

Delitos tributarios y corrupción

"... Conscientemente o por ignorancia se tiende a confundir, en el debate reciente, ambos conceptos. Y esto es preocupante porque un debate confuso puede ser la antesala de una reforma legislativa desacertada (...) La realización de un delito tributario perjudica la expectativa del fisco al pago del impuesto (...) En cambio, el paradigma de la corrupción afecta a la probidad..."

Miércoles, 07 de junio de 2017 a las 10:43 | Actualizado 9:43

Luis Emilio Rojas

Conscientemente o por ignorancia se tiende a confundir, en el debate reciente, los delitos tributarios con la corrupción. Y esto es preocupante porque un debate confuso puede ser la antesala de una reforma legislativa desacertada.

En rigor, se trata de dos cuestiones diferentes. La realización de un delito tributario, por ejemplo, de cualquiera de los tipificados y castigados en el art. 97 N. 4 del Código Tributario perjudica la expectativa del fisco al pago del impuesto. La comisión de un delito tributario, en cualquiera de sus modalidades, impide que este último reciba el tributo correspondiente. Dicho en otras palabras, impide que el dinero debido llegue a las arcas fiscales. Por eso, la víctima es el fisco, en tanto su patrimonio no se ve incrementado, y el autor del delito es un particular (el contribuyente). En cambio, el paradigma de la corrupción, como es el delito de cohecho, afecta a la probidad, con total independencia de si el fisco resulta perjudicado o incluso favorecido patrimonialmente. El interés jurídico protegido es diverso, si se quiere, aquí es de carácter puramente normativo. Lo protegido es la probidad consagrada incluso a nivel constitucional (art. 8º).

La observación irrestricta de la probidad es constitutiva de la calidad misma de funcionario público, es decir, un funcionario que la infringe y hace prevalecer el interés particular por sobre el público, se "corrompe" en el sentido de que deja de ser funcionario público. De ahí que el autor del delito sea un funcionario público y la víctima la colectividad toda. Un particular puede cometer también cohecho, pero solo en tanto induzca a un funcionario público a infringir la probidad. El interés jurídico protegido no varía por esta circunstancia, sigue siendo la probidad, aunque esta se vea afectada indirectamente.

Pero, incluso el fraude al fisco es un delito esencialmente diferente al delito tributario, por mucho que se le parezca externamente. A veces se habla de "defraudación o fraude fiscal" para referirse al delito tributario. Esta etiqueta tiene su origen en el significado insoportablemente equívoco de la palabra "fraude", que debería ser completamente desterrada en una futura reforma del Código Penal. El delito de fraude al fisco es un delito funcionario, esto es, cometido por un funcionario público también en infracción de la probidad, pero con la consecuencia de la provocación de un perjuicio patrimonial al fisco. La diferencia esencial con el delito tributario, a pesar del parecido externo, radica en que aquí, en el delito de fraude al fisco, los dineros ya se encuentran en arcas fiscales, es decir, han sido previamente recaudados y puestos a disposición del funcionario público, vía Ley de Presupuestos. El Estado deposita su confianza en el funcionario que la defrauda abiertamente mediante este delito y perjudica desde adentro el patrimonio fiscal, de ahí su gravedad.

Más grave aún es la malversación de caudales públicos, que también presupone que los dineros ya se encuentran en arcas fiscales y estos son derechamente apropiados por el mismo funcionario que los tiene bajo su cuidado. Demás está decir, entonces, que la a veces mentada comparación entre un delito tributario y uno de hurto o estafa es más bien antojadiza, pero cierta solamente en relación al fraude al fisco o la malversación de caudales públicos.

Estas diferencias esenciales en el plano sustantivo tienen su reflejo en el ámbito procesal, ya que en el delito tributario se trata de proteger una expectativa de incremento patrimonial del fisco, resulta perfectamente razonable supeditar el ejercicio de la acción penal al descarte de la posibilidad de obtener, en el caso concreto, dicho incremento. Es decir, si todavía existe la posibilidad de rescatar el tributo, entonces la vía penal constituye más bien un estorbo para alcanzar ese fin. Incluso si se trata de un caso prácticamente perdido y, en consecuencia, se promueve la acción penal, todavía es posible rescatar algo mediante el mecanismo legítimo del acuerdo reparatorio, dando así término al proceso penal previamente iniciado. En cambio, este margen razonable de actuación del Estado no se encuentra previsto ni para el cohecho ni para el delito de fraude al fisco, mucho menos para la malversación de caudales públicos. ¿Por qué? Porque estos delitos son de corrupción y tienen en común la infracción a la probidad. Por esta razón son delitos de acción penal pública, sin que su ejercicio se supedite a la decisión de la víctima, y no resultan procedentes los acuerdos reparatorios.

La invocación difusa a la "lucha contra la corrupción" no es razón suficiente para alterar el juego de estas reglas. Si un caso concreto se investiga por la sospecha de un cohecho respecto del cual no se tienen las pruebas suficientes para acreditarlo, pero sí para probar un delito tributario, esa desafortunada disparidad de pruebas no convierte a este último delito en uno de corrupción. El delito tributario sigue siendo uno que afecta la expectativa de incremento patrimonial del fisco y, por ende, de acción penal pública previa decisión de la

víctima representada en tal caso por el Servicio de Impuestos Internos. El delito de cohecho sigue siendo el paradigma de la corrupción y, en ese estatus, un delito de acción penal pública cuyo inicio y promoción no se supedita a la decisión de ninguna persona.

Si se pretende "combatir" en serio la corrupción en el ámbito privado, entonces debe promoverse la creación de un tipo de "cohecho entre privados", hasta ahora inexistente en nuestra legislación penal. Mas, en tal caso, el interés jurídico protegido no sería ni el patrimonio fiscal ni la probidad, sino que una regla básica del mercado, como es la competencia leal, que goza de la protección jurídico-civil e incluso administrativa que le confiere la Ley 20.169, pero aún no de protección penal frente a los atentados más graves.

* Luis Emilio Rojas Aguirre es profesor de Derecho Penal en la Universidad Alberto Hurtado.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online