

LIBERTAD PROVISIONAL Y DELITO TRIBUTARIO

Jorge Enrique Precht Pizarro

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica de Chile

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y VIGENCIA DEL ARTICULO 163 LETRA (F) DEL CODIGO TRIBUTARIO, en relación al artículo 19 N° 7 letra (e) de la Constitución y al artículo 19 N° 26 de la Constitución.

Se consulta acerca de la constitucionalidad y vigencia del artículo 163 letra (f) del Código Tributario, en relación al inciso primero de la letra (e) del N° 7 del artículo 19 de la Constitución que dice: "(e) la libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla".

I. ANALISIS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL. GARANTIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Nuestra Constitución que garantiza la libertad personal y la de locomoción, garantiza igualmente a todo detenido o arrestado (o sometido a prisión preventiva) el derecho a obtener la excarcelación o libertad provisional, garantía sujeta a la discrecionalidad del juez.

La libertad "procederá", esto es, deberá siempre otorgarse por el juez, a menos que el propio juez considere que dicha detención o prisión preventiva sea considerada como necesaria en las únicas tres condiciones que el texto constitucional autoriza:

- a) necesaria para las investigaciones del sumario o,
- b) para la seguridad del ofendido o,

c) de la sociedad y siempre que se cumplan los requisitos y modalidades establecidas por el legislador.

El Texto Fundamental limita severamente al legislador a establecer "los requisitos o modalidades para *obtenerla*", pero no podría imponer mayores exigencias que las tres condiciones que el propio Constituyente estableció en el texto.

De ello deriva que no hay delitos inexcusables en Chile y que el legislador no podría constitucionalmente establecerlos.

Consecuencialmente cuando en Chile quiso privarse de esta garantía, el Constituyente lo hizo en el propio texto constitucional en el artículo noveno primitivo, inciso final, al referirse al terrorismo: "No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, *como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos*".

Sin embargo, este inciso final fue sustituido por el N° 1 del artículo único de la ley de reforma constitucional N° 19.055, publicada en el Diario Oficial de 1° de abril de 1991 que permitió también para los detenidos y arrestados (sometidos a prisión preventiva) por delitos terroristas estar amparados por la garantía constitucional general.

Con lo que hoy por hoy no hay en Chile excepción alguna al artículo 19 N° 7 letra (e). Consecuente con la exégesis enunciada, el Constituyente agregó en la misma ley de reforma constitucional un inciso segundo a la letra (e) del artículo 19 N° 7 que dice: "La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9°, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple".

Adicionalmente, debe sostenerse que el derecho a la excarcelación o libertad provisional, sin ser un *derecho irrestricto*, sino sometido a la discrecionalidad del juez, está cubierto por el inciso segundo del artículo quinto de la Constitución, pues se trata de un derecho humano, derivado de la libertad personal y de la libertad de locomoción y del principio de la inocencia del inculpaado mientras no se pruebe lo contrario, y por tanto "derecho esencial que emana de la naturaleza humana", ya que el artículo precitado establece: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

En efecto, Chile está jurídicamente obligado en esta materia tanto por el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como por el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como por el artículo 9 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dice el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*"

Dice el artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "artículo XXVI: "*Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.*" y el 25: "*Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad.*"

Si bien el artículo 7 N° 5 de la Convención Americana dice solamente que "*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio,*" el artículo 9 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos es mucho más explícito:

"3° Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. *La prisión preventiva* de las personas que hayan de ser juzgadas *no debe ser la regla general* pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

Para la exégesis de este Pacto Internacional (Ley de la República, publicada en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989) y conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, también ley de la República, se utiliza para la interpretación de los Convenios Internacionales, *el Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso* (elaborado en 1962 por un Comité Técnico de la Comisión de Derechos

Humanos de la ONU) que dice en su artículo 4º: "*La detención o la prisión provisional no son penas ni deberán emplearse nunca para lograr fines que legítimamente corresponden al ámbito de las sanciones penales*", artículo 5º: "*Nadie será detenido o preso a menos que hubiere motivos racionalmente suficientes para creer que ha cometido una infracción grave castigada por la ley con una pena privativa de la libertad y siempre, además, que existan razones para presumir que si se le dejare en libertad se sustraería a la acción de la justicia y obstaculizaría la marcha de la investigación*".

Como puede verse el artículo 19 N° 7 en su texto actual, lo mismo que el artículo 9, actual de la Constitución no sólo están conforme a los compromisos contraídos por Chile en el ámbito de la protección internacional de los Derechos Humanos sino que se adelantan a los Pactos en su desarrollo en algunos aspectos.

II. ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL ESTABLECIMIENTO DEL ARTÍCULO 19 N° 7 LETRA (e) DE LA CONSTITUCION.

Que la interpretación que he dado de la norma constitucional citada es la correcta deriva asimismo de los trabajos preparatorios de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado.

Cabe hacer notar que en nuestros ordenamientos constitucionales siempre ha existido el reconocimiento a estas garantías de la libertad personal (Videtur Verdugo Marinkovic, Mario: "*La libertad provisional en los textos constitucionales chilenos*". *Gaceta Jurídica* N° 1, Santiago, 1977).

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución calificó la libertad provisional como un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva. A fin de que no pudieran establecerse delitos inexcusables -como lo hiciera nuestro legislador bajo el régimen de la Constitución de 1925-, se dispuso que ella procedería "siempre" , a menos que *en apreciación del juez*, la prisión fuese considerada "estrictamente" necesaria por las razones que taxativamente el texto aprobado señaló: "*artículo 19, N° 6, letra e: la libertad provisional es un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva. Procederá siempre, a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla*".

Dice el Documento "Ideas Precisas" del Proyecto Ortúzar: "Mientras el artículo 19 de la Carta de 1925 establecía el principio de que afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la acción en forma legal, no debía ser detenido ni sujeto a prisión preventiva el que no fuere responsable

de un delito a que la ley señale pena aflictiva, la nueva normativa consagra la libertad provisional como un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva que procederá siempre, salvo cuando ella sea considerada por el sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad, debiendo la ley establecer los requisitos y modalidades para obtenerla, situación de excepción que por su naturaleza se justifican plenamente. La norma legal a que se hace referencia está contenida hoy en el Decreto Ley N° 2.185, de 6 de marzo de 1978. "Esta modificación tan significativa guarda armonía con el principio de que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley".

Este texto de consenso -después de un arduo debate entre indicaciones de don Jorge Ovalle y don Enrique Evans- proviene de una proposición del Ministro de Justicia, don Daniel Schweitzer que se encuentra en la página 2 de la sesión 118, celebrada en martes 6 de mayo de 1975. Los textos en discusión fueron los siguientes:

Ovalle: "La libertad provisional es un derecho de los detenidos y procesados no reincidentes por delitos que no merezcan pena aflictiva, a menos que la detención o prisión sean consideradas por el juez como estrictamente necesarias para la investigación del sumario o para la seguridad de la persona del ofendido".

Evans: "Las personas detenidas o procesadas tendrán derecho a la libertad provisional. La ley establecerá los requisitos para obtenerla cuidando que ella proceda siempre cuando la pena aplicable no sea aflictiva y las necesidades de la investigación lo permitan".

Schweitzer: (con la colaboración de los señores Jorge Ovalle y Ricardo Martín): "La libertad provisional es un derecho del detenido o preso por disposición del juez de la causa durante la sustanciación del respectivo proceso, a menos que la detención o la prisión preventiva sean consideradas por éste como estrictamente necesarias para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido. La ley establecerá los requisitos y modalidades pertinentes para obtenerla".

Ortúzar: "La libertad provisional es un derecho de los detenidos y procesados y será regulado por la ley. Esta podrá, sin embargo, restringirlo cuando se trate de reincidentes o la detención o prisión sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para la investigación del sumario o para la seguridad de la persona del ofendido".

Silva Bascuñán: no concordaba con la expresión "o de la sociedad" propuesta por Jaime Guzmán y formuló una indicación, que fue rechazada, para agregar el siguiente inciso segundo: "En todo caso, afianzada suficien-

temente la persona, no podrá mantenerse en detención o privación preventiva de la libertad quien aparezca responsable de un delito a que no corresponda pena aflictiva".

Recordemos finalmente que en la sesión 124ª, celebrada en 27 de mayo de 1975, se aprueba a instancias del señor Silva Bascuñán el siguiente precepto: "Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca en conformidad a la ley".

-Para efectos del presente informe es importante resaltar cuál es a juicio de los comisionados el papel que le cabe al legislador en relación a esta garantía.

Existe en la Comisión la clara convicción *que el legislador no puede establecer delitos inexcusables*. Transcribo, a modo de ejemplo, las opiniones de los comisionados Ortúzar y Guzmán en la sesión 116, celebrada en jueves 24 de abril de 1975, páginas 17, 20 y 22. El señor Ortúzar... "y que por la sola lectura del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal resulta indiscutible, y es que el legislador usó en forma indiscriminada de la facultad de regular el derecho constitucional de la libertad provisional, en términos tales que, prácticamente lo desconoció. Entonces existe el peligro de que si realmente se deja entregada esta facultad al legislador, porque en el hecho la ha tenido, vuelva a ejercerla aún en términos más indiscriminados que impliquen un desconocimiento total de la garantía (página 17) ...expresa que, entregando este derecho a la regulación de la ley, prácticamente significa permitir al legislador imponer tales condiciones o requisitos que el derecho mismo puede desaparecer (página 19)... No le merece duda alguna de que es un derecho humano, porque es evidente que no se ganaría nada con establecer la garantía de la libertad provisional si a renglón seguido se va a permitir que a una persona se le prive de ella por la vía de un proceso o de una decisión en la cual todavía no se ha establecido su responsabilidad. *De manera que, como derecho humano, cree que se le debe establecer en la Constitución.* (página 20).

En segundo lugar, Jaime Guzmán -adelantando una discusión que dio como fruto posterior el actual artículo 19 N° 26 de la Constitución dirá: "De modo que le parece que habría que buscar la salida ideal para establecer que éste, regulando una garantía, *no es omnímodo, no tiene la facultad de violar el contenido esencial de ella a pretexto de regularla* y señalar algún órgano jurisdiccional que zanje la situación cuando ello se produzca. A su juicio, ése es el problema que se ha suscitado e insiste en que se va a producir más adelante en muchos otros artículos (página 22).

De modo que el rol del legislador está claramente delimitado en relación a esta garantía constitucional. Don Enrique Ortúzar dirá en la sesión 118,

celebrada en martes 6 de mayo de 1975:

...*"tercero, la regulación podrá decir únicamente relación con materias de procedimiento, tales como la fianza, su monto, etc. De tal modo que, en ningún caso, la norma puede interpretarse como una facultad al legislador para que establezca otros requisitos distintos, incluso, de la naturaleza del delito que signifiquen desconocer este derecho"* (página 13).

Recordemos que es la redacción Schweitzer la que propone: *"La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla"*.

Esta redacción mereció la acogida unánime de la Comisión en este punto y testimonio de ello es la reacción de don Enrique Evans en esa misma sesión:

"La ley establecerá los requisitos y modalidades -¿para qué? "para obtenerla", pero no para restringirla ni para negarla, sino para obtenerla, vale decir -como dice el señor Ministro-, se descinde de la afirmación de que es un derecho constitucional, que no puede ser desconocido, a la regulación de la ley para obtener la libertad y hacer efectivo el derecho" (página 14).

Lo que se quiere evitar es la situación del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal que señalaba delitos inexcusables, como lo recuerda el señor Martín en la sesión 116, celebrada en 24 de abril de 1975: *"El señor Martín señala que la situación que plantea el señor Guzmán está indicada a través del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal que señala los delitos inexcusables y que modificó el mismo legislador. Se estimó, en cierto modo, que el precepto era inconstitucional y, en realidad, hubo varios casos en los cuales se llegó a la Corte Suprema solicitándole su declaración de inconstitucionalidad, pero ella los resolvió de distintos modos sin llegar a tal extremo. Pero esto determinó que se modificara la disposición y ya no quedarán como delitos inexcusables. El mismo legislador, como decía, reguló la situación y, en el artículo 363, dió facultad al juez porque estableció que "con todo, una vez transcurridos seis meses desde el día en que el procesado fue sometido a prisión preventiva, podrá otorgársele la libertad provisional en la forma y condiciones previstas en el artículo 361"*.

Por eso dirá Jaime Guzmán en la sesión 118, página 16: *"...desea dejar claramente establecido en hecho de que es el propio texto constitucional el que otorga directamente la facultad al juez de conceder el beneficio y no al legislador. A este sólo cabe como encargo el determinar las modalidades para obtenerla, pero es el juez el que va a tener o el que va a poder, de acuerdo con el texto propuesto por el señor Ministro, el no conceder la libertad provisional en determinados casos excepcionales."*

¿Cuándo? Cuando vea que es estrictamente necesaria para la investigación del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad, según la indicación que ha presentado".

El antecedente legislativo que se tuvo en consideración para esta doble postura (no existen delitos inexcusables y el legislador debe limitarse a señalar requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional) fueron dos indicaciones del H. Senador Francisco Bulnes Sanfuentes en 1966 en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado al discutirse un proyecto de reforma constitucional, buscando eliminar la inexcusabilidad de los delitos. Dijo el Senador Bulnes en dicha ocasión: "en la época en que se dictó la actual Constitución (* de 1925) no existía ningún delito inexcusable. Luego se introdujo la inexcusabilidad de los delitos de incendio y posteriormente ésta se extendió a un gran número de delitos de tipo económico, que son sumamente técnicos y relativos, y aún a la violación de meras instrucciones del Banco Central que carecen de publicidad. Ello ha traído como consecuencia que sea cada vez más frecuente que los presuntos autores de estos delitos estén mucho más tiempo sometidos a prisión preventiva que el que posteriormente se les señala en la condena". Al recordarse en Actas (sesión 116, en jueves 24 de abril de 1975, páginas 4 y 5) este antecedente, don Enrique Evans comentó... "...se trata de asegurar una institución que es más amplia que la libertad bajo fianza y que es la libertad provisional... Debe establecer que la libertad provisional es un derecho, con lo cual se incorpora la tesis de don Francisco Bulnes, que fue sustentada por el Ministerio de Justicia en 1966, de impedir la inexcusabilidad de ciertos delitos. Considera, como el señor Bulnes, que hay una serie de delitos que emanan de figuras que ha creado el legislador, especialmente en el campo económico, y que aparecen como inexcusables, como en la Ley Antimonopolios que establece que cuando la Fiscalía de la Libre Competencia inicie un proceso en contra de aquellos contra quienes así lo ha ordenado la Comisión Resolutiva Central, en los procesos respectivos los afectados *no podrán salir en libertad bajo fianza*, lo cual puede conducir a una persona, que en definitiva puede resultar inocente de la actividad monopólica a un encarcelamiento absolutamente injustificado; o como la Ley de Cambios, en que también hay un mecanismo de inexcusabilidad absolutamente impropio a su juicio. De modo que debe establecerse constitucionalmente el principio: el derecho a la libertad provisional y, en esta materia, sería partidario de entregar su regulación a la ley, *porque si la Constitución establece que es un derecho el obtener la excarcelación, el salir en libertad provisional -no podrá el legislador, a pretexto de regular, impedir por cierto el ejercicio de este derecho*".

Al llegar el proyecto al Consejo de Estado, éste opinó que la libertad provisional no es un derecho, *sino una garantía de la libertad personal*, suprimiendo la expresión "derecho". Eliminó, asimismo, la expresión "siem-

pre" porque estimó *que pueden existir derechos inexcusables*.

Dió finalmente mayor libertad al juez y eliminó el término "estrictamente" del texto de la Comisión de Estudio (que decía "Procederá siempre, a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como *estrictamente necesaria para...*").

El tema fue tratado por el Consejo de Estado en la sesión 58a., celebrada el 12 de diciembre de 1978 (*Actas C.E.*, tomo I, página 358). Después de exponer el señor Ortúzar la disposición, se producen las siguientes intervenciones: "el señor Urrutia hace constar que los tribunales han subrayado las dificultades para conceder, en ciertos casos, la libertad provisional, en contraste con lo cual recalca que el día de mañana, *reconocido que el procesado, aunque sea un bandido, tiene derecho a la libertad provisional, el juez estará obligado a dársela, una vez agotada la investigación o antes incluso, teniendo por base que la detención no es necesaria para proseguir la investigación. Ante la aseveración del señor Ortúzar de que la libertad provisional no procederá cuando el detenido constituya un peligro para la sociedad, por ser reincidente, por ser delincuente habitual, por la gravedad del delito cometido, etcétera, y que lo contrario sólo podría ocurrir si los jueces hiciesen mal uso de lo contrario sólo podría ocurrir si los jueces hiciesen mal uso de la disposición, el señor Urrutia señala que la cuestión es mucho más difícil de lo que parece, pues, en la práctica se plantean casos como el del parricida, en el que es muy dudosa la conclusión acerca de si es, o no, peligroso para la sociedad.*

Al señor Juvenal Hernández le parece *desproporcionada la afirmación de que "la libertad provisional es un derecho del detenido"*, por cuanto coloca al juez en una situación muy difícil.

Considera que la dificultad podría resolverse suprimiendo una parte del texto, de manera que la disposición dijera: "*La libertad provisional, a menos que la prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario...*", etcétera; *de modo que desaparecería el carácter imperativo de un derecho que procederá siempre.*

El señor Urrutia expresa que, si bien la indicación mejora el texto, no soluciona totalmente el punto, porque terminada la investigación, todos los procesados saldrán en libertad, sin que se encuentre terminado todo el proceso, ya que queda por delante el plenario, particularmente la prueba.

El señor Philippini manifiesta que, si se desea evitar los abusos en el otorgamiento de la libertad provisional, *habría que suprimir el término "estrictamente"*.

Finalmente con la opinión en contra de los señores Coloma y Urrutia, se

aprueban ambas indicaciones quedando el precepto con el siguiente texto:

"(e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla".

Como puede observarse explícitamente el Consejo de Estado excluye que la libertad provisional sea un derecho del detenido o del preso preventivamente, dejándola sólo *como una garantía de la libertad personal y de la libertad de locomoción confiada a la discrecionalidad del juez*, el cual puede denegarla en las tres causales que la Constitución establece o si no se cumplieren las modalidades y requisitos que el legislador estableciere para regular la discrecionalidad del juez.

III. VIGENCIA Y CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 163, LETRA (f) DEL CODIGO TRIBUTARIO.

La norma actual vigente del artículo 163, letra (f) del Código Tributario (texto contenido en el artículo 1º del Decreto Ley N° 830, publicado en el Diario Oficial de 31 de Diciembre de 1974 y actualizado hasta el día 31 de diciembre -Boletín del Servicio de Impuestos Internos N° 469 de diciembre de 1992) es la siguiente: "Cuando proceda la excarcelación, el Juez fijará el monto de la fianza en una suma no inferior al treinta por ciento de los impuestos evadidos, reajustados en la forma prevista en el artículo 53, y de acuerdo a la estimación que de ellos se haga por el Servicio de Impuestos Internos. La excarcelación se otorgará y la fianza se rendirá de acuerdo a los incisos segundo y tercero del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera que sea la pena asignada al delito".

Así, entonces, en el inciso primero de la letra (f) citada, el legislador regula la excarcelación en los casos del *delito de evasión tributaria*.

En el inciso segundo de la letra (f) se regula la excarcelación en los casos del *delito de fraude tributario*, a saber, "en los casos a que se refiere el inciso tercero del N° 4 del artículo 97, la excarcelación procederá de acuerdo con las reglas generales, pero se exigirá, además caución y no se admitirá otra que no sea un depósito de dinero de un monto no inferior a la devolución indebidamente obtenida, según los antecedentes que presenta el Servicio de Impuestos Internos. Sobre este monto, el Tribunal fijará los reajustes e intereses que procedan".

Antes de entrar al estudio del tema planteado es necesario apuntar que tanto el texto base de este artículo como sus modificaciones fueron publicadas y

entraron en vigencia con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, que lo fue el 11 de marzo de 1981.

Así, el guarismo "10%" fue sustituido como aparece en el texto por el N° 7, letra (a) del artículo 1° del D.L. N° 3.443, Diario Oficial de 2 de Julio de 1980. La letra (f), reemplazada, como aparece en el texto, por el N° 9 letra (c), del artículo 8 del D.L. N° 1604, publicado en el Diario Oficial de 3 de diciembre de 1976. Esta modificación rige, según el N° 11 del artículo 15 del mismo D.L. a contar de su publicación en el Diario Oficial de 2 de julio de 1980.

Podría entenderse que la publicación de la Constitución de 1980 y su entrada en vigencia el 11 de marzo de 1981 podrían haber producido una derogación o una inconstitucionalidad sobreviniente de estas normas. Pero, no debe olvidarse que el Estatuto Constitucional vigente a la fecha de publicación de estas normas era *el Acta Constitucional N° 3*, D.L. N° 1552 de 13 de septiembre de 1976, entrada en vigencia el 18 de septiembre de 1976, en cuyo artículo 1° N° 6 letra (d) se comprende integralmente vigente el siguiente texto: (d) La libertad provisional es un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva. Procederá siempre, a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla".

Los textos del Código Tributario referidos no fueron considerados, pese a ser posteriores a la dicha Acta, ni contrarios a ella ni afectos a inconstitucionalidad por la Junta de Gobierno que era el órgano en que se radicaba a la fecha el Poder Constituyente y el Poder Legislativo. Firman esta *Acta Constitucional* los señores Augusto Pinochet, José Toribio Merino, Gustavo Leigh y César Mendoza.

III. 1. Vigencia del artículo 163, letra (f) del Código Tributario.

Como sabemos las normas sobre derogación de la ley se encuentran en el parágrafo 6 "Derogación de las leyes" del Código Civil en sus artículos 52 y 53: "art. 52: La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua". "Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial". "art. 53: La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

Me adhiero aquí a la tesis alemana que entiende que estas normas del Título

Preliminar del Código Civil son parte de la *Constitución material* (Ver Pablo Lucas Verdú, "Los Títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales", en Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978, número monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p.21).

Afirma Lucas Verdú que existe una conexión material entre los preceptos del Título Preliminar del Código Civil y la Constitución vigente, ya que aquél expresa, *aunque sea en una ley ordinaria*, los modos de producción, modificación, derogación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas: "Esta conexión afecta a la Constitución en sentido material, a la Constitución sustancial, a la fórmula política de la Constitución, expresiones equivalentes ya que el techo ideológico, la organización jurídica y la estructura socioeconómica que la componen dependen estrechamente del modo de producción, modificación, *derogación*, interpretación de las normas que, junto con las instituciones, configuran y articulan el ordenamiento jurídico". La razón de ello radica -para Lucas Verdú- en que si se viera obligada a albergar las normas sobre la interpretación, así como otras normas conexas con materias fundamentales, la Constitución debería tener una amplitud desmesurada; además, teniendo en cuenta la rigidez constitucional, ello comportaría una cuasipetrificación de la misma que choca con la vertiente dinámica de la misma Constitución sustancial (p. 20).

Examinemos los tipos de derogación que reconoce nuestro Código, entendiendo por "Derogar: a la modificación o abolición de una norma jurídica a virtud de otra nueva" (Véase Manuel Pons González y Miguel Angel del Arco Torres: *Título Preliminar del Código Civil. Concordancias. Comentarios y Jurisprudencia*. Granada. 1990, página 253).

Derogación expresa: No se encuentra *derogación expresa* del artículo 163, letra (f). Testimonio de ello es, además, que en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el H. Senador don Sergio Fernández, Ministro del Trabajo y Previsión Social cuando se dicta el D.L. 104 (Diario Oficial de 3 de diciembre de 1976), que fija el guarismo de "10%" y Ministro del Interior, cuando se dicta el D.L. 3443 (Diario Oficial de 2 de julio de 1980) cuando se sube a "30%" el guarismo del inciso primero del artículo 163, letra (f) del Código Tributario, presenta una indicación -en compañía del H. Senador Vodanovic- para reemplazar el art. 1º por otro, que deroga derechamente la letra (f) del artículo 163 del Código Tributario (Boletín N° 37-07, Informe de la Comisión antedicha de 10 de marzo de 1993), con lo cual se reconoce la vigencia de esta letra, como asimismo el número 7 del artículo 1º del decreto ley N° 3443, de 1980.

Derogación tácita: La doctrina ha sostenido que la derogación tácita no es

una categoría homogénea y generalmente se admite en, a lo menos, dos hipótesis: cuando hay una nueva regulación integral de la materia (caso de la llamada derogación orgánica que examinamos a continuación) y cuando una norma posterior resulta incompatible (inconciliable dice nuestro Código) con la anterior.

Dice Luis María Díez-Picazo, respetado civilista español en su libro "La derogación de las leyes", Editorial Civitas, Madrid 1990, página 302: "Hay incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar otra. La noción de incompatibilidad entre normas es así, perfectamente equivalente a la ya analizada de antinómica: la antinomia surge de la relación de incompatibilidad entre dos normas, esto es, de que entre dos proporciones prescriptivas medie una relación lógica de contradictoriedad o de contrariedad. Es conveniente recordar que la existencia de una antinomia requiere que la incompatibilidad sea total y, por lo tanto, que el ámbito de regulación (temporal, espacial, personal y material) de ambas normas sea idéntico. De no ser así, la incompatibilidad sería aparente -o, en su caso, parcial-, ya que se podría aplicar una norma sin violar la otra o, dicho de otro modo, se podría concebir una aplicación simultánea de ambas normas, dado que sus supuestos de hecho respectivos no serían enteramente coincidentes".

Ahora bien, la norma posterior derogativa sería la Constitución de 1980, en sus artículos 19 N° 7 letra (e) y 19 N° 26 que se entienden como inconciliables con la del Código Tributario ya mencionada (Véase, en este sentido, la sentencia de la Corte Suprema al recurso de queja N° 3746 Tulio Chichizola Canoni con Corte de Apelaciones de Santiago: "Atendido el mérito de estos antecedentes y teniendo en consideración que debe aprobarse la resolución en consulta que se lee a fojas 1262 de los autos traídos a la vista, pero dejándose sin efecto la caución por ella dispuesta a que se refiere el artículo 163, letra (f) del Código Tributario por cuanto dicha disposición ha de entenderse derogada por la norma superior de los Nos. 7 letra (e) y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental"). Igualmente sentencia de la Corte Suprema de 5 de abril de 1993, Carlos Silva Leiva contra Corte de Apelaciones de Santiago, queja N° 110 - 93.

Pero la Constitución de 1980 no es realmente norma posterior, por cuanto el artículo 19 N° 7 letra (e) corresponde -como se ha visto- al artículo 1° N° 6 letra (e) del Acta Constitucional N° 3 y el artículo 19 N° 26 tiene su equivalente en el inciso primero del artículo 11 de dicha Acta: "Nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades que el Acta Constitucional reconoce, ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido".

De manera que *no le da la hipótesis de la derogación tácita*, esto es, que la ley derogatoria sea posterior pues en realidad el Acta Constitucional N° 3 es una ley anterior de rango constitucional. Más adelante analizaremos la hipótesis de inconstitucionalidad sobreviniente.

Por último si analizamos el punto desde el ámbito doctrinal, no existe en el legislador (la Junta de Gobierno) que es el mismo Constituyente del Acta Constitucional N° 3, voluntad abrogatoria. Ni tampoco existe manifiesta incompatibilidad sustancial entre el contenido de la nueva norma y el contenido de la antigua, pues aún si consideramos como derogatoria sobreviniente a la Constitución de 1980 (lo que es falso, a mi juicio), el juez es el que concede la libertad provisional, sujeta su decisión a una modalidad establecida por el legislador, lo que la propia Constitución autoriza, modalidad que encuentra otros casos similares en nuestra legislación.

Derogación orgánica: Sabemos que es aquel tipo de derogación en que la nueva ley regula enteramente una materia ya regulada por la ley anterior (Véase al respecto: Leopoldo Ortega: "De la derogación de las leyes y especialmente de la derogación orgánica" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXV, marzo y abril de 1938, números 1 y 2, páginas 6 a 12).

Dice Ortega: "Puede presentarse la dificultad de saber cuando la nueva ley reglamenta *totalmente* la materia ya regulada por la ley anterior. Para saberla, recordaremos la regla que al respecto nos da Ricci: "No depende del número mayor o menor de las disposiciones de una comparado con el de la otra, el decidir si una materia está o no enteramente regulada por la nueva ley, sino *más bien de la intención revelada por el legislador* de abarcar con las nuevas disposiciones toda una materia aún en el supuesto muy improbable, de una disposición única" (F. Ricci: *Derecho Civil Teórico y Práctico*, t. I, N° 19, página 34, citado por Ortega, página 10).

Es imposible, a mi entender, alegar derogación orgánica de una norma que en su momento fue estimada conforme a el Acta Constitucional N° 3 en su N° 1, 6 letra (c) y no tratando directamente el 19 N° 26 de la Constitución de 1980 de la materia de la libertad provisional no cabe suponer que exista derogación orgánica por ese concepto:

Por lo demás ya sabemos que el texto actual de la Constitución de 1980 en lo referente a la libertad provisional es menos exigente y más restringido que el precepto aprobado en la Comisión Ortúzar y que fue promulgado y publicado en el Acta Constitucional N° 3. Por el contrario es más preciso el artículo 19 N° 26 actual que el artículo 11 de dicha Acta, pero ello no puede plantear un problema de derogación sino de inconstitucionalidad.

III. 2. Acerca de la inconstitucionalidad del artículo 163, letra (f) del Código Tributario.

Preciso es, previo a tratar este punto -y dado que la Constitución de 1980 es posterior y superior a la norma en comento del Código Tributario- distinguir la derogación de la *inconstitucionalidad sobreviniente*.

Estudié este punto en mi artículo: "Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: Derogación tácita e inaplicabilidad". (1925-1987) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIV, N° 3 - 1987, páginas 87 a 107.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, bajo el régimen de la Constitución de 1925, entiende referida su competencia a la declaración de inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución, no estableciendo distinciones entre el precepto legal, anterior o posterior a la entrada en vigencia de la Constitución. Procedió a efectuar en ese período la comparación entre el texto legal impugnado y *la Constitución vigente al tiempo de interponerse el recurso*.

Este problema es considerado como de derogación o supervivencia de leyes, el cual debe ser apreciado en exclusiva por los jueces de la instancia o si se violara uno de los derechos y libertades protegidos en el artículo 20, por las Cortes de Apelaciones respectivas.

De manera que, a lo menos hasta 1985, el problema que hoy nos ocupa quedaría cerrado, pues obstruido el camino de la declaración de inaplicabilidad quedaba sólo la senda de la "derogación tácita" que he demostrado insostenible, si nos atenemos a la definición del Código Civil, pues la pretendida norma posterior superior no lo es tal.

Pero, desde 1985, se ha ido abriendo paso lo que considero la recta doctrina, esto es, la que construida en torno al principio de la imperatividad in actum de las normas constitucionales y en *el principio de la supremacía constitucional*, sostiene que sin perjuicio de las atribuciones de los jueces a quo para conocer el problema de la derogación tácita, la Corte Suprema debe conocer la inaplicabilidad de las leyes anteriores a la Constitución, como asimismo de los posteriores a ella.

Si bien he probado que no existe derogación ni expresa, ni tácita, ni orgánica del artículo 163 letra (f) del Código Tributario por la Constitución de 1980, es necesario hoy probar que *sus normas no están afectadas por inconstitucionalidad sobreviniente*.

Esta inconstitucionalidad sobreviniente podría provenir del defecto de la

norma tributaria en relación al artículo 19 N° 7 letra (e) o en relación artículo 19 N° 26.

III.2.1. Examen de constitucionalidad en relación al artículo 19 N° 7 letra (e).

Primero que todo debo repetir el argumento *a fortiori*, esto es, que la norma tributaria en comento fue entendida conforme a la regla constitucional del Acta Constitucional N° 3, que era más estricta que la actual en materias de libertad provisional, tanto en relación al "derecho" del detenido o sometido a prisión preventiva, como en atención a que el juez debía "siempre" concederla a menos de atenderse "estrictamente" a las tres causales de inexcusabilidad.

¿Cómo podría ser ahora entendida como inconstitucional en relación al vigente artículo 19 N° 7 letra (e) en que ya no existe el derecho constitucional, de un modo expreso, a la libertad condicional y el juez goza de una mayor libertad para concederla o denegarla?

Segundo, el derecho a "obtener" la libertad provisional está hoy constitucionalmente sin asidero en el texto constitucional mismo, de manera que el legislador goza hoy de una mayor libertad para imponer requisitos y modalidades.

Porque es tan sólo en el plano legislativo que se establece el pretendido derecho constitucional a la libertad provisional y ello a partir de la Ley 19.047, cuyo artículo 5° N° 9 sustituyó los incisos primero y segundo del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, por los siguientes:

"La libertad provisional es un derecho de todo detenido o preso. Este Derecho podrá ser ejercido *siempre*, en la forma y condiciones previstas en este Título"... y cuyo N° 10 sustituyó el artículo 363 por el siguiente: "artículo 363. Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basado en antecedentes calificados del proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez *estrictamente* indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido..."

Y en este plano la constitucionalidad de estas normas es débil -por decir lo menos-, pues es patente que se ha dedicado a colocar por vía legislativa todo aquello que precisamente el Consejo de Estado rechazó expresa y fundamentadamente y que quedó así en el texto

aprobado por la Junta de Gobierno y fue sometida en tal tenor literal a plebiscito en 1980.

Por el contrario, la Ley 18.857 fue mucho más respetuosa del texto constitucional en sus reformas y así por ejemplo, había eliminado la expresión "estrictamente" en el artículo 363 referida a las causales que permiten negar lugar a la excarcelación. Como comenta el profesor de la Universidad Diego Portales, don Claudio Díaz Uribe: "De esta manera, el actual texto del artículo 363 aparece concordante con lo dispuesto en la letra "e" del N° 7 del artículo 19 de la Constitución" (Véase Claudio Díaz Uribe: "Las modificaciones de la ley 18.857 a las medidas para asegurar la persona del delincuente, el recurso de amparo, la libertad provisional, el sobreseimiento y la sentencia definitiva" en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 14, serie seminarios, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, marzo de 1990, página 76).

No podría tampoco, por lo dicho, entenderse que las modificaciones al Código de Procedimiento Penal, derogan tácitamente el artículo 163 letra (f) y otras normas sobre excarcelaciones del Código Tributario, pues debe aplicarse aquí la antigua doctrina que la ley general no deroga tácitamente a la ley especial contraria, toda vez que la existencia de una excepción no es incompatible con la regla general (De ahí el axioma "legi speciali per generalem non derogatur").

Tercero, el establecimiento de una caución no es de por sí una alteración de los supuestos de libertad personal de los procesados, pues el Juez deberá siempre conceder o denegar la libertad provisional en relación a las causales constitucionales, pero si la concede deberá hacerlo sujeta a la caución que la Ley Tributaria establece, esto es, sujeto a condición de su consignación, esto es, a una modalidad establecida por el legislador, conforme precisamente al propio texto del artículo 19 N° 7 letra (e) de la Constitución que entrega al legislador la facultad de establecer los requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional, ya que como bien señaló don Enrique Ortúzar en Actas sesión 118 celebrada en martes 6 de mayo de 1975: "La regulación (legal) podrá únicamente decir relación con materias de procedimiento tales como la fianza, su monto, etc." (página 13).

III.2.2. Análisis de constitucionalidad del artículo 163 letra (f) en relación al artículo 19 N° 26 de la Constitución.

Como ya he comentado el artículo 19 N° 26 de la Constitución es mucho más preciso y estricto que el artículo 11 del Acta Constitucional N° 3, situación inversa a la ya vista al comparar el artículo 19 N° 7 letra

(e) con el art. N° 1, 6 letra (e) del Acta Constitucional N° 3.

Podría entonces alegarse, con mucho mejor fundamento, que el legislador tributario al regular la garantía constitucional a la libertad personal, llamada libertad provisional, no ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 19 N° 26.

Antes de entrar de lleno al estudio de constitucionalidad del precepto concreto procederé a:

(a) Determinar el sentido y alcance del artículo 19 N° 26 de la Constitución.

(b) Definir las características básicas del delito tributario, distinguiendo entre la evasión tributaria y el fraude tributario.

(c) Señalar que el legislador tributario no ha actuado arbitrariamente al fijar un sistema de cauciones para las excarcelaciones por los delitos enunciados.

(d) Señalar que esta situación no es única en el sistema chileno de excarcelaciones.

(a) Sentido y alcance del artículo 19 N° 26 de la Constitución.

El artículo 19 N° 26 da la "seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Ha quedado claro que no estamos, constitucionalmente hablando, frente a un "derecho" del detenido o sujeto a prisión preventiva, sino de una garantía establecida en favor de la libertad personal de dicha persona, pero garantía que está entregada al juez dentro del marco establecido por la Constitución y la ley. La ley puede imponer requisitos y modalidades (dentro de las cuales debe entenderse el establecimiento de condiciones) para obtenerla.

No es una gracia del juez, sino una facultad discrecional del juez que aprecia y pondera la presencia o ausencia de las causales constitucionales de inexcrcelabilidad y concede la libertad provisional con las modalidades y requisitos que el legislador establece.

El precepto en comentario se encuentra en el artículo 27 del Proyecto Ortúzar, proveniente de una preocupación permanente de Jaime Guzmán y de una indicación de don Enrique Evans, en la sesión 212, celebrada el 19 de mayo de 1976, página 2.

El Consejo de Estado eliminó el artículo 27 con el voto en contra del señor Ortúzar y la abstención de los señores Cáceres, Coloma y Medina. Sin embargo fue repuesto por la Junta de Gobierno.

Nos situamos entonces acá en una posición inversa a la producida con el artículo 19 N° 7 letra (e).

No nos encontramos aquí entonces frente a un derecho subjetivo inherente a las personas, sino a *una garantía*, esto es a un recurso destinado a proteger un derecho subjetivo reconocido a todas las personas (incluidos los detenidos y sometidos a prisión preventiva) cual es la libertad personal y conforme al N° 7 letra (b): "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni está restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes".

Surgen, respecto dos problemas:

- a) ¿Qué es la esencia de un derecho? Es su núcleo valorativo básico que, como señala José Luis Cea, puede estar en el texto constitucional mismo o en el ordenamiento jurídico en su conjunto: "La Constitución de 1980 contempla, como regla general, el núcleo de los derechos y libertades reconocidos, aunque en casos como el de la libertad ambulatoria y del derecho de propiedad se extiende en su desarrollo, desconfiando de la obra legislativa ulterior" ("Esencia de los Derechos y su Libre Ejercicio" en José Luis Cea Egaña: *Tratado de la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile, noviembre 1988, página 287-298).
- b) Dice el profesor de la Universidad Católica: "Tampoco puede el legislador impedir el libre ejercicio de los derechos reconocidos. ¿Cuándo surge tal impedimento? Reconocido el Derecho subjetivo, su ejercicio no puede ser esencialmente limitado y ello ocurre cuando los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen, complementen o limiten los derechos, igualdades, libertades e inviolabilidades reconocidas impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En otras palabras: si para el titular no hay manera de que pueda realizar lo que el Derecho subjetivo lleva consigo, imposibilidad que resulta de la desproporción entre las restricciones establecidas por el legislador para cumplir los fines de la constitución, por una parte, y el libre ejercicio de los derechos subjetivos en ella reconocidos, por otra. *En síntesis creo que*

éste es un problema cualitativo y no cuantitativo". (página 296, ibidem).

Por su parte el Tribunal Constitucional en el considerando 21 de la sentencia pronunciada el 24 de febrero de 1987 sobre la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos dijo: "que un derecho es afectado" en su esencia "cuando se le priva de aquello que le es consubstancial" de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".

b) Características básicas del delito tributario. Evasión tributaria y Fraude tributario.

Se discute en doctrina la naturaleza del ilícito tributario y consecuentemente del derecho tributario penal, en relación al ilícito penal y al derecho penal a secas.

No es el caso analizar en este Informe este problema, pero personalmente me adhiero a la teoría unitaria del ilícito y consecuentemente el ilícito penal y el ilícito tributario son esencialmente idénticos.

Otra cosa es la reacción del ordenamiento jurídico frente a la transgresión de la norma tributaria, ante lo cual el ordenamiento puede reaccionar de dos formas diversas: condenar al infractor al mero resarcimiento del daño causado o configurar una sanción con carácter represivo, dirigida a castigarlo.

En el primer caso no hay pena, porque no hay delito tributario, sino meras sanciones a un ilícito no penal (intereses, recargos, multas), sino administrativo stricto sensu.

En el segundo caso -que es el que nos interesa- estamos frente a un delito y a una pena.

Es muy importante tener presente que tanto en la evasión tributaria como en el fraude tributario estamos frente a *conductas dolosas* y por tanto la reacción penal es represiva: "Su finalidad no consiste en asegurar los derechos de contenido patrimonial que al Fisco acreedor corresponden dentro de una relación jurídica concreta... sino en *intimidar al contribuyente -tanto al infractor actual como a cualquier otro infractor en potencia-* para que la conducta contraria al ordenamiento tributario no se reitere o no llegue a producirse. La

sanción es, entonces, netamente represiva o punitiva. Se trata, en suma, de una pena" (F.Sainz de Bujanda: "En torno al concepto y al contenido del Derecho Penal Tributario en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1968, página 103. Sobre el tema: Carlos Martínez Pérez: El delito fiscal, Editorial Montecorvo, 1981, Lilian Gurfinkel de Wendy, Eduardo Angel Russo: Ilícitos tributarios, De Palma, Buenos Aires, 1990).

En el caso de la evasión tributaria, regulada entre nosotros en el art. 97 del Código Tributario, nos encontramos ante "una burla maliciosa o intencionada de la ley, con el propósito de liberarse en todo o en parte de la carga tributaria a la que legalmente se está obligado" (Alejandro Dumay Peña: El delito tributario, Editorial Salesiana, Concepción, sin fecha, página 2).

Pero, en el caso del *fraude tributario*, regulado específicamente en el N° 4 del artículo 97, nos encontramos frente a una maquinación, a una defraudación.

Es preciso distinguir evasión o elusión de defraudación.

Elusión equivale a "acción y efecto de eludir" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y posee dos acepciones: "huir de la dificultad; esquivar o salir de ella con algún artificio" o -y éste es el significado que aquí interesa- "hacer vana o hacer que no tenga efecto, una cosa por medio de algún artificio". Como dice Martínez, "En el delito fiscal la "cosa" que se hace vana o que no tenga efecto es el cobro de los impuestos por parte de la Hacienda Pública (no cit. página 228).

Ahora bien el fraude tributario es una especie de una figura más general: *el fraude a la ley*. Según De Castro, el fraude a la ley se define como "uno o más actos productores de un resultado contrario a la ley que aparecen amparados también en otra disposición dada con finalidad diferente". O en la expresión de Fueyo quien propone un nuevo artículo 10 de nuestro Código Civil: "art. 10: Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención. Los actos realizados al amparo de la literalidad de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude a la ley... (La cita de De Castro está tomada de su *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1970, página 124-La cita de Fernando Fueyo de su artículo "El fraude a la ley" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII- N° 2 - 1991).

"En el campo del Derecho tributario esta figura presupone una dualidad de normas jurídicas tributarias: una, la norma defraudada, que es la pensada para regular el supuesto en cuestión y que, por tanto, hace nacer de ese supuesto la obligación tributaria; y otra, que se denomina "norma de cobertura" en la cual pretende apoyarse el acto y que puede ser o una norma que grave en menor medida el hecho en cuestión, o una norma que lo declare exento o no sujeto". (Palao Taboada C: "El fraude a la ley en Derecho Tributario" en Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, número 63, 1966, página 678).

Esta tipificación del fraude tributario es particularmente importante respecto del problema que nos preocupa.

En efecto, este delito penado con una sanción que puede alcanzar a presidio mayor en su grado medio (15 años) es el descrito en el N° 4 del artículo 97 del Código Tributario y como dicen los antecedentes enviados por el señor Director de Impuestos Internos a la Cámara de Diputados, en especial, en las devoluciones del IVA a los exportadores: "En este caso no se trata de la evasión de impuestos, sino que de un fraude tributario cometiéndose simplemente un "hurto" al patrimonio fiscal a través de la obtención de reembolsos de impuestos que no corresponden, mediando simulaciones de operaciones tributarias o de cualquiera otra maniobra ilícita. En esta situación el delincuente tributario lisa y llanamente sustrae dinero del cofre fiscal mediante maniobras fraudulentas y el patrimonio del Estado sufre generalmente un daño por partida doble.

Por un lado, *devuelve dinero al delincuente tributario que se ha valido de un engaño, en circunstancias de que el impuesto que reembolsa no ha ingresado al erario* (caso, por ejemplo, de las devoluciones de IVA a los exportadores, mediante la presentación a Tesorerías de facturas falsas).

c) *La fijación de un sistema de cauciones obligatorias para el juez no es una actuación arbitraria del legislador tributario.*

La libertad provisional se basa en el principio de inocencia del inculpado que es un principio general de derecho y se encuentra consagrado asimismo en Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Pero, es necesario establecer un adecuado equilibrio entre el derecho constitucional de la libertad de locomoción y las imprescindibles

necesidades de la represión de la delincuencia, entre el principio de la inocencia y las necesidades del proceso.

Para ello se exige que prime en la concesión o denegatoria de la libertad provisional otro principio general de derecho, el llamado *principio de la apariencia del buen derecho* ("fumus boni iuris"). Si ella opera en favor del detenido o sujeto a prisión preventiva deberá concederse la excarcelación, si por el contrario opera en favor del Estado en su función represiva, deberá denegarse.

Como dice José I. Cafferata Nores en sus "Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación" en *Excarcelación y Eximición de Prisión*, volumen colectivo *Jornadas de la Sociedad Panamericana de Criminología*, De Palma, Buenos Aires, 1986, página 3: "No puede haber encarcelamiento procesal (del cual no se discute su carácter de medida precautoria) sin que exista un mínimo de pruebas de culpabilidad. No basta la existencia de una imputación: se requieren ciertas pruebas que evidencien el fumus boni iuris, es decir, la aparente existencia del derecho que se requiere proteger con la medida precautoria; el derecho del Estado a castigar, mejor llamada potestad represiva. Y como ésta sólo existirá frente a la culpabilidad comprobada, su apariencia exigirá también una culpabilidad aparente, es decir, pruebas mínimas de cargo (pero pruebas al fin). (Sobre la evolución actual de dicho principio, véase Eduardo García de Enterría: *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid, 1992).

Normalmente la exigencia de una caución, adquirida por el juez la convicción que el fumus boni iuris opera a favor del acusado y que no existe una clara apariencia de su culpabilidad debe tener por finalidad lo preceptuado en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal: "la caución tiene por objeto, asegurar la presentación del inculcado o reo cuando el juez, estimando necesaria su comparecencia personal, lo citare, o cuando se tratare de llevar a efecto la ejecución de la sentencia".

Pero hay casos en que puede exigirse por el legislador al juez que imponga una caución para otorgar la libertad provisional porque el detenido o sometido a prisión preventiva ve profundamente debilitada su presunción de inocencia y no puede ampararse en el "fumus boni iuris", apariencia de buen derecho que opera precisamente en sentido contrario.

En el fraude tributario la caución opera precisamente para que no se altere el equilibrio procesal y no ser obligado a soportar el peso del

proceso precisamente el Fisco -y la Sociedad toda- que se han visto sometidos a una maquinación odiosa que los han privado de recursos. En menor medida ello sucede asimismo con la evasión tributaria.

No se crea una nueva causal de inexcusabilidad distinta de las constitucionales, pues el juez debe denegar la libertad provisional cuando operan las constituidas, pero si la concede está sujeta a la modalidad de deber exigir una caución lo que no es arbitrario sino que corresponde "a la naturaleza de las cosas", y como dice el Ministro Carlos Cerda Fernández: "La naturaleza de la cosa jurídica es fuente del derecho porque en sí misma anida una significación que es de su esencia y sin la cual pierde su especificidad jurídica" (Iuris Dictio, Editorial Jurídica de Chile, agosto de 1992, página 139).

d) La exigencia legal tributaria de una caución, por razones distintas de lo preceptuado en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, no es única en el sistema chileno de excarcelaciones.

Esta modalidad para otorgar la libertad provisional no es única en nuestra legislación ya que es clara la existencia del artículo 44, de la Ley de Cheques. Esta caución es igual al importe del cheque, intereses y costas y dicho monto sólo se admitirá en depósito de dinero de un monto no inferior al importe del cheque, más intereses y costas.

Procederé, a continuación, a demostrar que el artículo 163 letra (f) no afecta el artículo 19 N° 7 letra (e) ni tampoco al artículo 19 N° 26.

No afecta al artículo 19 N° 26 *ya que no está afectada la esencia de la facultad judicial de conceder la excarcelación*. No es el delito de evasión tributaria ni el delito de fraude tributario un delito inexcusable. El juez puede y debe conceder la excarcelación, sujeta a una caución, si no se dan los tres supuestos constitucionales para denegarla.

Debemos examinar si el legislador tributario al establecer el requisito de caución, bajo la modalidad de los guarismos exigidos en el artículo 163 letra (f) impide el libre ejercicio de la facultad judicial y deber judicial de conceder la excarcelación, de no aparecer las causales constitucionales ya referidas del artículo 19 N° 7.

Semánticamente el término "requisito" para obtenerla "debe entenderse como las condiciones para obtenerla". En este caso "bajo caución, o previa caución".

"Modalidades" son los modos de ser o manifestarse. En este caso "bajo caución del 30% a lo menos de los impuestos evadidos" o "un depósito en dinero de un monto no inferior a la devolución indebidamente obtenida", en el caso de fraude tributario.

Ya he demostrado que el mero establecimiento legal de la caución no afecta el libre ejercicio del juez para garantizar la libertad provisional, ya que si ello fuera así sería inconstitucional el artículo 367 del Código de Procedimiento Civil, disposición legal que autoriza al juez a exigir caución (requisito legal), cuya cuantía no puede ser caprichosamente fijada por éste, ya que debe tomar en consideración la naturaleza del delito, estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés para ponerse fuera del alcance de la justicia.

¿Afectan las modalidades de la caución el ejercicio de la facultad judicial de excarcelar? *Lo harían si tornaran ilusorias las facultades excarcelatorias del juez.*

Claramente ni el guarismo del "30%" ni el del "10%" la tornan ilusoria en las evasiones tributarias, pues al juez sólo se le fija un nivel inferior, razonablemente fijado por razones de política criminal y no constituye el porcentaje un problema constitucional si no en la medida en que se torne ilusoria la facultad judicial.

Pero resta el caso del evasor tributario "al cual se le obliga un depósito en dinero de un monto no inferior a la devolución indebidamente obtenida".

El juez no puede fijar cualquiera finanza o caución sobre cierto monto. *El legislador lo limita a un sólo tipo de caución, lo mismo que en la Ley de Cheques.*

En efecto, sostengo que la posición del H. Senador Hormazábal a este respecto tiene un sólido fundamento jurídico. Dice el Senador: "Hay ambiente para discutir de que en vez de una fianza del 30 por ciento, sea del 10% para los que han evadido impuestos. Pero es distinta la situación del que saca plata del Fisco. Aquí se trata de alguien que ha usado toda una maquinación para robarle al fisco, es un atentado a la moral ciudadana y no puede haber sinvergüenzas que se aprovechen de los fondos -escasos- de los chilenos:

¿Qué propone el gobierno? Como se trata de facilitar las cosas, no hay oposición: reducir del 30 al 10 por ciento la fianza de los evasores. Y que paguen el 50 por ciento los que obtienen recursos del fisco en forma engañosa. Yo personalmente no sé si voy a votar por la rebaja: soy partidario de que estos delincuentes de cuello y corbata paguen el ciento por ciento". (Revista APSI N° 449 del 3 al 16 de mayo de 1993, pág. 61).

Sostengo que la duda del H. Senador Hormazábal tiene un sólido fundamento jurídico pues en este punto confluyen, siendo violados, numerosos principios generales del derecho.

Ya he probado que tratándose de un fraude a la ley, no puede ampararse el inculpado *ni en la buena fe*, difícilmente podrá ampararse en el principio de la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) esencial a la excarcelación y ha violado asimismo el principio general de derecho "*alterum non laedere* (no deber dañarse a otro), en este caso no sólo al Fisco, sino a la sociedad en su conjunto, privada de los dineros substraídos.

No existiendo un derecho constitucional a la excarcelación -como fue probado- el juez puede verse obligado por el legislador a fijar una caución única, para evitar a la vez que siga produciéndose un *enriquecimiento sin causa* y el *aprovechamiento de su propio dolo* por parte del detenido sujeto a prisión preventiva, que ya está utilizando los dineros hurtados al Fisco para defenderse en juicio y que los usaría más aún de fijarse cauciones substancialmente menores al monto total de lo substraído.

No existe, entonces, -como lo sostiene el Informe Legislativo N° 59 de CEAL del profesor don Marcos Magasich Airola de octubre de 1992- de una violación de la igualdad ante la ley, pues no existe, en el caso de fraude tributario, una diferencia arbitraria, pues es el propio autor del fraude el que se ha colocado en una situación jurídicamente insostenible lo cual justifica el rigor del legislador respecto de las facultades del juez, el que debe ejercer sus atribuciones constitucionales en una situación de hecho que difícilmente encontrará parangón en la legislación nacional.

En consecuencia, el ejercicio del derecho del juez no ha sido sometido ni a exigencias que hacen irrealizable el derecho a otorgar la excarcelación ni ha sido entrabado más allá de lo razonable -utilizando la terminología de la sentencia del Tribunal Constitucional en su sentencia del 24 de febrero de 1987.

Debo finalmente señalar que aquí no hay "prisión por deudas", ni violación de los compromisos internacionales de Chile y que el recurso a los principios generales del derecho es de resorte normal de la jurisprudencia judicial, de la jurisprudencia administrativa y debe orientar asimismo el quehacer del legislador.

No hay "deuda" porque el concepto de deuda dice relación al patrimonio propio, pero no al patrimonio ajeno y *menos al patrimonio fiscal* que en este caso ha sido "hurtado". No se viola el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Nadie puede ser detenido *por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil*. Tampoco se ve cómo se violaría la Declaración ya que la caución no impide "que el juez

verifique sin demora la legalidad de la medida de privación de libertad y a ser juzgado sin dilación *injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad*". No dice tampoco el artículo 7 N° 5 de la Convención Americana que fija como principio general el que una persona detenida o retenida sea *puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, pues no dice que la libertad "sólo" podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, dejando abierta por tanto otras finalidades a las cauciones que son obligatorias para el juez al otorgar la libertad provisional.*

Tampoco se viola el artículo 9 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que sólo establece que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas *no debe ser la regla general*" y tampoco que la libertad "sólo" podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado.

El dinero sustraído al erario fiscal mediante un fraude tributario no es "debido" al Erario sino que es "efecto del delito", no estamos por aquí por incumplimiento de obligaciones de carácter *netamente civil*, sino de un delito claramente tipificado.

La caución exigida por el artículo 163 letra (f) inciso primero y segundo para obtener la libertad provisional no es por deudas, sino *por un delito penal* y es una simple condición legal para que los individuos privados de libertad, por delitos descritos en el Código Tributario, puedan obtener su excarcelación, asegurando su comparecencia al juicio y evitar el aprovechamiento del propio dolo y otros efectos sociales nefastos.

A este respecto, cabe hacer presente que el fraude tributario está ligado al lavado de dinero y al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Es comprensible entonces que el Informe del Instituto Libertad y Desarrollo, Reseña Legislativa N° 105, de 25 al 31 de julio de 1992, páginas 4 y 5 no plantee inconstitucionalidad del proyecto y por el contrario en el punto 4 *Devolución indebida* opine lo siguiente: "El delito del artículo 97, N° 4, inciso tercero, del Código Tributario, consiste en simular una operación tributaria destinada a obtener devoluciones de impuestos (por ejemplo IVA). La sanción para este caso es de 3 años y un día a 10 años de presidio más una multa de 100% al 400% de la cantidad defraudada. Esta conducta tiene una especial gravedad, porque ya no se trata de evadir un impuesto que se debe, sino de efectuar maquinaciones fraudulentas destinadas a obtener *dineros fiscales a los que no se tiene derecho.*

Desde el punto de vista de la recaudación tributaria, el contribuyente que así actúa presenta una mayor peligrosidad que el que se limita a no pagar dolosamente el impuesto que corresponde.

Por tal razón parece razonable que se mantenga, para este caso de excarcelación, una fianza o depósito equivalente al 100% de la cantidad defraudada".

Por último, *el recurso a los principios generales del derecho* para analizar una situación jurídica o interpretar una norma es de normal ocurrencia en nuestro medio. No sólo el principio de igualdad ante la ley y el de legalidad, sino el de buena fe (piénsese en el "ejercicio legítimo de los derechos" que exige en el artículo 20 de la Constitución para interponer la acción constitucional de protección y como se hace en el presente informe el del enriquecimiento sin causa, el de que nadie puede dañar a otro, el de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, son frecuentemente citados en los fallos de los Tribunales Ordinarios, o en la Justicia Constitucional.

Así se puede citar como casos judiciales señeros el recurso de Queja Civil Baraona Urzúa, Jorge, por expropiación de la Hacienda Nilahue (fallo de la Corte Suprema de fecha 9 de octubre de 1981. Véase José Joaquín Ugarte Godoy: La integración de la ley con la equidad y la retrocesión, como su comentario) o la Sentencia de la Corte Suprema de 15 de diciembre de 1923 Iturra con Peña y otros en que se sostiene que "Nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro") y numerosos dictámenes de la Contraloría (sobre el enriquecimiento sin causa: dictamen N° 37.975 de 15 de diciembre de 1982; el N° 5.585 de 6 de marzo de 1985, el N° 009826 de 18 de abril 1991; el N° 031327 de 13 de noviembre de 1990 y el 015763 de 26 de junio de 1992). Recientemente la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el caso del recurso de protección a favor de don Hernán Cereceda Bravo recurre al principio de que "la responsabilidad siempre es personal" para sostener -en el considerando 28- lo bien fundado del procedimiento de votación por capítulo y por acusado en el juicio político reciente en el H. Senado.

Todo ello porque el Legislador, el Juez, el Administrador deben considerar tales principios no sólo como fuente supletoria, sino como fuentes originarias, *dado su carácter informador del ordenamiento jurídico*.

Cuando se habla de "principios in-formadores" (y es pre-informador de toda medida excarcelatoria o cautelar la apariencia de buen derecho, debido al principio *fumus boni iuris*) tomamos la acepción del diccionario; "dar forma substancial", por lo que como comenta Delia Matilde Ferreira Rubio: "La buena fe. El principio general en el Derecho Civil", Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1984, página 34: "Informar consiste, pues, en infundir sentido y vida, contribuir a configurar los perfiles axiológicos de un determinado sistema. Tal es la función que despliegan los principios generales. A su vez, si estos principios informan el ordenamiento le dan una fisonomía propia y lo legitiman"

En el fraude tributario no existe esta apariencia de un buen derecho, o ella está profundamente debilitada, por lo que es conforme al equilibrio procesal que la excarcelación se conceda bajo condición de una caución tal como la fijada en el artículo 163 letra (f) del Código Tributario. Además debe tenerse presente que en el caso del fraude tributario ha existido una investigación previa en el Departamento de Delitos Tributarios del Servicio de Impuestos Internos. Como dijo el diputado señor Elgueta en la sesión 40a. de la Cámara de Diputados, en martes 15 de septiembre de 1992: "*Después de una larga pesquisa, absolutamente documentada, se llega a la conclusión de que es necesario encausar a una persona; se presenta la denuncia, se tramita y finalmente, procede la privación de la libertad*".

Comparte este profesor lo afirmado por el Servicio de Impuestos Internos en los Antecedentes aportados a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado páginas 6 y 7: "*dichas disposiciones legales, que establecieron las fianzas calificadas que han indicado, no limitan en lo absoluto las facultades jurisdiccionales de los Tribunales Ordinarios de Justicia en orden a otorgar la libertad provisional de los procesados ya que para la concesión de dicho beneficio el Juez de la causa debe atenerse al mérito del proceso y a lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra (e), de la Constitución Política del Estado y en el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal. Sólo al fijar la fianza o caución entran en aplicación las normas especiales contenidas en el artículo 163, letra (f), del Código Tributario*".

En conclusión: No sólo entonces el legislador al establecer cauciones calificadas ha actuado sin violar el artículo 19 N° 26 porque no ha afectado el libre ejercicio del derecho del juez para excarcelar, sino que ha respetado el principio de juridicidad material configurado por los principios generales del derecho.

CONCLUSIONES: Estudio de constitucionalidad acerca del artículo 163 letra (f) del Código Tributario en relación al artículo 19 N° 7 letra (e) y 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.

1º La Materia en estudio está regulada no sólo por los textos constitucionales citados, sino asimismo por el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana o "pacto de San José de Costa Rica, art. 7 N° 5 además de otros instrumentos internacionales tales como el Proyecto de Principios sobre el Derecho a no ser detenido o preso arbitrariamente de las Naciones Unidas 1962 y en especial el artículo 9 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos.

2º La Comisión Ortúzar calificó la libertad provisional como un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva y dispuso que ella procederá "siempre", debiendo el juez limitarse para negar la excarcelación a las causales taxativamente fijadas, esto es, que el juez considere tal prisión estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad.

3º Sin embargo, al llegar el proyecto al Consejo de Estado, éste opinó que la libertad provisional no es un derecho, sino una garantía de la libertad personal, suprimiendo la expresión "derecho" y dejando su concesión o denegación a la discrecionalidad -regulada- del juez. Eliminó, asimismo, la expresión "siempre" porque estimó que pueden existir derechos inexcusables (*a la época los delitos terroristas conforme al artículo 9º de la Constitución). Dió finalmente mayor libertad al juez y eliminó el término "estrictamente" del texto de la Comisión Ortúzar (el que decía: "Procederá siempre, a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para..."). Dejó en lo demás intactas las facultades del legislador tal como lo entendió la Comisión Ortúzar.

El texto aprobado por el Consejo de Estado es el aceptado por la Junta de Gobierno y es el sometido a plebiscito y se contiene hoy en el artículo 19 N° 7 letra (e) de la Constitución, por lo que hoy por hoy el juez puede denegar la excarcelación si entiende que no se da alguna de las tres causales que establece la Constitución o si no cumplieren las modalidades y requisitos que el legislador estableciere para regular la discrecionalidad del juez.

4º El artículo 163 letra (f) del Código Tributario regula la libertad provisional, estableciendo cauciones calificadas, para la excarcelación en el caso de los delitos: (a) de evasión tributaria (inciso primero) y de fraude tributario (inciso segundo).

5º Si bien el texto de dicho artículo como sus modificaciones son anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 (11 de marzo de 1981) no debe olvidarse que el Estatuto Constitucional vigente a las fechas de las modificaciones que fijaron el texto actual del artículo 163 letra (f) era el Acta Constitucional N° 3 (D.L. N° 1552 de 13 de septiembre de 1976, entrada en vigencia el 18 de septiembre de 1976, en cuyo artículo 1º N° 6 letra (d) se comprende íntegramente el texto aprobado por la Comisión Ortúzar. Los textos del Código Tributario no fueron considerados, pese a ser posteriores a dicha Acta, ni contrarios a ella ni afectos a inconstitucionalidad por la Junta de Gobierno que era el órgano en que se radicaba a la fecha tanto el Poder Constituyente como el Poder Legislativo.

5º Si bien el texto de dicho artículo como sus modificaciones son anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 (11 de marzo de 1981) no debe olvidarse que el Estatuto Constitucional vigente a las fechas de las modificaciones que fijaron el texto actual del artículo 163 letra (f) era el Acta Constitucional N° 3 (D.L. N° 1552 de 13 de septiembre de 1976, entrada en vigencia el 18 de septiembre de 1976, en cuyo artículo 1º N° 6 letra (d) se comprende íntegramente el texto aprobado por la Comisión Ortúzar. Los textos del Código Tributario no fueron considerados, pese a ser posteriores a dicha Acta, ni contrarios a ella ni afectos a inconstitucionalidad por la Junta de Gobierno que era el órgano en que se radicaba a la fecha tanto el Poder Constituyente como el Poder Legislativo.

6º La entrada en vigencia del artículo 19 N°7 letra (e) de la Constitución el 11 de marzo de 1981 no puede derogar tácitamente las normas del Código Tributario, primero porque tal norma, en forma más amplia estaba vigente desde el 18 de septiembre de 1976 y segundo porque si la norma del Acta Constitucional N° 3 no se consideró inconciliable con dicho artículo 163 letra (f) menos puede considerarse serlo ahora, bajo la Constitución de 1980, con una norma mucho menos estricta. Cabe recordar que para que proceda la derogación tácita el artículo 52 del Código Civil exige la inconciliabilidad entre la norma posterior y al anterior, supuesto que no se da en este caso.

7º No se dan los supuestos ni de la derogación expresa, ni tampoco de la derogación orgánica, pues en esta última se exige una nueva regulación integral de la materia, cosa que excluye el propio texto constitucional que autoriza al legislador a fijar requisitos y establecer modalidades para obtener la libertad provisional, de lo cual se deriva que la regulación constitucional no es ni puede ser integral.

Tampoco existe en la Junta de Gobierno -que es el Constituyente en 1976 y en 1980- ninguna muestra de voluntad abrogatoria.

Por ende, a mi juicio, el artículo 163 letra (f) ha sobrevivido en su vigencia en el tiempo a la Constitución de 1980.

8º El artículo 356 del Código de Procedimiento Penal (Ley 19.047) no puede entenderse tampoco como derogatorio, como ley posterior del Código Tributario, pues la ley general no deroga tácitamente a la ley especial contraria.

9º No hay inconstitucionalidad sobreviniente del artículo mencionado del Código Tributario en relación al 19 N° 7 letra (e) por el argumento a fortiori que si dicho artículo ya fue considerado constitucional por la Junta de Gobierno en relación al Acta Constitucional N° 3 que establecía un verdadero derecho a la excarcelación, no puede serlo hoy en que existe una

garantía constitucional, pero no un derecho subjetivo público, garantía cuyo ejercicio está entregado ahora a la discrecionalidad judicial, si bien fuertemente regulada por la Constitución y la ley. Por lo demás el establecimiento de una caución no es de por sí una alteración de los supuestos de hecho que permiten en concepto del Constituyente restringir la libertad personal de los procesados, sino sólo un requisito o modalidad. Y esto lo reconoce el propio Presidente de la Comisión de Estudio que dice: "Tercero: la regulación podrá decir únicamente relación con materias de procedimiento, tales como la fianza, su monto, etc. De tal modo que en ningún caso la norma puede interpretarse como una facultad al legislador para que establezca otros requisitos distintos, incluso, de la naturaleza del delito que signifiquen desconocer tal derecho" (Actas, Sesión 118, celebrada en martes 6 de mayo de 1975, página 13).

10º El legislador tributario no ha impedido el libre ejercicio del derecho del juez a otorgar la libertad provisional ni ha afectado el derecho en su esencia.

En efecto, ni el delito de evasión o elusión tributaria ni el de fraude tributario son inexcusables.

El juez es enteramente libre para ponderar si existen o no existen las causales constitucionales de inexcusabilidad y si no existen debe conceder la libertad provisional, sujeta a una caución (requisito), cuyo monto mínimo está fijado por la ley (caso de la evasión tributaria) y cuyo monto está determinado enteramente por el legislador, dada las especiales características del delito (caso del fraude tributario). El legislador tributario no ha privado al juez de lo consubstancial a su facultad excarcelatoria ni lo ha sometido a exigencias que hacen irrealizable el derecho legal a la excarcelación y por tanto no viola el artículo 19 N° 26.

11º El hacer gravoso el derecho legal a la excarcelación, en especial del fraude tributario, no es arbitrario por parte del legislador, ni es una disposición única en nuestro ordenamiento jurídico. Ello se justifica por la naturaleza misma del ilícito, en especial, el caso del fraude en que el Estado devuelve dinero al delincuente, extraído de arcas fiscales, en circunstancias que el impuesto que se reembolsa no ha ingresado al erario.

El principio de la inocencia del inculpado, que procesalmente se expresa en una apariencia de buen derecho (principio *fumus boni iuris*) se encuentra acá profundamente debilitado y ello junto al principio de la buena fe y el que nadie puede aprovecharse de su propio dolo justifican ante el derecho, el inciso 2º del artículo 163 letra (f) del Código Tributario, esto es que el juez sólo pueda imponer una caución "consistente en un depósito en dinero de un monto no inferior a la devolución indebidamente obtenida", a fin de evitar un enriquecimiento sin causa del acusado, enriquecimiento que es usado

procesalmente contra el Fisco.

12º No hay aquí "prisión por deudas", porque los Pactos Internacionales se refieren a obligaciones de carácter netamente civil y lo "hurtado" al Fisco es de carácter netamente penal y el dinero sustraído es además "efecto del delito" y ello ha sido presentado al Tribunal después de una larga pesquisa administrativa, absolutamente documentada. No se ha violado la igualdad ante la ley porque los delitos de evasión tributaria, y en especial el de fraude tributario, son situaciones peculiares que exigen procesal y penalmente reglas especiales y ello no afecta la igualdad ante el derecho que da "a cada cual lo que es debido".

NOTA:

La Dirección de Impuestos Internos ofició a todas las Direcciones Regionales el texto del Informe, como postura oficial de la D.I.I. La jurisprudencia comenzó a variar conforme a esta doctrina (véase sentencia: Corte de Apelaciones de Concepción rol I. Corte 7.029 Querrela D.I.I. contra Víctor Manuel Rivera Muñoz, 22 de junio de 1993, apelación sentencia Tercer Juzgado Los Angeles rol 10.420). En sentido contrario: Gaceta Jurídica N° 116 (1990); Alejandro Silva Bascuñán: "Libertad provisional en un delito tributario".