delictual propuesto y cuál es su participación, sin que se explique cómo se contactaban entre autos y camión.

En subsidio de las anteriores, alegó la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, estimando que la sentencia se dictó con infracción de lo prescrito en el artículo 341.

Hizo referencia a la acusación del Ministerio Público, y señaló que lo único que hace es mencionar que ---- condujo el vehículo blanco y junto con ---- e ----, pero no se dice nada más a su respecto, por lo que no se afirma de qué manera participan. Agregó que en el juicio, frente a este argumento, hizo referencia al párrafo siguiente de la acusación que se refiere al comercio clandestino, por lo que manifiesta que sus clientes no están acusados respecto del contrabando, por lo que no pudieron ser condenados y no se refiere a la actividad criminal desplegada, salvo ir en el vehículo blanco y acusando a todos los demás como conductores de la mercancías y el poseedor de la llave a Iván ----- por lo que, dice, no existe congruencia entre la acusación y la sentencia condenatoria, pues la acusación no indica que sean coautores, ni su participación como vigías o punta de lanza, lo que establecen los sentenciadores aplicándole hechos no contemplados en la acusación.

SEGUNDO: Que, por su parte, el Servicio de Impuestos Internos dedujo recurso de nulidad alegando la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumentando que la sentencia vulneró lo dispuesto en el artículo 97 N°9 del Código Tributario y, conjuntamente, invocó el motivo del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal argumentando que la sentencia omitió alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c) y d) del mismo cuerpo legal.

Respeto de la primera causal, sostiene la parte recurrente que el tribunal infringió lo dispuesto en el artículo 97 N°9 del Código Tributario.

Transcribió los considerandos decimotavo a vigésimo de la sentencia e indicó que la sentencia yerra en la aplicación del derecho, al ser completamente contradictorio sus fundamentos, con relación a lo acreditado y los elementos del tipo penal en análisis, pues estriban en una supuesta falta de acreditación del comercio, dado que solo circunscriben el comercio a lo descrito en el artículo 3 N° 1 del Código de Comercio, en la especie a la venta, en el sentido de señalar que los imputados no habrían sido sorprendidos ejerciendo efectivamente el comercio clandestino, donde lo que se habría establecido fue únicamente un transporte nocturno de cigarrillos extranjeros sin autorización.

Señala que el artículo 97 N° 9 del Código Tributario castiga el comercio clandestino efectivo, y el yerro del Tribunal queda de manifiesto porque identifica y asimila el concepto de “comercio” con el de “venta”, soslayando que el concepto de comercio comprende la totalidad de la cadena de internación o producción, transporte, distribución, acopio, ofrecimiento al público y adquisición del producto o servicio por parte del usuario final.

Afirmó que lo anterior cobra sentido, no solo en atención a que el artículo 3° del Código de Comercio, que contiene entre los actos de comercio: “la compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas” y la sentencia, de manera inexplicable, limita la noción de comercio a la de venta, pese a existir nutrida jurisprudencia citando fallos al efecto.

Insistió que no se puede circunscribir la venta como un hecho aislado que, por sí solo, constituya comercio, pues se requiere todo un proceso para llegar a ese acto final de venta, y es precisamente la de comercialización en el cual cada acto contemplado en ella es uno que constituye comercio, cuestión que el testigo Maureira abordó en su explicación de los impuestos afectos al comercio de cigarrillos y la jurisprudencia indicada en cuanto señala expresamente que el transporte es parte del proceso del comercio.

En lo referido a la clandestinidad dijo que, a la condición de ejercer el comercio de forma oculta a la autoridad encargada de fiscalizarla, en el caso sublite, tanto al Servicio de Salud, Servicio Nacional de

Aduanas y al Servicio de Impuestos Internos, a través de la documentación pertinente para ello.

Dijo que el legislador, a su parte le entrega una serie de herramientas de fiscalización, contenidas en el artículo 59 y siguientes del Código Tributario. En consecuencia, ésta se manifiesta, en la realización de actividades comerciales sin la correspondiente iniciación de actividades, cuestión última que se acreditó pues los acusados no tienen inicio de actividades en el comercio de cigarrillos, y que a la vez no registran timbraje de documentos tributarios en dicha área de negocios y no portaban documentación tributaria al momento de su revisión, por tanto el transporte como acto de comercio, dentro del proceso de comercialización de los cigarrillos que portaban, está al margen de toda fiscalización del Servicio de Impuestos Internos y por ende bajo el concepto de comercialización efectivamente clandestina.

Citó jurisprudencia y agregó que el artículo 97 N°9 del Código Tributario, no exige como sujeto calificado un contribuyente, no sólo porque el tipo penal no lo diga, sino porque lo que pretende la norma es sancionar a quien no esté enrolado en los registros del Servicio de Impuestos Internos, particularmente si se tiene en cuenta que el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley (Hacienda) N°3 de 1969, considera comerciantes o industriales clandestinos a quienes realizan hechos gravados en el DL 825/1974 (IVA), sin estar identificados en el Rol Único Tributario.

Por ello arguye que, a la luz de la prueba rendida, quedó clara la clandestinidad que se encuentra acreditada, ya que no puede más que entenderse como la circunstancia de no informar al Servicio de Impuestos Internos del ejercicio de una actividad comercial pues, de otro modo, no es posible realizar fiscalización alguna, y si el Servicio de Impuestos Internos no posee la información correspondiente.

En cuanto a la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal señaló la sentencia no dio por acreditado el comercio efectuado por los acusados, en circunstancias que conforme a los hechos acreditados en esta causa se concluye la perpetración de los delitos.

Afirmó que al determinar lo contrario el tribunal vulneró principios de la lógica y máximas de la

experiencia.

Indicó que el tribunal vulneró el principio de no contradicción en la medida que el tribunal concluyó, en el decimocuarto la circunstancias que los acusados transportaron 127.000 cajas de cigarrillos, sin tener documentación aduanera que amparare el ingreso legal al país de los cigarrillos, ni una resolución de Servicio de Salud que autorizara su comercialización lo que, en el considerando decimosexto, tipificaron como el delito consumado de contrabando aduanero, previsto y sancionado en los artículos 168, 172, 178 N°1, vigente a la época del hecho, 179 c) de la Ordenanza de Aduanas, sobre la base que los acusados fueron sorprendidos por personal de carabineros en un control, transportando cigarrillos, afectos a tributación especial y adicional, de procedencia extranjera, sin contar con la documentación que diere cuenta de su manifestación, declaración, y autorización para su transporte en Chile, vulnerando el principio señalado pues de acuerdo con el Tribunal, lo que es comercio para lo descrito en los artículos 168, 172, 178 N°1 y sancionado en el artículo 179 letra c) de la Ordenanza de Aduanas, no lo es para los efectos del artículo 97 N°9 del Código Tributario, cuestión que desde el punto de vista de la lógica formal no resiste análisis alguno.

Afirmó también que se vulneró el principio de identidad pues, a la luz de lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1969, queda claro que: “Las personas que realicen los hechos gravados en el Decreto Ley N°825, de 1974, sin estar identificadas en el Rol Único Tributario, serán consideradas comerciantes o industriales clandestinos para los efectos de aplicarles la sanción contemplada en el N° 9 del artículo 97 del Código Tributario”, de modo tal que los acusados de autos, al no tener inicio de actividades son comerciantes clandestinos.

Agregó que la sentencia, al estimar lo contrario, niega y desconoce desde el punto de vista lógico la disposición legal del artículo 16 del DFL N°3, ya que, a una persona sin inicio de actividades, le desconoció la calidad de comerciante clandestino, haciendo que la norma pierda su sustancia e identidad, mismo que ocurre respecto del comercio, ya que, al limitarlo única y exclusivamente a la venta de bienes, no se ha hecho sino desnaturalizar la actividad comercial.

También argumentó que el tribunal vulneró máximas de la experiencia pues haber internado al país una gran cantidad de mercancía, 127.000 cajetillas de cigarrillos de origen extranjero, no supone que sea para uso personal, sino para el comercio.

Además, el transporte de dichos cigarrillos desde la ciudad de Iquique a la ciudad de Santiago supone una parte del proceso de comercialización, puesto que los cigarrillos de origen extranjero que se venden en la ciudad de Santiago no llegan de la nada, sino que requieren de un proceso de comercialización para el consumo del cliente: producción, compra, internación y, entre dichas etapas, el transporte.

Agregó que mantener oculta una cosa en el semi remolque, a fin de no ser descubierta en una eventual fiscalización, indica claramente que son de origen irregular, en la especie, el traslado de cigarrillos no era efectuado con la documentación correspondiente y por tanto era un traslado clandestino.

En cuarto lugar, el solo hecho de no tener documentación tributaria, indica, que no se han pagado los impuestos aduaneros y los internos fiscales y por tanto la comercialización tendrá un menor costo y precio.

Por ello señala que infringió lo dispuesto por el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 297 de la misma ley, pues la valoración de la prueba que no se condice con la regla de apreciación que establece el mencionado artículo 297.

Por último, afirmó que la sentencia infringió el artículo 342 letra d) del Código Procesal Penal, pues faltan las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo.

Dijo que los considerandos Décimo Noveno y Vigésimo, de manera austera y módica, se limitan a señalar que en la especie no se acreditó el comercio clandestino tipificado en el artículo 97 N°9 del Código Tributario, bajo el predicamento que no se ha acreditado la finalidad del transporte, y la

presencia del comercio, circunscribiendo, por tanto, al comercio solo a la venta propiamente tal, sin entregar ningún fundamento jurídico que avale tal interpretación de la norma, a efectos que se pueda razonar en derecho tal aseveración, y pueda tener a lo menos un acercamiento u aporte doctrinal al estudio del delito tributario, en especial, al tratado en la especie.

Afirmó que de la sola lectura de los considerandos décimo noveno y vigésimo, no existe mención a jurisprudencia alguna que avale el criterio sesgado que hacen los sentenciadores con respecto al delito tributario denunciado por el Servicio de Impuestos Internos, que es contrario a la jurisprudencia al tiempo que una fundamentación suficiente debió necesariamente consultar tanto los aspectos propios del tipo penal, como las razones precisas y determinadas en virtud de las cuales el fallo desestimó calificar los hechos como constitutivos de comercio clandestino.

TERCERO: Que, como reiteradamente se ha establecido por este tribunal, el recurso de nulidad estructurado en el Código Procesal Penal, según sea la causal invocada, tiene por objeto asegurar el respeto a las garantías y derechos fundamentales, (las comprendidas en los artículos 373 letra a) y 374) o bien, conseguir sentencias ajustadas a Derecho (artículo 373 letra b)).

Luego, tratándose de la primera finalidad, el recurso de nulidad no puede ser sede para debatir acerca del mérito de la prueba rendida y su valoración, cuestión privativa de los jueces del juicio, sino, exclusivamente, el cumplimiento de las diferentes garantías que el ordenamiento reconoce a los intervinientes, y sólo en la medida que se hubiese producido una violación a éstas.

En ese entendido, la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, que se relaciona con la estructura sustancial de la sentencia, protege la garantía de la sentencia fundada, ínsita en la del juicio previo, oral y público, ya recogida en el artículo 1° del Código, reiterada en el artículo 36 y desarrollada en los artículos 297 y 342 del mismo, y la razonabilidad de la misma, en la medida que la libertad de valoración de la prueba no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, como lo señala el artículo 297 del Código Procesal Penal ya citado o, en otros términos: “permite la revisión del respeto a los límites a la valoración de la

prueba impuestos por las reglas de la sana crítica.” (Derecho Procesal Penal Chileno, María Inés Horvitz y Julián López, Tomo II, pág. 300).

En otros términos, la causal en comento, tiene un doble objeto; por una parte, el control del establecimiento de los hechos por parte del tribunal, en cuanto la libre apreciación de la prueba tiene como limitante el que no se puedan contradecir los principios de la lógica formal, las máximas de la experiencia humana y los conocimientos científicos indubitados y, por otra, el cumplimiento del tribunal con el deber de motivar las sentencias en términos que dicha motivación sea suficiente para explicar el razonamiento que los sentenciadores han utilizado en sus conclusiones, suficiencia que supone, primero, que el tribunal se haga cargo de todos los aspectos relevantes que hayan sido controvertidos argumentando al efecto, argumentación que, a su turno y en segundo lugar, debe ser apta para sustentar la sentencia otorgándole legitimidad, en términos de resultar sino compatible, cuanto menos aceptable intersubjetivamente.

En este último sentido, además, la exigencia que la letra c) del artículo 342, en orden a que la valoración sea realizada conforme a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, impone a los jueces del juicio, de acuerdo con el inciso segundo de esta disposición, el deber de analizar toda la prueba producida, incluyendo la que se ha desestimado, indicando las razones que se hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Luego, como se ve, la obligación de fundamentación no sólo se refiere a los medios de prueba que sirven para el establecimiento de los hechos penalmente relevantes sino, además, con toda aquella prueba que se hubiere rendido, que se relacione con estos hechos o que forme parte de la teoría del caso de los intervinientes, de modo de explicitar a las partes el razonamiento que lleva al tribunal a desechar su prueba o alegaciones.

CUARTO: Que en lo que dice relación con la primera causal del recurso deducido por la defensa de los acusados ----- y -----, aquellas prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, reconducida por la Excelentísima Corte Suprema al motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 letra e) de dicha codificación, lo primero que afirma que es en virtud de la vigencia de la presunción de inocencia no tendría cabida en el proceso penal las presunciones

simplemente legales.

Se trata de una cuestión que escapa a los márgenes de la causal. Si el recurrente estimó que el artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas contiene una presunción simplemente legal y ella es incompatible con la vigencia de la presunción de inocencia, plantea una cuestión de inaplicabilidad de una norma legal a la resolución de un caso particular, lo que debe ser resuelto mediante la acción correspondiente ante el Tribunal Constitucional, resultando este tribunal incompetente para efectuar una declaración al respecto.

Si cree que el asunto se resuelve exclusivamente con la aplicación de la presunción de inocencia establecida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes y, además, en el artículo 4 del Código Procesal Penal, debió denunciar su errónea aplicación mediante la causal de infracción de derecho, articulando debidamente los argumentos, mas, al no hacerlo, deviene que no existe controversia en esta sede al efecto, por lo que esta Corte ningún pronunciamiento puede efectuar al efecto.

En todo caso el tribunal se encargó de indicar que la norma señalada de la Ordenanza aduanera, técnicamente, no contiene una presunción simplemente legal, razonamiento que no es impugnado y, por lo mismo, permanece inalterable en esta sede, por lo que no podría decidirse nada en sentido contrario.

Por cierto, en parte alguna la sentencia ha relativizado la presunción de inocencia o ha puesto de manos de la defensa la prueba de su falta de participación. El tribunal, sobre la base de la prueba de cargo, estableció íntegramente los hechos configurativos del delito de contrabando y de la participación como autores de los acusados, y si alguna referencia hace respecto de la falta de prueba de la defensa es exclusivamente para desvirtuar la supuesta falta de conocimiento de la comisión del delito que alegó la defensa recurrente. Una vez más si lo que se pretendió es que una de las manifestaciones de la presunción de inocencia, el indubio pro-reo, se extiende también a la base fáctica la teoría del caso de la defensa, debió alegarlo denunciando una infracción a ésta lo que, por cierto, el recurso no hizo.



QUINTO: Que, en segundo lugar, la defensa alegó la causal de nulidad del artículo 385 del Código Procesal Penal.

Por cierto, tal norma no contiene ninguna causal de nulidad, sino, exclusivamente, se refiere a las exigencias que deben reunirse para que, acogido un recurso de nulidad, el tribunal que conoce del recurso pueda dictar una sentencia de reemplazo. Ello ocurrirá cuando recurre la defensa alegando un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo e impacte en la calificación jurídica de los hechos, o en la pena que fue impuesta y siempre que corresponda no imponer ninguna o aplicar una menor.

Más allá del evidente error en el recurso, se trata de una causal de nulidad que fue declarada admisible por esta Corte y, consiguientemente, corresponde efectuar un pronunciamiento de fondo, sobre la base de que lo que se alega son supuestos errores jurídicos cometidos por el tribunal.

En ese entendido, cuando por esta vía la defensa alega, en primer lugar, que la coautoría no es admisible en el delito de contrabando, no señala la o las normas que infringió el tribunal a este respecto, por lo que se carece de toda base para emitir un pronunciamiento al respecto.

Sin perjuicio de ello, el planteamiento de la defensa resulta manifiestamente erróneo. La tipificación legal del delito da cuenta de la acción necesaria para consumar el delito por parte del autor material directo. Ello no significa que el hecho no admita grados imperfectos de desarrollo y otras formas de participación en el mismo, incluyendo las distintas formas de autoría previstas en el artículo 15 del Código Penal, a menos que existiera una norma legal expresa, en sentido contrario o que por la naturaleza del delito ello resulte materialmente imposible, nada de lo cual puede decirse en este caso.

Situación distinta ocurre con lo que dice relación con la pena aplicada a ----, en la medida que debiendo aplicarse la pena vigente a la época de perpetración del delito, esto es aquella que preveía el artículo 178 N°1 de la Ordenanza de Aduanas con anterioridad a la modificación introducida por la Ley N°21.336, esto es, la pena de presidio menor en su grado mínimo a

medio, concurriendo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, correspondía, de conformidad a lo previsto en el artículo 68 del Código Penal, aplicar el grado inferior previsto por la ley para el delito y no el superior como equivocadamente impuso el tribunal, como, por lo demás, aceptó el Ministerio Público en estrados.

Procede así anular el juicio a este respecto y dictar una sentencia de reemplazo.

SEXTO: Que debiendo acogerse esta causal de nulidad del recurso deducido por la defensa, en la parte señalada, en principio, no corresponde emitir pronunciamiento respecto de las causales subsidiarias.

Sin perjuicio de ello, y habida consideración que el recurso de nulidad fue deducido por los acusados --- y ---- y la nulidad solo favorece a este último, el tribunal se hará cargo de las otras causales de nulidad invocadas.

En lo que dice relación con la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, sobre la base que el delito de contrabando no admitiría hipótesis de coautoría debe estarse a lo ya señalado en esta sentencia.

SÉPTIMO: Que en cuanto a que la sentencia incurriría en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra e) del Código Procesal Penal, lo primero que debe indicarse es que debe estarse a lo ya señalado respecto de los marcos y objeto del recurso con relación a esta causal.

Bajo esos parámetros el recurso no puede ser acogido.

El recurrente se desentiende del razonamiento que efectúa el tribunal e insiste en determinadas apreciaciones respecto del mérito que, a su juicio, debió otorgarse a la prueba rendida en el juicio, pero sin analizar técnica y críticamente el proceso de valoración probatorio y asentamiento fáctico del tribunal y, particularmente, sin demostrar en qué parte de la sentencia el tribunal infringió los principios

de la lógica formal, y cuáles de estos, o bien las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados, y menos en qué forma lo habría hecho, por lo que se carece de toda base para efectuar un análisis al respecto.

OCTAVO: Que, por último, la defensa mencionada, interpuso la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, afirmando que la sentencia se hubiese dictado con infracción del principio de congruencia entre la acusación y el fallo prescrito en el artículo 341 del mismo Código, sobre la base que la acusación del Ministerio Público no habría imputado a sus clientes el delito de contrabando.

Más allá de cualquier consideración que pudiera efectuarse con relación a la acusación del Ministerio Público por el delito de contrabando que, por cierto, sí contiene una clara imputación respecto de los acusados por el delito de contrabando en el capítulo destinado a la calificación jurídica de los hechos previamente descritos, no puede olvidarse que en este caso el Servicio de Impuestos Internos dedujo acusación particular exclusivamente por el delito de comercio clandestino previsto en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario respecto de los acusados.

Respecto de esta última acusación nada señala el recurso y, consecuentemente, debe afirmarse su congruencia con lo determinado en la sentencia y, con ello, rechazar esta causal de nulidad.

NOVENO: Que en lo que dice relación con el recurso de nulidad deducido por el Servicio de Impuestos Internos, se fundó, en primer lugar, en la existencia de un error de derecho, particularmente por falta de aplicación de lo previsto en el artículo 97 N°9 del Código Tributario, norma que prescribe y sanciona el delito de comercio clandestino por el cual fueron absueltos los acusados.

Esta Corte ha dicho reiteradamente que la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la existencia de un error de derecho en el pronunciamiento de la sentencia que influye en su parte dispositiva, requiere de la existencia de un error en la aplicación de una norma decisoria litis, procesal o sustantiva, sea por su falta de empleo, empleo indebido o aplicación de una norma impertinente, sobre la base de la mantención de los hechos de la sentencia que, por lo mismo, resultan

inamovibles para el tribunal que conoce del recurso, limitándose así la discusión al derecho aplicable al caso.

DÉCIMO: Que, sobre esa base el recurso, por esta causal de nulidad, no puede prosperar.

El tribunal, en el motivo decimonoveno, señaló que, respecto de este delito, lo único acreditado en el juicio fue un transporte nocturno de cigarrillos extranjeros sin autorización, agregando que, si bien se persiguió un contrabando con el fin de comerciar, esto no fue acreditado.

Expresó el tribunal: “No obstante lo anterior, cabe consignar que el delito de comercio clandestino, por su formulación típica, no es un delito de emprendimiento, y por tanto no se puede únicamente presumir la finalidad, sino que esta debe ser acreditada en el juicio.”

“Para mayor claridad, en el caso sub lite, solamente se estableció un transporte concertado en medio del desierto, por lo que el tribunal se inclinó por la norma del artículo 179 c) de la ordenanza de aduanas; y esto es relevante porque ni el fiscalizador MAUREIRA LARRAGUIBEL, ni su informe N° 25/20, ni menos los funcionarios policiales que realizaron el control, pudieron fijar ningún contorno orientado finalmente a la comercialización de los cigarrillos, ni menos se logró identificar la participación individual de cada imputado en ese comercio; es más, en la declaración del acusado ----, quien se allanó a cooperar, ninguna pregunta estuvo dirigida a establecer o despejar el destino final de los cigarrillos, ni menos la o las personas que intervendrían en esas acciones.”

Consiguientemente, y sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de la otra causal de nulidad, si el tribunal estimó que no fue demostrado que los imputados trasladaban los cigarrillos incautados para ser destinados a su comercialización, falta un elemento fáctico imprescindible para estimar configurado el delito y con ello concluir que se aplicó erróneamente el artículo 97 N°9 del Código Tributario.

UNDÉCIMO: Que en cuanto al motivo del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, el querellante Servicio de Impuestos Internos lo fundó, en primer lugar, en una supuesta infracción al principio de no contradicción, sobre la base de que, para el tribunal, lo que es comercio para lo descrito en los artículos 168, 172, 178 N°1 y sancionado en el artículo 179 letra c) de la Ordenanza de Aduanas, no lo

es para los efectos del artículo 97 N°9 del Código Tributario; cuestión que desde el punto de vista de la lógica formal no resistiría análisis alguno.

Arguye, además, que quebrantaría el principio de identidad, pues la sentencia niega y desconoce desde el punto de vista lógico la disposición legal del artículo 16 del DFL N°3, ya que, frente a una persona sin inicio de actividades, le ha desconocido la calidad de comerciante clandestino, haciendo que la norma pierda su sustancia e identidad.

Aun cuando fuera cierto que el tribunal incurrió en lo que dice la recurrente, ello no configura la causal de nulidad alegada.

Los principios de la lógica formal, entre ellos los principios de no contradicción o el de identidad, operan como limitación al principio de libre valoración probatoria previsto en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Se trata pues, de una cuestión que opera a nivel de valoración probatoria, para impedir que el tribunal, en dicho proceso, afirme una cuestión que después niegue en el mismo sentido y oportunidad o bien desconozca la entidad declarada de una cosa.

En este caso, por el contrario, el recurso de este querellante opera, en parte relevante de la argumentación, a nivel de calificación jurídica y aplicación normativa, no de determinación fáctica y del proceso de valoración probatoria que le antecedió y, por lo mismo, no puede ser acogido en esta parte.

**DUODÉCIMO:** Que no ocurre lo mismo en cuanto se denuncia una infracción a las máximas de la experiencia.

Las máximas de la experiencia son: “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos.” (El Conocimiento Privado del Juez, Stein Friedrich, Temis, Bogotá, pág.22)

El tribunal, para absolver respecto del delito de comercio clandestino, se asila, en síntesis, en que la acusación no logró acreditar que los cigarrillos incautados estaban destinados a ser comercializados a terceros. Echa de menos así prueba de cargo directa respecto de su destino.

En el considerando decimocuarto el tribunal dio por acreditado que en el interior de un semi remolque se encontraron 271 cajas de cigarrillos de origen extranjero, que contenían 127.000 cajetillas Carnival Blue y Silver, Carnival King Size, Box y Fox, sin que quienes la trasladaran mantuvieran documentación aduanera que amparara su ingreso al país, ni tampoco una resolución de Servicio de Salud que autorizara su comercialización, no contando con facturas u otra documentación que acreditare su procedencia, ni entregaran una explicación satisfactoria de la procedencia de las mercancías.

Se estableció, además, que el aforo documental respectivo el valor aduanero de las mercancías asciende a la suma de \$228.600.000 y el monto de los gravámenes e impuestos dejados de percibir por el Fisco asciende a la suma de \$328.235.738.

Como se ve para el tribunal es hecho de la causa que los acusados fueron sorprendidos transportando una cantidad considerable de cajetillas de cigarrillos, de un elevado costo, desprovistos de la documentación tributaria, aduanera y de salud necesaria y sin que dieran explicaciones satisfactorias de su procedencia.

Los acusadores alegaron que estaban destinados a su comercialización y el tribunal desvirtúa la imputación señalando que ello no está probado.

Sin embargo, los sentenciadores no se refieren, en este punto, a los hechos probados. Aun sin prueba directa que afirmare que su destino era ser comercializados, el tribunal, frente a la imputación, estaba obligado a hacerse cargo, conforme a los hechos incontrovertidamente asentados, de su destino.

Luego, sobre la base fáctica determinada por el tribunal ¿cuáles eran las posibilidades aceptables?

Desde luego aquellas señaladas por la acusación. Su cantidad, valor, forma de ocultamiento, medios dispuestos para su traslado, destino, la ausencia completa de documentación fiscal llevan, de un modo directo, a deducir que los cigarrillos estaban destinados a ser comercializados a terceros.

¿Otras alternativas? Consumo de quienes la transportaban, parece fácilmente descartable por su inverosimilitud y, por cierto, no fue alegado. La eventualidad que fueran sustraídas a terceros para su posterior destrucción y así causarle un daño patrimonial, por su complejidad, supondría una tercera opción del tribunal, ajena a las teorías del caso planteadas en el juicio y, consecuentemente, la construcción de una duda carente de razonabilidad y contraria al estándar de convicción del artículo 340 del Código Procesal Penal, más allá de lo absurdo que sea su internación y traslado por muchos kilómetros para realizar algo que pudo hacerse en su lugar de origen.

Cualquier otra alternativa, en principio, aparece aún más improbable, fantasiosa y ajena al debate por lo que, a falta de otra posibilidad, en principio, la única alternativa lógicamente aceptable era que los cigarrillos estaban destinados a su comercialización a terceros y si el tribunal estimó que ello no era efectivo, la sentencia debió contener razonamientos que justificaran su opción pues, en caso contrario, al asilarse en la mera formalidad de la falta de prueba directa, no es capaz de reproducir el razonamiento utilizado para alcanzar sus conclusiones y con ello incumple la exigencia básica del artículo 297 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO TERCERO: Que los sentenciadores enunciaron alguna otra razón para la absolución de los acusados por este delito al indicar, a propósito del bien jurídico afectado por el delito, que está ligado a la afectación de la hacienda pública, pero no con la de pagar impuestos, sino con “deberes de colaboración del individuo”, como son las obligaciones de enrolamiento e inicio de actividades, añadiendo, en el considerando decimoctavo que: “la aplicación de esta figura penal solo a aquellas conductas en las que se pueda cumplir dichas obligaciones de colaboración, cuestión que no es posible en este caso, ya que no es admisible, ni exigible, que las personas inicien actividades o se enrolen para comerciar mercancías ilícitas, en este caso, desde la perspectiva sanitaria.”

Más allá de lo que pueda opinarse de la restricción que se hace del fin de protección de la norma, lo

cierto es que el tribunal no explica su aserto respecto a que el comercio de esta mercancía sería ilícito desde la perspectiva sanitaria, si se trata de una ilicitud absoluta o solo derivada de la falta de autorizaciones administrativas necesarias, distinción básica para pronunciarse sobre su argumentación, por lo que la explicación ensayada por el tribunal resulta trunca y con ello incapaz de justificar su decisión.

Por lo señalado, la sentencia, con relación al delito de comercio clandestino, no reúne las exigencias suficientes para legitimar la decisión y debe ser anulada.

DÉCIMO CUARTO: Que acorde con lo señalado, y consecuente con la posibilidad de anulación parcial que entregan los artículos 374, 384 y 386 del Código Procesal Penal, procede acoger el recurso de nulidad de la defensa de ----, en cuanto a la pena que le fue impuesta por el delito de contrabando y, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del texto legal aludido, dictar una sentencia de reemplazo que ajuste la penalidad correspondiente a las normas en la materia.

Asimismo, en lo que dicha relación con el delito de comercio clandestino previsto en el artículo 97 N°9 del Código Tributario, debe acogerse el recurso deducido por el querellante, Servicio de Impuestos Internos, declarando la nulidad del juicio y la sentencia y disponiendo la realización de un nuevo juicio respecto de este ilícito.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 372, 374, 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE ACOGEN los recursos de nulidad deducidos por la defensa del imputado ---- y la querellante Servicio de Impuestos Internos, en contra de la sentencia definitiva de veinticuatro de abril del año dos mil veintitrés, dictada por una sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, y, en consecuencia, se declara:

I.- Que, con relación al delito de contrabando, SE ANULA la sentencia recurrida exclusivamente en lo que dice relación con la pena impuesta al acusado ----- y se la reemplaza por la sentencia que separadamente, y sin nueva audiencia, se procede a dictar con esta fecha.



II.- Que con relación al delito de comercio clandestino previsto en el artículo 97 N°2 del Código Tributario por el cual fueron absueltos los acusados conforme a la decisión I de la parte resolutive, SE ANULA el juicio y la sentencia, debiendo volver los autos al tribunal para que los jueces no inhabilitados que correspondan dispongan la realización de un nuevo juicio oral.

III.- Que SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado ----

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol 756-2023 (penal)

Redactada por el Ministro Dinko Franulic Cetinic.

2

31