Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXVI — JULIO - SEPTIEMBRE DE 1968 — Nº 145

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
RENE VERGARA VERGARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES
JORGE ACUÑA ESTAI

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ALEJANDRO DUMAY PEÑA

Abogado. Instructor del Departamento de Derecho Económico de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEGISLACION ECONOMICA REPRESIVA

I.— *El Derecho Penal Económico.*

En el apogeo del sistema económico individualista y liberal, la codificación estuvo inspirada por la sencillez del orden económico y, sobre todo, por la prevalencia en él del elemento privado como principal bien jurídico a tutelar, lo que explica la centralización de la protección penal en la órbita del mismo.

Los delitos contra la propiedad eran entendidos como perpetrados primordialmente contra la propiedad privada, quedando las finanzas públicas un tanto al margen de la salvaguarda penal.

El mínimum de protección conferido al erario público hacía que este tipo de defraudaciones resultaren penalmente privilegiadas, con el agregado de que la reprochabilidad ético-social era todavía inferior a la criminal. Los fraudes fiscales se sancionaron generalmente con recargos o multas de carácter administrativo, casi siempre de cuantía insignificante, protección precaria que guardaba relación con la simplicidad económica y el neto predominio de la tónica liberal y privatista.

El reseñado panorama cambia al declinar la clásica economía capitalista liberal, que cede terreno a los influjos socializantes a partir de la primera postguerra.

El Derecho Penal moderno y específicamente el Derecho Penal Económico, que se va forjando al margen de los Códigos Penales, no sólo va a significar una transmutación en la escala penal de valores sino que, principalmente, implica una nueva dogmática que hace tabla rasa de ciertos elementos jurídicos propios de la técnica penal individualista.

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se advierte, en efecto, el ocaso de principios tales como el de la legalidad de los delitos, personalidad estricta de las penas, etcétera. A lo anterior se une el abuso de las leyes penales en blanco y la aceptación de una responsabilidad de tipo objetivo o sin culpa, que deja sin aplicación las teorías tradicionales acerca de la culpabilidad y a la cual se llega normalmente a través de las socorridas presunciones.

El aspecto subjetivo, las motivaciones, el "iter criminis", tan trascendentes en el Derecho Penal ordinario, pierden su importancia por la naturaleza misma de las conductas que preocupan al Derecho Penal Económico, cuyas normas presuponen capacidad en el agente y se limitan a establecer un régimen de sanciones que tienen por objeto garantizar el respeto hacia los preceptos que regulan la actuación de los individuos o de las empresas en el campo económico.

Si bien es cierto que el llamado Derecho Penal Económico suele ser mirado aún como un conjunto de normas represivas, subsidiarias de las normas del Derecho Penal ordinario, la norma específica, propia de este Derecho, encuentra su justificación por la mayor efectividad con que tutela los intereses generales y porque su mayor elasticidad y dinamismo se adecúa, en una forma más efectiva, a la naturaleza dinámica de lo que se ha denominado "orden económico".

Aunque se trata de un campo que no se presta para generalizaciones, puede señalarse, como nota común del Derecho Penal Económico, la forma empírica en que éste se ha desarrollado, como asimismo el hecho de que su crecimiento ha sido directamente proporcional al incremento de la intervención estatal en el campo de la economía.

En el plano legislativo, el desenvolvimiento de este nuevo Derecho presenta características que difieren fundamentalmente de un régimen a otro, como consecuencia de que son también diversos los campos de acción, los sistemas de organización y los mecanismos a través de los cuales se desenvuelven las respectivas economías.

Entre los aportes que el Derecho Penal Económico ha introducido al Derecho Penal común, se destacan: la amplia instauración de la responsabilidad de las personas jurídicas; el reconocimiento del error de derecho como causal eximente de responsabilidad penal, y el enriquecimiento de las sanciones penales, cuyo campo se ha diversificado con la creación de varios tipos de sanciones no conocidas por el Derecho Penal común. Esta amplia gama de sanciones permite la mejor adecuación a las distintas situaciones que ofrece la coyuntura económica moderna.

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II.— *El Orden Económico.*

El delito económico afecta a un interés colectivo; el sujeto pasivo es siempre la ciudadanía, aun cuando el sujeto económico directamente afectado sea de orden privado.

Podemos pensar, por ejemplo, en una empresa particular que suministra un servicio público. En tal evento, hay un interés evidente de la ciudadanía por el cumplimiento del orden que requiere el desarrollo progresivo de esa actividad, de modo que, si se comete un delito que lesiona el interés particular del sujeto que la presta, dicha lesión causa, a su vez, una violación mayor y predominante: la violación del interés de la ciudadanía en general, que espera el normal cumplimiento de la susodicha actividad.

Aclarando aún más esta relación o coexistencia entre intereses particulares y económicos generales, puede señalarse que, incluso en los casos de prácticas monopólicas, si bien el perjudicado es en definitiva el consumidor, o sea, la comunidad de un modo general, es posible afirmar también que dicho fenómeno lesiona en forma directa e inmediata a uno o más comerciantes o industriales, que sufren trastornos económicos avaluables en su esfera particular.

El "orden económico", como bien jurídico que el delito económico desea proteger, es sin duda un concepto difícil de precisar.

Analizando someramente su contenido, pensamos que pueden estimarse integrantes de este orden los siguientes valores: la conservación de los bienes económicos —considerados independientemente del derecho de propiedad—, la normalidad de la producción y la distribución de bienes, la observancia de la disciplina y el mantenimiento de la libertad de trabajo, industria, comercio, etcétera.

Para nosotros, el orden económico está constituido por el conjunto de normas legales y administrativas, de general aplicación, que tienden a regular la producción y circulación de bienes, con el objeto de resguardar el interés general de la sociedad y de hacerlo primar sobre los intereses individuales.

Si bien el concepto anterior corresponde más exactamente a lo que podríamos denominar el "orden jurídico económico", en cuanto hace referencia a las normas legales que reglamentan el orden económico propiamente tal, tiene el valor de precisar que el citado orden se proyecta necesariamente en el orden jurídico, posibilitando su propio resguardo a través de normas penales en las que el delito económico encuentra su concreción.

Por otra parte, el llamado orden económico constituye necesariamente parte del orden jurídico total y, a su vez, el Derecho Penal Económico tiene como finalidad última la de todo Derecho, esto es, garantizar la pacífica convivencia social. Pero lo que interesa destacar es que, si bien en el orden económico coexisten intereses de carácter público y privado, el bien jurídico que el delito

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

económico desea proteger está integrado substancialmente por intereses económicos de naturaleza social.

De lo expuesto precedentemente se concluye que, junto a la organización política del Estado, hay una organización económica, esta última tan obligatoria como la primera y que es necesario proteger mediante la imposición de penas a los que la transgredan.

III.—*El Delito Económico.*

Se define comúnmente el delito económico como una lesión al orden público económico, concepto que recogemos, sin renunciar a la posibilidad de aportar otros elementos que contribuyan a su mejor comprensión.

El delito económico constituye un atentado en contra del orden que rige la economía. Por ello, podría definírsele como la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que, consecuencialmente, daña el orden rector de la actividad económica o crea una situación de la cual puede derivarse ese daño. Debiendo recalcar que la conducta punible que da lugar al delito económico puede dirigirse, sea contra el conjunto total de la economía o, más probablemente, contra ramas o instituciones funcionalmente importantes de ese conjunto.

Si se trata de precisión terminológica, resulta más correcto hablar de delito contra el orden económico, ya que el delito, en sí, no es económico, ni político, ni social. Es, simplemente, un ente conceptual y abstracto, una figura jurídica en cuyo concepto van a incidir consideraciones de tipo económico, a base de las cuales, combinándolas con el concepto abstracto de delito, se logrará una definición específica de la figura que nos interesa.

La implantación del delito económico no va a proteger o tutelar la realización del fenómeno económico como hecho en sí mismo, sino que va a proteger la integridad del orden que debe existir para el cumplimiento de ese hecho.

El orden económico constituye un valor abstracto, que implica la idea de una cierta disciplina de acción económica, de manera que lo que se protege es la efectiva existencia y el respeto de ese valor o aspiración. Cualquiera conducta que produzca la ruptura de tal orden, concebido a manera de equilibrio indispensable en las manifestaciones económicas de toda índole, debe dar lugar a una sanción.

De modo que el objeto de la tutela penal es, en última instancia, este orden económico, cuyas características hemos tratado de precisar en el párrafo anterior.

Sin embargo, para la tipificación del delito económico no basta esa lesión ideal, sino que se requiere una lesión material

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

particularizada, en contra de un interés específico que, como hemos dicho, puede ser público, privado o mixto.

Tanto en el orden micro como macroeconómico, y tanto en la esfera pública como en la privada, existen normas susceptibles de verse lesionadas por comportamientos que interrumpen o alteran el normal desenvolvimiento de las relaciones económicas y que, en una u otra forma, destruyen las fuentes de riqueza y el patrimonio económico de la Nación.

• • •

Queremos, a esta altura, formular algunas breves consideraciones en torno al valor que ha de conferirse a la intención finalista, como criterio complementario o cuestión determinante de la calificación que nos proponemos.

Hasta este instante hemos tratado de elaborar un concepto de delito económico, recurriendo al bien jurídico que se trata de proteger por su intermedio, pero la mejor comprensión de dichos planteamientos exige una somera aclaración en torno a la función del móvil o del fin, como elementos calificantes.

Tales consideraciones tienen, como elementos calificantes, un valor secundario, según trataremos de ponerlo de manifiesto.

Un mismo móvil puede conducir a la comisión de delitos que atacan intereses diversos y, a la inversa, distintos móviles pueden conducir a la comisión de hechos que atentan contra un mismo interés protegido o contra una misma entidad penalmente tutelada. Así, por ejemplo, se puede incurrir en un delito económico por móviles políticos y, en general, es evidente que no siempre móvil y fin se agrupan en una misma línea de intencionalidad.

Como se ve, parece preferible el empleo del bien jurídico tutelado, como elemento calificador, ya que, si se le quisiera calificar en base al móvil, tendríamos que considerar económico al delito cometido con móviles económicos, cualesquiera sean los fines perseguidos por el infractor.

Igualmente, en lo que respecta a la calificación por el fin, aparte de los defectos anotados respecto del móvil, tiene el inconveniente de que suele resultar difícil precisar si éste era o no económico; y, por otra parte, si bien es cierto que la intención finalista es relevante para el Derecho en lo relativo a la reprochabilidad del sujeto infractor, en lo que dice relación con la calificación del delito parece preferible atender a los hechos.

En conclusión, lo determinante es conocer —objetivamente— cuál ha sido el orden lesionado y sobre qué objeto ha recaído la acción punible. No interesa, pues, que el móvil sea de orden económico —puede serlo o no—; lo interesante es la entidad protegida.

A modo de síntesis: el *móvil,* entendido como razón de ser inmediata de la acción o como elemento que impulsa al sujeto a cometer el hecho, y el *fin,* que es lo que se persigue o el resultado que se desea lograr como consecuencia de la comisión del hecho, no contribuyen a la conceptuación del delito económico, por las razones ya anotadas. De esta suerte, para ubicar a una determina-

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

da violación en la categoría de los delitos económicos resulta de mayor utilidad atender, como lo hemos venido haciendo, al bien jurídico lesionado.

• • •

Lo anterior no significa pretender que todo atentado contra la propiedad pueda considerarse atentado contra el orden económico. Por el contrario, cuando decimos que el delito económico puede atentar contra la economía pública, privada o mixta, no se ha tomado dicha expresión en el sentido de propiedad particular.

Una de las notas características del delito económico está constituida, precisamente, por la circunstancia de que, cualquiera que sea el frente directamente lesionado, dicho delito produce un trastorno de naturaleza tal que impide determinar con precisión los sujetos afectados y la magnitud del daño causado, el cual es difícil de cuantificar.

La línea divisoria entre los delitos contra la propiedad o delitos contra la fe pública con trascendencia patrimonial, y los delitos económicos que atacan el sector de la economía particular, se ha venido a clarificar a la luz de las discusiones sobre temas concretos como, por ejemplo, el carácter que tienen los delitos de usura, giro doloso de cheque, etcétera. En estos casos, y otros de características similares, la opinión de los tratadistas se encuentra dividida como consecuencia del carácter híbrido o mixto de las figuras.

Si bien es cierto que, resulta posible determinar la persona del afectado y, aún más, es posible avaluar el daño que éste ha sufrido en su patrimonio, no puede desconocerse que existe, en tales eventos, un interés general comprometido y que se trata de actos a través de los cuales el orden económico se resiente, lo cual permite sostener la existencia de una lesión o perjuicio que excede del estrictamente patrimonial sufrido por la víctima inmediata. Ello da margen para que las normas represivas que tutelan el llamado orden económico puedan, legítimamente, consultar una penalidad para esas violaciones.

Frente a semejante dilema, las normas y principios penales nos obligan a optar por un interés prevaleciente, con el objeto de evitar la doble sanción del infractor. Si pensamos en la inspiración social de las nuevas doctrinas penales, debe concluirse que en definitiva ha de primar el criterio de quienes sostienen el carácter económico de tales delitos.

Dentro de la clasificación que hace Garófalo, los delitos económicos constituyen casos típicos de delitos "artificiales o legales", ya que son consecuencia de las regulaciones impuestas a la actividad económica de los individuos y agrupaciones.

• • •

De todo lo expresado anteriormente, se concluye la imposibilidad de llegar a un concepto único de delito económico, por cuanto éste debe ser definido en función de los principios que informan la acción del Estado.

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si consideramos al Estado como simple guardián del libre juego de las leyes económicas, entenderemos por delito económico la acción ilícita que atenta contra los mecanismos o valores que hacen posible la libre competencia.

Si pensamos en el rol dinámico que corresponde actualmente al Estado en el campo de la economía, hemos de definir el delito económico en función de aquellos valores que aquél está interesado en proteger y que merecen su especial atención por coincidir con los intereses generales de la Nación. En esta postura, debemos concebir el delito económico como aquella conducta que viola el orden público económico originando una lesión del bien común en su forma de bienestar económico que dicho orden debe promover y realizar.

El Estado tiene la obligación de velar porque el poder económico de ciertos miembros de la comunidad no se constituya en instrumento de abuso en contra del consumidor y de la sociedad; porque el mutuario no sea víctima de los intereses abusivos del prestamista; porque el pequeño comerciante pueda plantearse frente al mercado en términos competitivos respecto de las grandes empresas; porque el aparato financiero no se constituya en un obstáculo para el desarrollo de la actividad del pequeño o mediano industrial, etcétera.

Hacia tales finalidades debe dirigirse el poder regulador del Estado, por cuanto es su obligación organizar la economía en función de los intereses de la comunidad.

Si bien es cierto que son numerosos los mecanismos de que el Estado puede valerse para obtener el logro de dichos objetivos, nada obsta a que entre esos mecanismos se contemple también el sistema represivo del Derecho Penal, especialmente si se considera que hoy en día resulta difícil pensar en la vigencia efectiva de un sistema de economía dirigida que no lleve aparejado un sistema represivo propio, ejecutivo y flexible.

IV.— *El Fraude Fiscal.*

El delito tributario, en cuanto perjudica los intereses públicos y económicos generales, ha sido ubicado dentro de los delitos económicos, no sólo por el menoscabo de los recursos destinados a las inversiones provenientes de tributos —planes del Estado que no se cumplen por falta de recursos—, sino también porque la necesidad de su nivelación obliga a gravar a los contribuyentes con cuotas más elevadas, compensatorias de las que la evasión o el fraude impiden recaudar.

En este sentido, se dice que el delito tributario altera el principio de la igualdad de las cargas públicas.

Aunque el delito económico tiene un campo más amplio, ya que su actividad atañe a entidades públicas y privadas, en tanto que en el caso del delito tributario el perjudicado inmediato es

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

siempre el Fisco, se ha estimado que, indirectamente, el delito tributario perjudica también a los contribuyentes honestos —gravados en demasía para compensar las evasiones y fraudes— y, en general, a toda la sociedad, que sufre las consecuencias de estas alteraciones y de las provenientes de la disminución de los fondos provenientes de los tributos.

Para otros, la amplitud y los medios propios del delito económico hacen de éste un acto de mayor gravedad social que el delito fiscal, en cuanto el primero implica una especie de conspiración contra la economía funcional del Estado, mientras que el evasor fiscal es un simple desertor que se resiste a una carga legal en una actitud comparable a la de aquel que elude el servicio militar.

Sea que se considere o no al delito tributario como un tipo de delito económico, lo cierto es que el Derecho represivo fiscal presenta características muy definidas, que permiten diferenciarlo del Derecho Penal clásico o Derecho Penal común.

No intentaremos aquí pronunciarnos acerca de si estas normas constituyen un Derecho especial o si merecen el calificativo de Derecho Penal autónomo. En nuestro concepto, este tema ha sido agotado —en la medida que un problema jurídico puede estarlo— en la obra de la autora mexicana Margarita Lomeli C. (*).

Los problemas que por lo pronto plantea este Derecho van, desde las deficiencias terminológicas que es posible apreciar en el Código del ramo, a cuestiones concretas, de innegables consecuencias prácticas, como es la relativa al tipo de dolo que requiere cada figura, por citar solamente la que ha originado mayores polémicas.

• • •

Concepto.— Los tipos delictivos contemplados en el artículo 97 del Código Tributario son de naturaleza tan diversa, que resulta difícil la formulación de un concepto genérico que abarque todas las figuras que allí se contienen.

Tradicionalmente, se ha recurrido al expediente de conceptuar el delito tributario sobre la base de los términos empleados por el legislador en la parte final del artículo 97 Nº 4º del Código Tributario, cuando define la figura genérica y residual que allí se contiene. Se dice, entonces, que constituye delito tributario el empleo de procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto.

Si bien es cierto que cualquiera definición que se pretenda esbozar no ha de resultar satisfactoria, por tratarse de un concepto en estado de desarrollo, que no ha logrado aún su plena madurez, podemos afirmar, como idea inicial, que el delito tributario consiste en la violación de una norma contenida en la ley tributaria, para la cual ésta establece una pena mixta.

(*) "El poder sancionador de la administración pública en materia fiscal". Compañía Editora Continental S. A. México, 1961.

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si se desea enriquecer el concepto precedente, resulta indispensable abocarse a algunas cuestiones previas, como la de precisar, por ejemplo, los deslindes entre el delito y la infracción tributaria, conceptos que no aparecen debidamente aislados en el Código, posiblemente porque entre ellos existe una zona intermedia difícil de delimitar.

Delito e infracción.— La actividad conducente a evitar, materialmente, las consecuencias económicas del tributo, puede adoptar las más variadas formas, desde la simple elusión o remoción, hasta el fraude tributario. Pero en tanto que las primeras dan lugar a la evasión legal, los artificios que merecen el calificativo de fraudulentos están sancionados con pena corporal. En una zona intermedia, desde el punto de vista de la gravedad, debe ubicarse la infracción tributaria, que aunque posee, incuestionablemente, perfiles propios, aparece en el Código Tributario entremezclada con el delito, dentro del artículo 97.

Para nuestro Código Penal, los criterios básicos de distinción entre los delitos y las faltas o infracciones son: a) externos: la pena —artículo 3º—; y b) internos: el grado de voluntariedad —artículo 2º—.

El delito y la infracción constituyen, por cierto, hechos contrarios a los intereses fiscales; pero esta conducta del contribuyente puede materializarse en una simple desobediencia frente a la Administración, en una rebelión a las medidas adoptadas por ésta —que sólo de un modo indirecto ponen en peligro la percepción del tributo—, o puede traducirse en maquinaciones destinadas a desfigurar las operaciones realizadas o a burlar el impuesto a través del engaño. En el segundo caso hablamos del delito de fraude fiscal, en tanto que en la primera situación la sanción penal sólo se justifica como medio eficaz de conminar al contribuyente al cumplimiento de la ley tributaria y a hacer más expedita la labor de la Administración.

En otras palabras, tales conductas calzan solamente en un concepto formal de delito tributario: "violación voluntaria de un precepto de Derecho Tributario del que se deriva una pena como consecuencia jurídica" (Galiano).

Básicamente, la distinción entre delito e infracción ha de buscarse en el elemento culpabilidad. Sin embargo, cualquier intento de separación cualitativa de estos conceptos comienza a perder su validez al momento de descender a la realidad práctica de las legislaciones positivas. En efecto, no sólo existen delitos sin dolo, y contravenciones con él, sino que se ha llegado a admitir como delitos, hechos considerados tales por el legislador en atención a su entidad, a sus consecuencias o a su escándalo.

No hay, pues, una separación categórica, ya que en ella intervienen no sólo factores internos —como las circunstancias que dan origen a la consumación del hecho—, sino también externos —como el momento histórico - político—, que influyen en el ánimo del legislador y van acomodando la norma al aforismo romano "salus patriae suprema lex esto".

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Existe, por lo tanto, una interdependencia de factores cualitativos y cuantitativos, que hace poco factible una distinción tajante de estos conceptos. Así, es preciso reconocer en nuestro Código Tributario la ausencia de un criterio diferenciador, de carácter unitario, entre los delitos y las infracciones fiscales, los que, a mayor abundamiento, aparecen entremezclados en el artículo 97.

La afirmación anterior vale también para la doctrina.

Junto a la teoría de la culpabilidad, tiene cabida la teoría cuantitativa, que establece la distinción al tenor de la importancia del acto ilícito. Todo ello, sin perjuicio de la aceptación de otros múltiples criterios diferenciadores, entre los cuales puede mencionarse la posición de Spinelli, según el cual, los delitos hieren el derecho del Estado a recaudar, en tanto que las contravenciones afectan a la forma en que debe ejercerse tal derecho.

Otras variantes establecen la diferencia atendiendo a los efectos de la conducta punible, según produzcan un daño "directo" al proceso financiero o, simplemente, afecten a su control. De modo que la infracción viene a ser una simple ofensa a los intereses administrativos, en tanto que el delito pone efectivamente en peligro los intereses fiscales.

En definitiva, lo único cierto parece ser que, si bien en principio el delito presupone dolo y la contravención solamente culpa o negligencia, este elemento subjetivo no es, ni con mucho, un elemento diferenciador que permita separar definitivamente el delito de la infracción. La afirmación anterior encuentra su ratificación legal en aquellos delitos formales, en los que basta un dolo simplemente genérico e, incluso, se exige al contribuyente la prueba de su inocencia a través de las socorridas presunciones de responsabilidad.

La ausencia de un criterio doctrinario uniforme se manifiesta, necesariamente, en las leyes positivas de los diversos ordenamientos.

Ya hemos dicho que el Código Tributario, lejos de proporcionar elementos de distinción entre estos conceptos, entremezcla los delitos y las infracciones dándoles un tratamiento común, salvo en cuanto a que el delito, por exigencias superiores, debe quedar entregado al conocimiento de la Justicia Ordinaria, por ser los Jueces del Crimen los únicos autorizados para la aplicación de penas corporales.

Otras legislaciones consultadas, tampoco contribuyen a la delimitación de estos conceptos. Es así como la ley española, al referirse a la infracción tributaria, lo hace en términos que, a nuestro entender, serían plenamente aplicables al delito. En efecto, la Ley General Tributaria de España establece en su artículo 77: "Son infracciones tributarias las acciones y omisiones voluntarias y antijurídicas tipificadas en las leyes de naturaleza fiscal y en los Reglamentos de cada tributo".

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A la inversa, el Código Fiscal Alemán define el delito tributario con expresiones que calzan perfectamente a la infracción: "Delitos tributarios son las violaciones punibles de los deberes que las leyes fiscales imponen en interés de la tributación".

En una posición ecléctica, la ley italiana da un concepto amplio, aplicable a ambas figuras, reconociendo así, de un modo expreso, la ausencia de diferencias esenciales entre ambos conceptos: "Constituye delito o contravención la violación de una norma contenida en las leyes tributarias, para la cual está establecida una de las penas previstas en el Código Penal para los delitos y las contravenciones, respectivamente". Como puede apreciarse de la simple lectura del texto que hemos transcrito, la legislación italiana consagra la teoría cuantitativa, al adoptar, como criterio de distinción entre delito e infracción, la naturaleza de la sanción que a uno y otra corresponde.

Nuestra legislación.— El artículo 1º del Código Tributario establece que sus disposiciones se aplicarán exclusivamente a materias de tributación fiscal interna, que sean de competencia del Servicio de Impuestos Internos.

En consecuencia, el acto u omisión antijurídica que da lugar al delito tributario debe poner en peligro la percepción, por parte del Fisco, de algún tributo que reúna dichas características y, por cierto, debe tratarse de una acción voluntaria que tenga señalada una pena corporal en la ley que la tipifica.

Dentro de estos lineamientos generales, las figuras de delito tributario que contempla el Código pueden agruparse en dos áreas.

En el primer grupo quedarían comprendidas las que consisten en conductas fraudulentas caracterizadas por el engaño o inexactitud consciente para producir un daño a los intereses fiscales, sea que se logre o no el propósito del evasor.

En el otro grupo se ubicarían aquellas conductas caracterizadas por la desobediencia del contribuyente o su resistencia a las medidas de fiscalización o apremio adoptadas por la Administración; tales son los casos de violación de clausura —artículo 97 Nº 12º—, destrucción de sellos o cerraduras —artículo 97 Nº 13º—, frustración de medidas conservativas —artículo 97 Nº 14º—, etcétera.

El carácter objetivo de las conductas sancionadas por este segundo grupo de delitos, unido al hecho de que en ciertos casos el dolo se presume, salvo prueba en contrario del contribuyente, da margen a una triple distinción: 1º— Infracciones maliciosas o fraudes tributarios; 2º— Infracciones voluntarias que por su gravedad el legislador estimó del caso reprimir con penas mixtas, y 3º— Meras infracciones, que se originan por error o negligencia del contribuyente y sólo dan lugar a la aplicación de penas pecuniarias.

Complementando lo dicho anteriormente, viene al caso traer a colación el artículo 162 del Código Tributario. El inciso 2º de la disposición citada determina que sólo cuando el Director Na-

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cional ha decidido interponer la querella o denuncia, podrá sostenerse que el delito ha surgido como tal. Con anterioridad no es posible saber si nos encontramos en el campo penal tributario o si sólo está en juego la responsabilidad administrativa del contribuyente. En nuestro concepto, la facultad que la aludida disposición otorga al Director constituye, en la práctica, más que un supuesto de procesabilidad, un verdadero elemento configurante del delito tributario, lo que se comprenderá mejor si se examinan los artículos 109 y 97 Nº 4º del referido cuerpo legal.

Del contexto de las disposiciones legales sobre esta materia, y en especial de los artículos citados, se infiere que la Administración posee un amplio campo de discrecionalidad, sin otro límite que la exigencia de acreditar el dolo si desea perseguir la responsabilidad penal del contribuyente.

Delito tributario y Derecho Penal ordinario.— Cualesquiera sean las particularidades que se reconozcan al delito tributario, no podrá pretenderse su total desvinculación con los conceptos básicos que conforman la teoría del delito común.

Más concretamente, cualquiera sea la doctrina que sobre la materia se sustente, la configuración del delito tributario supone la acción humana, típica, antijurídica y culpable de que hablan los penalistas alemanes.

Bien provenga de una conducta positiva o negativa, el delito tributario supone un *acto humano voluntario* a causa del cual se produce un resultado.

El delito fiscal se comete, ya sea mediante la realización de actos tendientes a la defraudación, o dejando de formular declaraciones o incumpliendo deberes sustantivos —omisión—; con la particularidad, en nuestro campo, de que el delito fiscal, para ser tal, no precisa que su resultado se materialice en un daño, ya que basta el peligro corrido por el patrimonio fiscal para sostener su comisión.

En lo relativo a la *tipicidad,* el delito tributario se caracteriza por la existencia de una figura de contenido amplio, sin perjuicio de que ese tipo pueda frecuentemente estar complementado con la mención de aquellas modalidades de común ocurrencia.

Según ya lo señalamos, este criterio empírico del legislador es, precisamente, lo que dificulta la clasificación de los tipos desde el punto de vista tributario, como no sea en aquellas grandes líneas a que se hizo referencia: delitos de intención y delitos objetivos.

En todo caso, el delito fiscal es incuestionablemente típico, tanto si se le observa en su carácter general, como en la diversidad de los medios empleados para su comisión. En verdad, no hay más que un delito fiscal: el que atenta contra el Fisco en relación con el régimen tributario, sin perjuicio de que tal delito pueda tener una serie de modalidades, que no afectan a su esencia sino que a su forma de perpetración.

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El delito tributario es también *antijurídico*, y ello en un doble aspecto: positivo, porque viola algo que histórica y jurídicamente está sancionado como norma —el derecho a la exacción del tributo justo para fines justos—; y negativo, porque la violación que representa encaja perfectamente dentro de las normas de punición fiscal.

El simple examen de los fines del tributo, dentro del Estado de Derecho, arroja luz más que suficiente para llegar a esta conclusión.

En el Derecho Penal Fiscal, la *imputabilidad* significa que el acto pueda atribuirse al obrar consciente de una persona, y da lugar al concepto de *culpabilidad*, que liga al actor con su acción u omisión y se concreta en el dolo o culpa.

Sin ánimo de penetrar aquí en la problemática del dolo, nos limitaremos a recordar su amplia gama de posibilidades, que van del dolo directo al eventual, pasando por el indirecto y el alternativo. Nuestra ley positiva sanciona esta gradualidad exigiendo, en ciertos casos, la "malicia" o el obrar "a sabiendas" del contribuyente, en tanto que, en otros, presume la voluntariedad.

Con justa razón se ha sostenido que el elemento culpabilidad es, dentro de los elementos del delito tributario, el que presenta mayor interés práctico y doctrinario.

Desde luego, la prueba del dolo es el mayor escollo que debe afrontar la Administración cuando desea perseguir la responsabilidad penal de los contribuyentes fraudulentos. Por otra parte, el concepto mismo de delito tributario, así como la distinción entre éste y la contravención fiscal, tienen su punto de partida en la doctrina de la culpabilidad.

Del mismo modo, el problema de la responsabilidad —que en ciertos casos se circunscribe al infractor, en tanto que en otros alcanza a todos los favorecidos con el incumplimiento de la obligación— tiene su origen en los conceptos de culpa o responsabilidad objetiva, en que se basan las distintas figuras penales de nuestro Código Tributario.

Como se ve, los caracteres básicos del delito fiscal coinciden fundamentalmente con el esquema de los delitos comunes, de lo que resulta que le es aplicable al delito fiscal cualquiera definición de delito que recoja los caracteres mencionados, sin otra exigencia que la necesaria adaptación que imponen sus reconocidas particularidades.

Nuestra posición.— Reconociendo la complejidad del tema, creemos que el concepto de delito tributario no debe tender a elaborarse sobre la base de comportar una violación a la ley tributaria, afirmación muy socorrida en todo intento de definición, pero de escaso aporte delimitativo. En efecto, tanto el delito como la infracción significan necesariamente un incumplimiento de la ley fiscal.

Artículo: Consideraciones acerca de la legislación económica represiva
Revista: Nº145, año XXXVI (Jul-Sep, 1968)
Autor: Alejandro Dumay Peña

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pensamos que lo verdaderamente relevante en el delito tributario es:

1º.— El ánimo del evasor, su conducta fraudulenta que, materializada en cualquiera de los tipos descritos en la ley, tiene por objeto hacer inoperante la función fiscalizadora de la Administración. En otras palabras, el delito importa engaño, y no mera desobediencia;

2º.— La circunstancia de que el delito tributario, a diferencia de la mera infracción, constituye un acto u omisión violadora de la *relación jurídica tributaria,* susceptible de causar un perjuicio a los intereses fiscales.

Con esto queremos decir que, si bien la infracción puede consumarse o perfeccionarse por la simple constatación de un proceder del contribuyente, distinto del ordenado por la ley positiva, en el caso del delito no interesan aquellas normas que vinculan al *patrimonio* del contribuyente, sino que debe considerarse a *éste* como persona que utiliza actos ilícitos para deformar la realidad tributaria.

El delito fiscal no se caracteriza tanto por el daño, cuanto por el incumplimiento de una obligación fiscal, traducida en una alteración de la relación tributaria existente entre el contribuyente y el Fisco —sujetos del impuesto—.

En nuestra realidad positiva, la identificación del delito tributario se simplifica a grado extremo; basta, para ello, constatar la realización de una maniobra que pone en peligro la percepción, por parte del Fisco, de algún tributo cuya fiscalización esté entregada al Servicio de Impuestos Internos y que dicha maniobra, siendo típica y antijurídica —amén de voluntaria— tenga señalada una sanción corporal en la ley tributaria represiva.