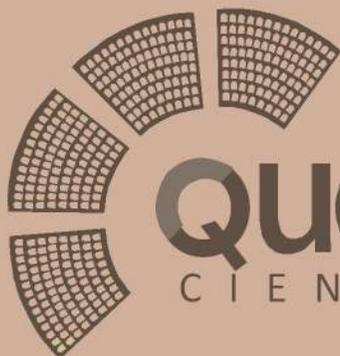




LXI LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS

COMITÉ

Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias



LEGISLATIVO

Quórum

C I E N T O S I E T E



LA FALSIEDAD DE DECLARACIONES COMO
INSTRUMENTO DE OBSTRUCCIÓN DE JUSTICIA
ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LOS CASOS DE
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y MÉXICO

Mtro. Jesús Ruiz Munilla

MÉXICO

ESTADOS UNIDOS

LA DEPORTACIÓN DE MENORES
Y LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS
FUNDAMENTALES SUSTENTADA EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE
DE LOS ESTADOS UNIDOS

Amalia Patricia Cobos Campos
Carlos Severiano Díaz Rey
Raymundo García Quintana

RÉGIMEN TRIBUTARIO EN CHILE
QUE HA PERMITIDO
INCREMENTAR LA RECAUDACIÓN

Dra. Cecilia Licón Vite

CHILE

BRASIL

POLÍTICAS Y REGULACIÓN
EN MATERIA DE APOYO
PARA EL DESARROLLO
DE LOCALIDADES
EN EXTREMA POBREZA
EN BRASIL

Mtro. Carlos N. Valero Flores

RESEÑAS

DERECHO E INCERTIDUMBRE

De: Jerome Frank

Reseñado por: Lic. Mariana Segura Spota

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO

De: Carlos Santiago Nino

Reseñado por: Lic. Jorge Garabito Martínez



LEGISLATIVO

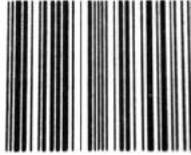
quórum

CIENTOSIETE

QUÓRUM LEGISLATIVO 107

ENERO - MARZO 2012

ISSN 1870727-0



Derechos Reservados
Enero 2007



La reproducción parcial o total de esta publicación, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley

El contenido del trabajo de Investigación que se publica, así como las impresiones y gráficas utilizadas, son responsabilidad del autor, lo cual no refleja necesariamente el criterio editorial

QUÓRUM LEGISLATIVO 107

INVESTIGACIONES

RÉGIMEN TRIBUTARIO EN CHILE QUE HA PERMITIDO INCREMENTAR LA RECAUDACIÓN

DRA. CECILIA LICONA VITE

LA FALSEDAD DE DECLARACIONES COMO INSTRUMENTO DE OBSTRUCCIÓN DE JUSTICIA

ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LOS CASOS DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y MÉXICO

MTRO. JESÚS RUIZ MUNILLA

POLÍTICAS Y REGULACIÓN EN MATERIA DE APOYO PARA EL DESARROLLO DE LOCALIDADES EN EXTREMA POBREZA EN BRASIL

MTRO. CARLOS NORBERTO VALERO FLORES

INVESTIGADORES INVITADOS

LA DEPORTACIÓN DE MENORES Y LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTENTADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS

CARLOS SEVERIANO DÍAZ REY

RAYMUNDO GARCÍA QUINTANA

RESEÑAS

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO

DE: CARLOS SANTIAGO NINO

RESEÑADO POR:

LIC. JORGE GARABITO MARTÍNEZ

“DERECHO E INCERTIDUMBRE”

DE: JEROME FRANK

RESEÑADO POR:

LIC. MARIANA SEGURA SPOTA



**LXI LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS**

PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Dip. Guadalupe Acosta Naranjo

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

PRESIDENTE

Dip. Armando Ríos Piter

INTEGRANTES

Dip. Francisco Rojas Gutiérrez
Dip. Francisco Javier Ramírez Acuña
Dip. Juan José Guerra Abud
Dip. Pedro Vázquez González
Dip. Jorge Antonio Kahwagi Macari
Dip. Pedro Jiménez León

SECRETARIO GENERAL

Dr. Fernando Serrano Migallón

SECRETARIO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

Lic. Emilio Suárez Licona

SECRETARIO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS

Ing. Ramón Zamanillo Pérez



**COMITÉ DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E
INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS**

PRESIDENTE

Dip. Omar Fayad Meneses

SECRETARIOS

Dip. Ezequiel Rétiz Gutiérrez
Dip. Víctor Manuel Castro Cosío

INTEGRANTES

Dip. José Óscar Aguilar González
Dip. Fermín Gerardo Alvarado Arroyo
Dip. María del Rosario Brindis Álvarez
Dip. Gerardo Del Mazo Morales
Dip. Fernando Ferreyra Olivares
Dip. Sonia Mendoza Díaz
Dip. María Teresa Rosaura Ochoa Mejía
Dip. Arturo Santana Alfaro
Dip. Francisco Saracho Navarro
Dip. Pedro Vázquez González

**DIRECTOR GENERAL DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E
INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS**

Lic. César Becker Cuéllar

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 1

INVESTIGACIONES

**RÉGIMEN TRIBUTARIO EN CHILE QUE HA PERMITIDO
INCREMENTAR LA RECAUDACIÓN** 5
DRA. CECILIA LICONA VITE

**LA FALSEDADE DE DECLARACIONES COMO INSTRUMENTO
DE OBSTRUCCIÓN DE JUSTICIA
ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LOS CASOS DE
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y MÉXICO** 133
MTRO. JESÚS RUIZ MUNILLA

**POLÍTICAS Y REGULACIÓN EN MATERIA DE APOYO
PARA EL DESARROLLO DE LOCALIDADES
EN EXTREMA POBREZA EN BRASIL** 171
MTRO. CARLOS NORBERTO VALERO FLORES

INVESTIGADORES INVITADOS

**LA DEPORTACIÓN DE MENORES Y LA VULNERACIÓN DE SUS
DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTENTADA EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS** 209
AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS
CARLOS SEVERIANO DÍAZ REY
RAYMUNDO GARCÍA QUINTANA

RESEÑAS

“INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO” 239
DE: CARLOS SANTIAGO NINO
RESEÑADO POR:
LIC. JORGE GARABITO MARTÍNEZ

“DERECHO E INCERTIDUMBRE” 259
DE: JEROME FRANK
RESEÑADO POR:
LIC. MARIANA SEGURA SPOTA

PRESENTACIÓN

La revista Quórum Legislativo, editada por el Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, tiene en su número 107, el siguiente contenido:

La sección Investigaciones comprende: Régimen Tributario en Chile que ha Permitido Incrementar la Recaudación, realizado por Cecilia Licon Vite; La Falsedad de declaraciones como Instrumento de Obstrucción de Justicia. Análisis Descriptivo de los casos de Estados Unidos de América y México, elaborado por Jesús Ruiz Munilla y Políticas y Regulación en Materia de Apoyo para el Desarrollo de Localidades en Extrema Pobreza en Brasil, escrito por Carlos N. Valero Flores, todos investigadores del Centro. En dichos trabajos se desarrollan temas de interés para nuestros legisladores, así como para la sociedad en general.

La revista se integra además, con una sección en la que participan Investigadores Invitados. En esta ocasión la Dra. Amalia Patricia Cobos Campos, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua y colaboradores, presentan la ponencia: “La Deportación de Menores y la Vulneración de sus Derechos Fundamentales Sustentada en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Para finalizar, se incorporan las Reseñas de los libros “Introducción al Análisis del Derecho” de Carlos Santiago Nino, redactada por el investigador, Jorge Garabito Martínez, y “Derecho e Incertidumbre” de Jerome Frank, reseñada por Mariana Segura Spota; ambas, a fin de acercar a nuestros lectores, mayores elementos doctrinarios que puedan serles de utilidad.

Lic. César Becker Cuéllar
Director del Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias

INVESTIGACIONES

**RÉGIMEN TRIBUTARIO EN CHILE QUE HA
PERMITIDO INCREMENTAR
LA RECAUDACIÓN**

DRA. CECILIA LICONA VITE*

*Doctora en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador "a", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo central investigar la manera en que la República de Chile ha podido elevar su nivel de recaudación en los últimos años. Ello considerando que en el 1990 recaudó un 15.5% de su PIB; en el 2000, un 18.9%; y en el 2008, un 20.9%.

Esa situación, nos lleva a indagar cómo es que Chile pudo subir su recaudación, partiendo del supuesto de que la experiencia chilena podría ser ejemplificativa para nuestro país, sobre todo, considerando que en el referido periodo, México se ubicó en el último sitio, en cuanto a nivel de recaudación, en una muestra de 34 países, de Latinoamérica y el Caribe.

Para ello, comenzamos por exponer rasgos generales acerca de Chile, en cuanto a su sistema político, geografía política, población, economía y potencial para desarrollar un Estado de bienestar. Después, analizamos el sistema tributario chileno, en aspectos fundamentales, como su base constitucional y legal, tipos de tributos, órgano de administración y justicia tributaria, nivel de recaudación y la complejidad que lo caracteriza. Finalmente, ofrecemos conclusiones pertinentes. En esta investigación utilizamos, esencialmente, el método documental, a través de doctrina y legislación. El diseño de la misma es descriptivo, pero acompañada del análisis que nos lleva a descubrir la razón por la que Chile ha conseguido elevar su nivel de recaudación en las últimas dos décadas.

I. GENERALIDADES ACERCA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

1.1 Sistema político

Chile es una república democrática, y es un Estado unitario. Su administración es funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado tienen la tarea de promover el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio chileno¹.

En Chile la soberanía reside esencialmente en la Nación, cuyo ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que la Constitución Política establece. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes².

¹ Vid., los artículos 3 y 4 de la Constitución Política de la República de Chile.

² Vid., el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile.

En Chile rige la clásica división de poderes que distingue el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. En Chile, ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a esas atribuciones es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señala³

En la República de Chile, el Gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, y cuya autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes⁴. Entre sus atribuciones se encuentra la de cuidar de la recaudación de las rentas públicas⁵.

Por su parte, el Poder Legislativo recae en el Congreso Nacional, el cual se compone de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado. Ambas Cámaras concurren a la formación de las leyes de conformidad con la Constitución y tienen las demás atribuciones que ella establece⁶. Entre sus facultades se halla la de elaborar las leyes tributarias.

El Poder Judicial chileno tiene como cabeza a la Corte Suprema, la cual se compone de veintiún ministros, nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado⁷. Una de sus atribuciones es resolver las contiendas sobre la interpretación y aplicación de las leyes tributarias. También existe un Tribunal Constitucional, un Tribunal Calificador de Elecciones y tribunales electorales regionales. Igualmente, coexisten Tribunales Tributarios Aduaneros.

Además, en la estructura política chilena hay organismos autónomos, cual es el caso de la Contraloría General de la República, encargada de fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco⁸.

Por lo que hace al gobierno y administración interior del Estado, es de indicar que el territorio de la República chilena se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividen en comunas⁹.

³Vid., el artículo 7 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁴Vid., el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵Vid., el artículo 32, numeral 20°, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁶Vid., el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁷Los ministros y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones también serán designados por el Presidente de la República, pero a propuesta en terna de la Corte Suprema. A su vez, los jueces letrados serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva. Vid., el artículo 78 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁸Vid., el artículo 98 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁹Vid., el artículo 110 de la Constitución Política de la República de Chile.

El gobierno de cada región reside en un intendente que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República.¹⁰

Además, en cada provincia existe una gobernación que es un órgano territorialmente desconcentrado del intendente, que está a cargo de un gobernador, quien es nombrado y removido libremente por el Presidente de la República.¹¹

A lo anterior, es de añadir que la administración local de cada comuna o agrupación de comunas reside en una municipalidad, la que está constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por un concejo.¹² Asimismo, es de apuntar que las municipalidades gozan de autonomía para la administración de sus finanzas.¹³

1.2 Geografía política

Chile es un país de América del Sur con una superficie total de 756.950 km². Tiene la forma de una franja de tierra muy larga y angosta, curvada hacia el este en su extremo sur.

La República de Chile colinda al norte con Perú; al este con Bolivia y Argentina; al oeste con el Océano Pacífico; y al sur con el Paso Drake.

Además, la República de Chile está dividida políticamente en las siguientes quince regiones:

- Región de Tarapacá, cuya capital es Iquique;
- Región de Antofagasta, cuya capital es Antofagasta;
- Región de Atacama, cuya capital es Copiapó;
- Región de Coquimbo, cuya capital es La Serena;
- Región de Valparaíso, cuya capital es Valparaíso;
- Región del Libertador General Bernardo O'Higgins, cuya capital es Rancagua;
- Región del Maule, cuya capital es Talca;
- Región del Bío Bío, cuya capital es Concepción;
- Región de La Araucanía, cuya capital es Temuco;

¹⁰ Vid., el artículo 111 de la Constitución Política de la República de Chile.

¹¹ Vid., el artículo 116 de la Constitución Política de la República de Chile.

¹² Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna. Vid., el artículo 118 de la Constitución Política de la República de Chile.

¹³ La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignar a las municipalidades recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos. Vid., el artículo 122 de la Constitución Política de la República de Chile.

- Región de Los Lagos, cuya capital es Puerto Montt;
- Región de Aisén del General Carlos Ibáñez del Campo, cuya capital es Coyhaique;
- Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, cuya capital es Punta Arenas;
- Región Metropolitana de Santiago (RM), cuya capital es Santiago, la capital del país;
- Región de Los Ríos, cuya capital es Valdivia; y
- Región de Arica y Parinacota, cuya capital es Arica.

1.3 Población

Según cifras del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de Chile, conforme al CENSO 2002 (XVII Censo Nacional de Población y VI de Vivienda), resulta que entre 1992 y 2002 la población de Chile creció a una tasa promedio anual de 1.2 personas por cada cien habitantes. En cifras absolutas, el país pasó de 13.348.401 habitantes a 15.116.435;¹⁴ lo que ubicó a Chile, al empezar el siglo XXI, entre los cuatro países de menor crecimiento de América Latina.¹⁵

La población chilena al 2009 se calculó en 16.601.707 habitantes, con una densidad de 20,9 hab./km². Para el 2011, esa población se estima en 17.094.275 habitantes.¹⁶

Si comparamos el número de habitantes de Chile con la población de México (que ocupa el lugar número 11 en el mundo por su número de habitantes y el tercero en América Latina), calculada al 2010 en 112 336 538 (cuya densidad en promedio en el país es de 53 habitantes por kilómetro cuadrado, aproximadamente),¹⁷ resulta que la población chilena es cuando más una sexta parte de la población mexicana.

La población chilena está formada casi exclusivamente por una población blanca y blanca mestiza procedente del sur de Europa.¹⁸ De esa población, alrededor del 85% vive en sectores urbanos.

¹⁴El censo de 2002 contabilizó 7.668.740 mujeres y 7.447.695 hombres, una proporción por sexo muy similar a la del censo 1992. El porcentaje de población que habita en áreas urbanas fue el 86,6%; en tanto que, en las zonas rurales, fue del 13,4% de la población total. Vid., CENSO 2002, Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, Santiago de Chile, Marzo de 2003, pp. 9 a 11.

¹⁵Los países con los que Chile comparte bajo crecimiento poblacional son Argentina, Uruguay y Cuba.

¹⁶Según estadísticas gubernamentales, la población Chilena tiene como proyección superar los 20 millones de habitantes al año 2020.

¹⁷Vid., Censo de población y Vivienda 2010, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, México, Marzo de 2011, p. 3.

¹⁸Chile recibió una gran oleada de inmigrantes europeos, principalmente en la zona norte, sur del país y los puertos. Durante los siglos XVIII, XIX y a principios del siglo XX. Alemanes, franceses, vascos provenientes de España, croatas, italianos, suizos, griegos, británicos, son parte de los inmigrantes que llegaron a Chile. También inmigrantes provenientes del Oriente Medio, especialmente palestinos, se instalaron en Chile, junto con libaneses, sirios, y una gran comunidad Armenia.

De la población chilena, la mayoría habla el idioma español, que es la lengua oficial, con la variante conocida como "castellano chileno" o "español chileno".

En Chile se habla también alemán, inglés, mapudungun y rapanui en la (Isla de Pascua).¹⁹ Ello por los antecedentes de las razas pioneras en dicho país.

1.4 Economía

La economía de Chile es considerada una de las economías más globalizadas y competitivas, lo que le ha llevado a disminuir la pobreza en su población del 50% en 1990 a poco más del 20% en el año 2010.

La economía chilena mostró un crecimiento económico algo superior al 7% en el periodo 1986-1997 cifra que se redujo entre los años 1998-2008.²⁰ Para 2009 y 2010 se presentó una tasa de crecimiento del 5,5 % en promedio. En el 2011, el Fondo Monetario Internacional, previó que en Chile se alcance una tasa de crecimiento del 6%.

A lo anterior, es de mencionar que Chile es precursor en la liberalización económica e impulso del Libre comercio. Tiene celebrados tratados de Libre comercio con el 85% de la población mundial, figurando entre sus socios los Estados Unidos de América, la Unión Europea, la European Free Trade Association, Corea del Sur y China.

En 2010, Chile tuvo el Índice de Desarrollo Humano más alto de América Latina (0,783 en 2010). Para el 2014, se pronostica que alcance un PIB per cápita de poco más de USD 18.500.²¹

A partir de 2010, Chile llegó a ser el primer miembro pleno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en Sudamérica, y segundo en Latinoamérica, después de México.²²

¹⁹ Información del Censo 2002.

²⁰ Al analizar las posibles causas de esta reducción ocurrida, se muestra que la acumulación de capital se mantuvo estable y el aporte de la acumulación del factor trabajo sólo cayó en un punto, pero la productividad total de factores (PTF) cayó de un 2,05% (1986-1997) a un -0,35% (1998-2008). En este contexto de deterioro de la PTF, el Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad chileno ha estimado que la estrategia de innovación juega un rol fundamental para mejorar los magros índices de productividad de la economía chilena. Explica que en Chile la inversión en Investigación y Desarrollo es baja en relación al PIB, pues en el año 2008 se gastaron en Chile sólo USD 674 millones, esto es un 0,4% del PIB, mientras que en promedio, los países de la OCDE gastan un 2,3% del PIB. Por consiguiente, la sugerencia es incrementar la inversión en Investigación y Desarrollo para mejorar el crecimiento de Chile. Vid., Reporte Tributario, N° 11, Diciembre/2010, análisis tributario-económico de la Ley 20.241 de 19.01.2008, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile, 2010, p. 20.

²¹ Vid., Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2010, Edición del Vigésimo Aniversario, 4 de noviembre de 2010. p. 45.

²² Chile posee una economía diversificada y competitiva. Además, tiene uno de los sistemas bancarios más estables y desarrollados de América. Su principal sector económico es la minería, principalmente el cobre.

En ese panorama, Chile ha colocado sus indicadores sociales como la esperanza de vida en 78 años para los hombres y 81 para las mujeres.

La economía de Chile es mayoritariamente de un sector primario (extracción de materias primas) y de un sector terciario (venta y prestación de bienes y servicios). Lo fundamental es el cobre, aunque también se está explotando la actividad del turismo.

En relación con la economía chilena, es de hacer notar que el Banco Mundial (BM), en 2010, posicionó a Chile como el país más abierto en América Latina a la inversión extranjera, destacando el hecho de que en Chile se necesitan sólo 29 días para abrir una empresa, muy por debajo del promedio de la región, estimado en 74 días.

Por su parte, The Economist señaló a Chile en 2010 como el 17° país del mundo con mejor ambiente para hacer negocios, y lo ubicó como el país 49° en el mundo en el ranking de economías por tamaño.

A ello, seguramente ayudó el que Chile sea considerado como el único país sin riesgos políticos en Latinoamérica, estando situado como el tercer destino de las inversiones en la región.

También favoreció el que en 2010 a la capital chilena se le instaló en el quinto lugar, de una lista de 150 ciudades²³ dentro de aquellas que con más éxito se recuperaron tras la recesión financiera de los últimos años²⁴.

Igualmente, contribuyó el que Chile haya sido calificado en el puesto 21 entre un total de 178 países, por el Reporte Anual de Transparencia Internacional (en el Índice de Percepción de Corrupción 2010), siendo el país más transparente

²³Estambul fue la mejor clasificada durante el período de recuperación, al registrar importantes avances tanto en el empleo y los ingresos. Dublín en Irlanda ocupó el último lugar en la lista, detrás de Dubai, en los Emiratos Árabes Unidos. Estar entre las 30 ciudades que experimentaron un alto rendimiento, tanto en el crecimiento del ingreso y el empleo en el período 2009-2010, es muestra de salud económica, lo que refleja en parte el aumento del flujo de capitales hacia ciudades como Santiago de Chile. Vid., Santiago entre las ciudades que mejor superaron la crisis. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.thisischile.cl/reviews.aspx?SEC=97&ID=5823&je=negocios&idioma=1> (consultada en febrero de 2011).

²⁴Un estudio liderado por el think tank Brookings, en diciembre de 2010, posicionó a la capital chilena en el quinto lugar de una lista de 150 ciudades dentro de aquellas que con más éxito se recuperaron tras la recesión financiera. El reporte clasificó a 150 ciudades en 53 países, que representan el 46% del PIB mundial, todas áreas metropolitanas que constituyen la base para las economías nacionales e internacionales. De esta forma, se revisó el desempeño de dichas ciudades entre 1993 y 2007, el período de recesión entre 2007 y 2010 y el lapso comprendido entre 2009 y 2010. En ese escenario, Santiago se ubicó entre los cinco primeros puestos luego de saltar 33 lugares tras la recesión. *Ibid.*

de Latinoamérica, y el tercer lugar del continente americano, tras Canadá y Barbados, superando a países como Estados Unidos, Francia, Uruguay, Brasil, Argentina y México.²⁵

De la economía chilena, es de añadir que un estudio de Latin Business Chronicle situó a Chile como el país más atractivo de América Latina para las empresas en materia tributaria. Esta posición la consigue por su tasa impositiva del 17% y por las pocas horas que demanda el cumplimiento de estos pagos.²⁶

Actualmente, Chile pretende ser el escenario de inversiones para muchas empresas, siendo este país el punto de partida para ingresar a otras economías sudamericanas.

1.5 Potencial para desarrollar un Estado de bienestar

El Estado de bienestar se define como “un repertorio de políticas lideradas por el Estado cuyo objetivo es asegurar un mínimo de bienestar a todos sus ciudadanos —protegiéndolos frente a los riesgos de desempleo, enfermedad, vejez y maternidad— y proveer una acumulación adecuada de capital humano a través de la inversión en salud y educación”.²⁷

Las brechas de bienestar varían sustancialmente en términos de necesidades sociales y de capacidades fiscales. A menor desarrollo, mayor precariedad de los mercados laborales, más dificultades para las familias para proveerse servicios, mayor dependencia demográfica infantil, mayor pobreza y menos recursos monetarios y capacidades de gestión y ejecución de las instituciones públicas.

En cuanto al Estado de bienestar, en América Latina y el Caribe se distinguen tres grupos: países con brechas severas de bienestar; países con brechas intermedias de bienestar; y países con brechas bajas de bienestar.

²⁵ Transparencia Internacional, cuya sede está en Berlín, es la organización mundial que lucha contra la corrupción. Ella publicó en octubre de 2010, los resultados de la última encuesta del Índice de Percepción de Corrupción 2010, que mide la corrupción de acuerdo al grado en que se percibe que existe entre funcionarios públicos y políticos. La encuesta califica a los países mediante una escala desde 0 a 10, donde 10 puntos significan gran transparencia y cero puntos un gran grado de percepción de corrupción. El ranking de 2010 lo lidera Dinamarca, Nueva Zelanda y Singapur, quienes recibieron 9.3 puntos. Los países más corruptos según este ranking son Afganistán, Myanmar e Irak (1.4 puntos cada uno), y Somalia, que recibió 1.1 puntos. Vid., Chile es calificado como el país más transparente de Latinoamérica. Disponible en la siguiente página: <http://www.thisischile.cl/reviews.aspx?SEC=97&ID=5583&eje=negocios&idioma=1> (<http://www.thisischile.cl/reviews.aspx?SEC=97&ID=5823&eje=negocios&idioma=1> (consultada en enero de 2011).

²⁶ En Chile las horas requeridas para el pago de impuestos promedian 316, la cifra más baja en la región.

²⁷ Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Estudio presentado durante el Trigésimo tercer periodo de sesiones de la CEPAL. Coordinado por Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, con la colaboración de Antonio Prado, Secretario Ejecutivo Adjunto, y Martín Hopenhayn, Director de la División de Desarrollo Social, Brasilia, 31 de mayo de 2010, p. 206.

En el último grupo se ubica a Chile, junto con Argentina, Brasil, Costa Rica, Panamá y Uruguay.

Al respecto, se parte de la idea de que estos países disponen de mayor potencial para desarrollar un Estado de bienestar, porque se caracterizan por haber experimentado fuertes descensos de la fecundidad durante o antes de la década de 1960, y por presentar una estructura demográfica más envejecida.

Dado que proporcionan una mayor cobertura de los niveles superiores de educación, en países como Chile hay más inactivos que, junto con la proporción de adultos mayores y los jóvenes, representan el 75% de los dependientes por cada trabajador formal. Los demás dependientes potenciales son los trabajadores informales y los desempleados.

En los países con brechas bajas de bienestar, el nivel de desarrollo medido según el PIB per cápita supera, en promedio, los 6.500 dólares per cápita, con una carga tributaria que permite un gasto público social cercano al 20% del PIB. Las tasas de incidencia de la pobreza son alrededor de la cuarta parte de la población y logran una cobertura de la seguridad social superior al 60% de los ocupados.

Si comparamos la situación de Chile con México, advertimos que nuestro país forma parte del grupo con brechas intermedias de bienestar, al que también pertenecen países como Colombia y Venezuela. En este grupo, la fecundidad descendió claramente desde la década de 1970, lo que redundó en una menor proporción de jóvenes entre sus dependientes; se cuenta con un mercado de trabajo más formalizado, pero también se presenta un envejecimiento incipiente de la población. Como se extiende la cobertura educacional más allá de la secundaria, se aumenta el número de inactivos entre los dependientes.²⁸ El nivel de desarrollo económico supera los 5.000 dólares per cápita. Las tasas de incidencia de la pobreza van, en promedio, del 30% al 40%. La cobertura de la seguridad social se eleva a cifras cercanas al 50% de los ocupados. La provisión de bienestar es posible gracias a los mayores niveles de desarrollo que alcanzan las sociedades con gobiernos que se sustentan con rentas de recursos naturales, como México.²⁹ La mayor dinámica del mercado de trabajo beneficia a quienes cuentan con mayor educación o capacitación, lo que resulta determinante en la estratificación social y opera como vehículo de la transmisión de desigualdades entre generaciones.³⁰

²⁸En el grupo con brechas intermedias de bienestar, las personas inactivas, junto a los jóvenes menores de 15 años, representan el 60% de los dependientes por cada trabajador formal. La proporción restante corresponde a los adultos mayores, los ocupados informales (parcialmente dependientes por bajos ingresos y falta de protección social) y los desempleados. Ídem., p. 204.

²⁹Tal es el caso de México y Venezuela, con los ingresos derivados del petróleo.

³⁰El gran desafío que enfrentan los países como México consiste en elevar la productividad de sus sectores rezagados, incrementar las tasas de actividad en edades activas y universalizar formas básicas de protección social que permitan a los hogares absorber choques externos y los cambios biográficos. En este sentido, la expansión de bases no contributivas de la salud y la seguridad social, las transferencias monetarias y la inversión adicional de recursos en educación preescolar y media en zonas vulnerables son factores clave para potenciar las rutas de igualdad y mayor productividad. Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Op. Cit., p. 205.

Ahora bien, como parte del estado de bienestar, en Chile se está considerando que una garantía básica para los adultos mayores puede ser tanto fiscalmente prudente como socialmente deseable si, a la vez, se limitan los subsidios destinados a los jubilados y pensionistas (generalmente hombres) más privilegiados.³¹

A lo anterior, no pasa desapercibido que América Latina es la región con mayor desigualdad en la distribución del ingreso en el mundo, y que Chile no es la excepción.

Es por ello que el tema de la política tributaria, y su impacto en la distribución del ingreso, es un tema recurrente en los ámbitos académicos y políticos del país. Y es que la política tributaria incide en la distribución del ingreso por dos vías: la primera, mediante la recaudación, que es destinada al gasto público y, en particular, al gasto social con fines redistributivos; y la segunda, mediante la progresividad o regresividad de los impuestos que componen la estructura tributaria.³²

Tampoco pasa inadvertido que en relación con la gran desigualdad experimentada en las dos últimas décadas en Chile, un estudio realizado por Ricardo Infante y Osvaldo Sunkel plantea la necesidad de que ese país adopte una estrategia de desarrollo renovada de largo plazo conducente a un desarrollo inclusivo con equidad creciente. Tal estudio muestra, entre otros aspectos:³³

- Que el excepcional crecimiento económico de Chile (5,5% medio anual) condujo a que su ingreso per cápita se elevara;
- Que la acción decidida y eficaz de las políticas sociales contribuyó a que en ese período la pobreza absoluta se redujera a casi la tercera parte, del 38,6% al 13,7%;
- Que, no obstante lo anterior, la tasa de desocupación ha seguido siendo elevada (8%), al igual que la informalidad de los ocupados (38%), habiendo una inaceptable desigualdad de ingresos y de los niveles y calidad de vida, al tiempo que aumenta la percepción de exclusión social. Asimismo, existe una muy desigual distribución personal del ingreso; la pobreza relativa continúa afectando a casi un tercio de la población; y la pobreza absoluta abarca un 25,6% de los chilenos.

Dicho estudio también evidencia que:

- La mayor parte del empleo en Chile es generada por los estratos de productividad baja y media; esto es 4,3 millones sobre un empleo total de 5,6 millones;

³¹ Idem., p. 217.

³² Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Serie Macroeconomía del desarrollo, Santiago de Chile, N° 92, septiembre de 2009, p. 8.

³³ Vid., INFANTE B., Ricardo y SUNKEL, Osvaldo, Chile: hacia un desarrollo inclusivo, Revista Cepal 97, abril de 2009, pp. 135 a 154.

- Los sectores de productividad elevada producen un 83,3% de los bienes y servicios;
- La gran mayoría de la población que trabaja en las empresas de tamaño pequeño y mediano (76,4%) percibe una porción muy reducida del valor agregado (23,3%);
- Un 60% de los trabajadores que pertenecen a los hogares menos favorecidos del país carece de un trabajo que tenga un buen nivel de productividad y una remuneración digna;
- Los hogares de ingreso alto representan un 58,4% del consumo total, cifra que se reduce al 30,4% en el caso de aquellos de ingreso medio y al 11,2% en el de los hogares de ingreso bajo;
- Es necesario asignar importantes recursos de inversión para mejorar sustancialmente la integración del aparato productivo y convertir a las empresas pequeñas y medianas en proveedoras de las empresas grandes orientadas al mercado externo;
- La política social es uno de los mecanismos redistributivos que tienen por finalidad mejorar el nivel de vida de las personas, especialmente el de los grupos sociales de menores recursos, por ejemplo, con subsidios o transferencias monetarias. Pero eso depende de la situación fiscal; y
- Para avanzar con equidad creciente en Chile es preciso concebir una estrategia de desarrollo renovada, cuyo objetivo central sea una inserción laboral productiva y social satisfactoria en el proceso de producción y en la propia estructura y funcionamiento del sistema socioeconómico, lo que aseguraría una mejor distribución primaria del ingreso.

En estas condiciones, Ricardo Infante y Osvaldo Sunkel sugieren poner en marcha en Chile un ambicioso programa de transformación estructural a largo plazo (15 a 20 años), que permita que los sectores menos avanzados aumenten gradualmente la productividad y los ingresos de quienes trabajan en ellos, así como mejorar la calidad de vida de las familias relativamente excluidas.

Ello completado por políticas públicas para superar gradualmente la heterogeneidad estructural prevaleciente en los diferentes sectores y regiones de la matriz productiva y social de Chile, impulsando un ambiente de mayor competitividad que permita la expansión de los negocios de las empresas pequeñas,

mediante la aplicación de un conjunto de normas en favor de la competencia que genere empleo específicamente para los trabajadores de los sectores informales.³⁴

II. SISTEMA TRIBUTARIO EN CHILE

2.1 Nota previa

El sistema tributario es el conjunto de tributos que establece un país (Estado) en una época determinada.³⁵

Tal sistema, en Chile es el resultado de una serie de reformas profundas de la estructura y la administración tributaria de los impuestos directos e indirectos, ocurridas, básicamente, en las décadas de los 80s y de los 90s.

Esas reformas se orientaron a corregir las ineficiencias que contenía el anterior sistema, el cual distorsionaba las decisiones de los agentes económicos y no permitía generar los recursos suficientes para el financiamiento del Estado.³⁶

De esos cambios, es de señalar la baja en la tasa del impuesto que grava las importaciones, compensada con alzas en los demás impuestos. La reducción pasó de un 15% hasta llegar a un 6% en la actualidad. Además, debido a la firma de acuerdos comerciales con distintos países, el arancel promedio efectivo está en Chile en torno a 2%.³⁷

A lo anterior, es de mencionar que entre 1990 y 2006 la recaudación tributaria aportó entre un 61,8% (1990) y un 78,5% (2002) de los ingresos totales del Gobierno General chileno, promediando un 73,6% en el período.³⁸ En segundo lugar aparecieron los ingresos del cobre, que correspondieron a los excedentes generados por la compañía estatal CODELCO, cuyo aporte promedió un 8,3% a

³⁴ Ricardo Infante y Osvaldo Sunkel plantean fortalecer la difusión de información sobre mercados, tecnologías y conocimientos técnicos (know-how); promover la capacitación de trabajadores de las empresas pequeñas y medianas, que son las que generan la mayor parte del empleo productivo. Asimismo, fuertes incentivos para el desarrollo de la actividad empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas. *Ibíd.*

³⁵ Vid., VILLEGAS, Héctor, *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Editorial Desalma, 2000. p.20.

³⁶ Vid., JORRATT, Michael, *Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno*, marzo de 2000, Disponible en la siguiente dirección: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/tributarios16.htm(consultado en marzo de 2011).

³⁷ Vid., SERRA, Pablo, *La reforma al sistema tributario chileno: una tarea inconclusa*. Disponible en: www.cepchile.cl (consultada en febrero de 2011).

³⁸ Si se analizan exclusivamente los ingresos del Gobierno Central, la situación es similar: los ingresos tributarios aportaron, en promedio, un 73,7% de los ingresos totales, alcanzando un mínimo de 60,8% en 1990 y un máximo de 79,1% en el año 2002. Vid., JORRATT, Michael de Luis, *La tributación directa en Chile: equidad y desafíos*, Op. Cit., p. 12.

lo largo del citado período.³⁹ En tercer lugar, dentro de los ingresos del Gobierno Central, estuvieron las imposiciones previsionales, que comprendieron un 6,4% de los ingresos totales del período.

Asimismo, es de indicar que a partir de 2008, el Gobierno chileno impulsó un plan denominado Chile Compite, que entre otros aspectos trata de introducir modificaciones al sistema tributario destinadas a mejorar la competitividad de las empresas chilenas.

Respecto de esas reformas, Harry Ibaceta Rivera propuso que debieran a lo menos tratar las siguientes materias:

- Disminución o eliminación de impuestos nocivos o que afecten la competitividad de las empresas;
- Disminuir la complejidad de la ley sobre impuesto a la renta;
- Facilitar el cumplimiento tributario de las pequeñas y medianas empresas;
- Mejorar la eficiencia de la fiscalización de los impuestos; y
- Eliminar o disminuir las ambigüedades que encuentren en los textos legales tributarios.⁴⁰

A lo anterior, es de apuntar que, actualmente en Chile, los ingresos tributarios constituyen la principal fuente de financiamiento del gasto público, tanto para Gobierno Central como para los gobiernos locales.

A eso, es de indicar que en la Ley de Presupuestos 2011, la estimación de los ingresos y al cálculo de los gastos del sector público, en moneda nacional, asciende a \$ 28.287.683.189.000 luego de las deducciones de transferencias, mientras que el monto considerado en moneda extranjera convertida a dólares llega a US\$ 2.228.531.000.⁴¹

Finalmente, es de apuntar que, en cuanto a los tributos de los gobiernos locales, aunque su recaudación juegue un rol medianamente importante, sin embargo, en el presente estudio nos ocuparemos solamente del sistema tributario central.

³⁹ A diferencia de las demás líneas de ingreso, los excedentes del cobre muestran una alta fluctuación, lógicamente a consecuencia de las variaciones del precio del metal en los mercados. Es así que su participación osciló entre un 1,8% en el año 1999, cuando el precio de la libra de cobre promedió los 71 centavos de dólar, y un 22,1% en el año 2006, cuando el metal alcanzó un precio promedio de 305 centavos de dólar la libra. *Ibíd.*

⁴⁰ *Vid.*, IBACETA RIVERA, Harry, *Medidas tributarias del Plan Chile Compite*, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile, 2008, p. 110.

⁴¹ *Vid.*, el artículo 1 de la Ley N° 20.481 de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2011, publicada en el Diario Oficial el sábado 18 de diciembre de 2010.

2.2 Base constitucional y legal

En la República de Chile han regido nueve Cartas Magnas, desde los Reglamentos Constitucionales en el periodo de la Independencia hasta la actual Constitución de 1980.⁴²

La Constitución vigente, que originalmente constaba de un texto de 120 artículos permanentes y 29 transitorios, con un carácter presidencialista, entró parcialmente en vigor el 11 de marzo de 1981 y se mantiene hasta la fecha.⁴³

En ella, en cuanto a la materia tributaria, se establecen las siguientes garantías a todas las personas:⁴⁴

- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley;

⁴²La historia constitucional de Chile se resume así:

- En 1812 se emitió un Reglamento Constitucional Provisorio, que estableció un Poder Ejecutivo integrado por tres personas y un Legislativo unicameral de siete miembros.
- En 1814, ese Reglamento Constitucional fue reemplazado por el Reglamento para el Gobierno Provisorio, que creó un Ejecutivo unipersonal, con el nombre de Director Supremo al que se le asignan amplias atribuciones. El Senado continuó integrado por siete personas.
- Luego, proclamada la independencia chilena, se emitió la Constitución de 1818, que conservó al Ejecutivo unipersonal, con amplias atribuciones, pero con un plazo indefinido para ejercer sus funciones. Esta Constitución estableció los derechos y deberes del hombre en la sociedad.
- En 1822 se promulgó una nueva Constitución, la cual consagra la autonomía de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y le fija un plazo a la función presidencial.
- En 1823 se promulgó una nueva Constitución, conocida como moralista, en la cual se combinaron elementos políticos, religiosos y morales. Ella confiere gran poder al Ejecutivo, al cual fija un período de cuatro años, reelegible por una vez. El Legislativo quedó constituido por dos Cámaras: el Senado y la Cámara Nacional.
- En 1828, se promulga una nueva Constitución, de corte liberal, en la que los tres poderes del Estado tienen marcada su independencia, y en la que se indica un período presidencial de cinco años. El Presidente sería elegido por votación indirecta. El Poder Legislativo quedaría constituido por dos cámaras: Senado y Cámara de Diputados.
- En 1833, se expidió una nueva Constitución, vigente hasta 1925.
- En 1925, una nueva Constitución fue aprobada mediante plebiscito nacional. Ella otorgó amplias atribuciones al Poder Ejecutivo; dispuso que el período presidencial sería de seis años, con elección directa; determinó la separación del Estado de la Iglesia; estatuyó la protección del trabajo, la industria y la previsión social; y creó el Tribunal Calificador de Elecciones, entre otras instituciones.
- En 1980 fue expedida una nueva Constitución, que tiene su antecedente en la crisis de institucionalidad de 1973, cuando la Junta Militar disolvió el Congreso Nacional y se nombró una Comisión encargada del estudio y redacción de una nueva carta fundamental.

⁴³ Con posterioridad a un plebiscito de 1988, que generó la realización de elecciones presidenciales en dicho año, la Carta Fundamental chilena fue objeto de 54 modificaciones relevantes el año 1989, ratificadas por vía plebiscitaria por casi nueve de cada diez votantes, de otras tantas modificaciones en años posteriores, y de una enmienda de variadas normas el año 2005, aprobada por el Congreso Pleno con un amplio consenso nacional. Actualmente permanecen en esa Constitución, de sus elementos iniciales, su carácter presidencial; la ratificación de Chile como una República democrática y unitaria con división territorial en regiones; la supremacía humana por sobre el Estado; el principio de subsidiariedad y el reconocimiento a la soberanía nacional como mecanismo de legitimación social y jurídico.

⁴⁴ Vid., el artículo 19, numeral 20°, de la Constitución Política de la República de Chile.

- La igual repartición de las demás cargas públicas; y
- Que en ningún caso la ley pueda establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Con base en esos principios constitucionales, la Constitución chilena instaaura:

- La facultad del Presidente de la República para la iniciativa exclusiva de imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;⁴⁵
- La facultad del Presidente de la República de la iniciativa exclusiva para condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquiera naturaleza, establecidas en favor del Fisco;⁴⁶
- La atribución especial del Presidente de la República de cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley;⁴⁷
- La regla de que las leyes sobre tributos de cualquiera naturaleza que sean, sólo puedan tener origen en la Cámara de Diputados;⁴⁸ y

⁴⁵ Vid., el artículo 65, numeral 1º, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁴⁶ Vid., el artículo 65, numeral 3º, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁴⁷ Al respecto, la Constitución permite al Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, decretar pagos no autorizados por la ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos.

La Constitución también señala que se podrán contratar empleados con cargo a la Ley de Presupuestos, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante trasposos. Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número, serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos.

Vid., el artículo 32, numeral 2º, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁴⁸ Vid., el artículo 67 de la Constitución Política de la República de Chile.

- La pauta de que el proyecto de Ley de Presupuestos (abarca ingresos y gastos) deba ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.⁴⁹

Conjuntamente, la Constitución chilena previene que:

- Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. No obstante, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional; y

- 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 puedan imponer tributos que impidan su libre ejercicio.⁵⁰

Como excepción a la carga tributaria, la Constitución dispone que los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estén exentos de toda clase de contribuciones.⁵¹

Por lo demás, con apoyo en las normas constitucionales, se han expedido diversas leyes en materia tributaria: unas básicas y otras complementarias.

Entre la legislación tributaria básica chilena se encuentra la siguiente:

- El Código Tributario, contenido en el Decreto Ley N° 830 (publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974), que ha tenido diversas modificaciones;

- La Ley sobre impuesto a la Renta, contenida en el Decreto Ley N° 824. (publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974), que ha tenido varias modificaciones.;

⁴⁹En términos de la Constitución de Chile, el Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente. Además, no podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto. Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza. Vid., el artículo 67 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵⁰Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo. Vid., el artículo 19, numeral 26°, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵¹Vid., el artículo 6 de la Constitución Política de la República de Chile. Asimismo, véase la ley N° 19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas.

- La Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, contenida en el Decreto Ley N° 825, de 1974, reemplazado por el Decreto Ley N° 1.606. (publicado en el Diario Oficial de 03 de diciembre de 1976, conservando su mismo número, actualizado mediante varias modificaciones);
- El Reglamento de la Ley Sobre Impuestos a las Ventas y Servicios, contenido en el Decreto supremo N° 55, de Hacienda, de 1977, (publicado en el Diario Oficial de 02 de febrero de 1977) actualizado a través de varias modificaciones);
- La Ley sobre impuesto de Timbres y Estampillas, contenida en el Decreto Ley N° 3.475, de 1980 (publicado en el Diario Oficial de 4 de septiembre de 1980) actualizado mediante diversas modificaciones;
- La Ley N° 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones (su texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 30 de mayo del 2000) actualizada mediante varias modificaciones);
- La Ley Sobre Impuesto a los Tabacos Manufacturados, contenida en el Decreto Ley N° 828 de 1974 (publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974, actualizado con varias modificaciones);
- La Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 7 (publicado en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1980), actualizado con varias modificaciones;
- La Ley N° 20.322 que “Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera” (publicada en el Diario Oficial de 27 de enero de 2009);
- La Ley N° 17.235 Sobre Impuesto Territorial (su texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado fue fijado por el D.F.L N°1, publicado en el Diario Oficial de 16 de diciembre de 1998) actualizada hasta la fecha con varias modificaciones);
- El Decreto Con Fuerza Ley N° 2 sobre Plan Habitacional (publicado en el Diario Oficial del 31 de julio de 1959). Su texto definitivo fue fijado por el D.S. N° 1.101, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de 18 de Julio de 1960, actualizado con varias modificaciones); y
- La Ley 18.320 Sobre Cumplimiento (publicada en el Diario Oficial de 17 de julio de 1984), actualizada con varias modificaciones).

Por lo que hace a la legislación tributaria complementaria, como ejemplo de ella se enuncian los ordenamientos siguientes:

- La Ley N° 20.460 que faculta al Servicio de Tesorerías para otorgar facilidades de pago a los contribuyentes por impuestos morosos, por un plazo de hasta 36 meses (publicada en el Diario Oficial de 17 de agosto de 2010).
- La Ley N° 20.455 que modifica diversos cuerpos legales para obtener recursos destinados al financiamiento de la reconstrucción del país (publicada en el Diario Oficial de 31 de julio de 2010).
- La Ley N° 20.444, que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y establece mecanismos de incentivo tributario a las donaciones efectuadas en caso de catástrofe (publicada en el Diario Oficial de 28 de mayo de 2010).
- La Ley N° 20.431, que establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del Servicio de Impuestos Internos (publicada en el Diario Oficial de 30 de abril de 2010).
- La Ley N° 20.316, que modifica la Ley N° 19.885 en materia de donaciones con beneficios tributarios (publicada en el Diario Oficial de 09 de enero de 2009 y actualizada al 30 de abril de 2010).
- El Decreto N°77, que aprueba el reglamento del fondo mixto de apoyo social y de las donaciones con fines sociales sujetas a beneficios tributarios contemplados en la Ley N° 19.885 (publicado en el Diario Oficial de 26 de enero de 2010).
- La Ley N° 20.406, que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria (publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 2009).
- La Ley N° 20.365, que establece franquicia tributaria respecto de sistemas solares térmicos y su Reglamento (publicada en el Diario Oficial de 19 de agosto de 2009).
- El Decreto supremo N° 1354, que aprueba el reglamento del artículo 18 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta (publicado en el Diario Oficial de 29 de noviembre de 2008).
- El Decreto con Fuerza de Ley N° 341 de 1977, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con fuerza de Ley N° 341, de 1977 del Ministerio de Hacienda, sobre Zonas Francas (publicado en el Diario Oficial de 10 de agosto de 2001 y actualizado al 30 de septiembre de 2006).

- La ley N° 19.420 de 1995, que establece Incentivos Para el Desarrollo Económico de las Provincias de Arica y Parinacota y Modifica los Cuerpos Legales que Indica (publicada en el Diario Oficial de 11 de septiembre de 2001).

- La Ley N°. 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (publicada en el Diario Oficial de 29 de mayo de 2003).

- La Ley Núm. 19.840, que establece normas tributarias para que empresas con capital del exterior puedan efectuar inversiones desde Chile en el extranjero (publicada en el Diario Oficial de 23 de Noviembre de 2002).

- El Reglamento General del Decreto de Ley N° 701, de 1974, Sobre Fomento Forestal (publicado en Diario Oficial de 29 de septiembre de 1998 y actualizado al 9 de abril de 2001).

- La Ley N° 19.149 de 1992, que establece el Régimen Preferencial Aduanero y Tributario para las comunas de Porvenir y Primavera de la provincia de Tierra del Fuego, de la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena; y modifica DS N° 341 de 1977 (publicada en el Diario Oficial de 06 de julio de 1992, actualizada al 06 de diciembre de 1993).

Además, como parte del orden jurídico tributario chileno, se encuentran la normatividad en materia de aduanas, cual es el caso de:

- La Ordenanza de Aduanas;
- La Ley Orgánica de Aduanas;
- El Arancel Aduanero;
- Las Tablas de Correlación Oficial;
- Las Leyes de Fomento a las Exportaciones;
- La Ley N°18.634, que establece sistema de pago diferido de derechos de aduana, crédito fiscal y otros beneficios de carácter tributario;
- La Ley N° 18.525, de las normas sobre importación de mercancías al país;

- La Ley N°19.946, que modifica la Ley austral en materia de crédito tributario y establece la ampliación de la zona franca de extensión de Punta Arenas a la región de Aysen para bienes de capital; y

- El Decreto con fuerza de Ley N°341, 1977, del ministerio de Hacienda, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado, sobre Zonas Francas.

También, como parte del orden jurídico tributario de Chile, es de considerar los tratados celebrados por ese país⁵²

A esto, es de mencionar que la Constitución de la República asigna al Presidente la atribución de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país. Asimismo, faculta al Congreso para aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación⁵³

Al respecto, el Código Supremo chileno indica que:

- La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66 de la propia Constitución, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley;⁵⁴
- El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle;
- El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional;
- Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley;
- No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria;

⁵² Vid., el artículo 32, numeral 15°, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵³ Vid., el artículo 54, numeral 1), de la Constitución Política de la República de Chile

⁵⁴ El artículo 66 de la Constitución Política de la República de Chile establece lo siguiente:

Artículo 66. Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes.

- Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional;

- Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno;

- En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro;

- El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva;

- El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva;

- De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que expresen relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo; y

- En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento.⁵⁵

A lo antes dicho, es de apuntar que Chile tiene celebrados tratados de libre comercio y tratados para evitar doble tributación.

⁵⁵En ese caso, es aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64 de la Constitución Política de la República de Chile.

Por lo que hace a los tratados para evitar doble tributación, es de marcar los ratificados con los siguientes países: Argentina (incluido el Protocolo Modificadorio N°1y N°2), Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Corea, Croacia, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Malasia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú (incluido su Protocolo Modificadorio), Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Tailandia, Suiza, Rusia y Sudáfrica.

También es de indicar que Chile trata de resolver el problema de la doble tributación como un desafío y necesidad para aprovechar al máximo las ventajas de una economía mundial globalizada e internacionalizada:⁵⁶

Finalmente, es de mencionar que, hoy por hoy, Chile se encuentra negociando convenios para evitar la doble tributación con diversos países. Tales negociaciones presentan distintos niveles de avance, los cuales varían dependiendo de las políticas tributarias de los países en negociación.

2.3 Tipos de tributos

En Chile, la estructura tributaria comprende una amplia y extensa gama de tributos:⁵⁷

⁵⁶ En materia de tributación internacional de bienes, en Chile existe más avance en la solución del problema.

Por ejemplo, la prohibición chilena de exportar impuestos indirectos, permite a los países devolver el IVA pagado internamente por sus exportaciones.

Esa disposición permite a Chile exportar bienes sin cobrar el IVA de 19%, y el país receptor le aplicará su tasa de IVA. Chile procede en los mismos términos.

Las importaciones se reciben sin IVA externo, luego, al cruzar por Aduana se le aplica el IVA chileno de 19%. De esta forma, el valor agregado nacional e internacional ingresado a Chile es gravado a la misma tasa. Así se evita la discriminación tributaria y se alcanza equidad impositiva a nivel internacional.

No ocurre lo mismo a nivel de la tributación internacional a la renta, donde Chile grava las rentas de los inversionistas chilenos en el exterior en conjunto con las rentas internas en su global complementario. Existe un descuento desde el impuesto bruto determinado, que corresponde a la proporción que las rentas externas representan dentro de las rentas totales. Un problema es que muchas veces esa cifra es menor al total de impuestos a la renta pagado en el exterior. Es decir, el inversionista recupera solo una parte del impuesto cancelado en el exterior. También es posible que las rentas obtenidas provengan de un país con el cual Chile haya firmado un convenio para eliminar la doble tributación, no se paga impuesto sobre las rentas en dicho caso. Chile también grava las utilidades logradas por las empresas extranjeras en el país a una tasa media de 35%, cobrada al momento que la empresa se lleva estas utilidades de vuelta a su país. Los demás países suelen cobrarles a sus inversionistas en el exterior impuesto sobre esas mismas utilidades.

La recomendación es seguir avanzando en la implementación de mecanismos que eliminen la doble tributación. Vid., HENRÍQUEZ YÁÑEZ, José, Doble Tributación Internacional, Centro Estudios Tributarios, Universidad de Chile. Disponible en <http://www.cetuchile.cl/n-2-marzo-2010/doble-tributacion-internacional> (consultado en febrero de 2011).

⁵⁷ Vid., El Sistema de Tributación Chileno, Disponible en la siguiente dirección: <http://html.rincondelvalgo.com/sistema-de-tributacion-en-chile.html> (consultado en febrero de 2011).

El sistema tributario chileno está constituido por dos tipos de Impuestos: directos e indirectos:

- Los directos gravan o afectan la obtención de la renta o riqueza en manos de la persona que lo obtiene. Dentro esta categoría, se encuentra el Impuesto a la Renta que grava las utilidades empresariales y la renta de las personas naturales con y sin domicilio o residencia en Chile; y

- Los Indirectos afectan la manifestación de la riqueza, gravando los actos o contratos sobre determinadas operaciones. Dentro de esta clase, se ubica el Impuesto a las Ventas y Servicios (IVA); los Impuestos Específicos a los tabacos y a los hidrocarburos líquidos o gaseosos; el Impuesto al Comercio Exterior; el Impuesto de Timbres y Estampillas; el Impuesto de Juegos de Azar; y el de Herencias, Asignaciones y Donaciones.⁵⁸

A su vez, el Impuesto a la Renta, se divide en: de primera categoría, de segunda categoría y el global complementario. También hay otros gravámenes, como el Impuesto Adicional.⁵⁹

- El impuesto de primera categoría es el que pagan las empresas por las utilidades repartidas a sus propietarios, alcanza el 17 por ciento. Es una tasa baja que –a decir de algunos- tiene como objetivo promover la inversión en Chile,⁶⁰

- El impuesto de segunda categoría se aplica a los trabajadores dependientes y a los independientes. El porcentaje del gravamen depende de los ingresos,⁶¹ y

- El impuesto global complementario se aplica progresivamente en una escala de 0 a 40%, dependiendo de los ingresos anuales. Se diferencia del de segunda categoría porque se incluyen todos los ingresos de las personas.

⁵⁸Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.gntconsultoria.cl/publicaciones/gntsistematributario.pdf> (consultado en febrero de 2011).

⁵⁹Vid., JAQUE L., Javier ¿Cómo funciona el sistema tributario chileno? Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.cnnchile.com/economia/2010/04/15/como-funciona-el-sistema-tributario-chileno/> (consultado en febrero de 2011).

⁶⁰El impuesto de la Primera Categoría es un impuesto proporcional que en la actualidad es una tasa fija de un 17 por ciento, del cual se dice que pudiera frenar la actividad empresarial, porque a cada uno le significa un 17 por ciento menos de dinero para invertir, pues lo va a tener el Fisco.

⁶¹El impuesto que afecta a un trabajador dependiente es un impuesto progresivo, de forma que mientras más se gana, más se paga. Puede llegar a pagar hasta un 40 por ciento. De ahí que hay quien piensa que pudiera presentar un desincentivo económico (cuando se tiene una renta alta -la que puede pertenecer a un profesional altamente calificado- se puede elegir entre el ocio y el trabajo, generando que se detenga o deteriore el emprendimiento).

También hay quien considera que en el sistema chileno se presenta una cierta inequidad, pues las personas que pueden efectuar planificación tributaria, o apoyarse con un experto en planificación tributaria, son generalmente aquellas personas de altos ingresos. Y si bien el sistema tributario está pensado para que los que tienen más, paguen más, se comporta de manera bastante inequitativa, pues en términos relativos, las personas que tienen menos, terminan pagando más que las personas que tienen más. Vid., JAQUE L., Javier, Op. Cit.

Este impuesto se entiende como aquel en que, además del retiro del dinero de la empresa, engloba una cantidad amplia de rentas que las personas pudieran tener, ya sea, intereses por algún depósito en el banco, ya honorarios por trabajos personales como trabajador independiente, entre otros.

Los impuestos de primera y segunda categoría actúan como crédito. Si ya se pagó 17% de impuestos por las utilidades que reportó una empresa, sólo se pagará, como persona física, la diferencia que corresponda según el tramo en el impuesto global complementario.⁶²

A lo antes dicho, es de indicar que de los impuestos chilenos, una mayor parte de la recaudación la proporciona el IVA. Su base es el valor agregado.

Ese impuesto es el pedestal de la estructura tributaria chilena. Se paga cotidianamente y aporta alrededor del 40% de la recaudación total.

En segundo lugar, se encuentra el Impuesto a la Renta. Su base son los pagos realizados a todos los factores de producción en la economía.

Esta estructura tributaria, en términos de lo que se recauda por cada tipo de impuesto, aunque varía en relación con lo que sucedía en años anteriores, se mantiene respecto a que el IVA es el que aporta la mayor parte de la recaudación en Chile. Por ejemplo, al año de 1996, la recaudación total ascendió a US\$ 13.640 millones. De ese total, un 17,0% se recaudó por el impuesto a la renta de las empresas que comprendía el Impuesto de Primera Categoría de tasa 15%, el Impuesto Adicional pagado por las empresas extranjeras y el Impuesto Adicional pagado por las empresas estatales. El impuesto a la renta de las personas, que incluyó el Impuesto Único de Segunda Categoría y el Impuesto Global Complementario, representó un 8,7% de la recaudación. El IVA representó un 41,7% de la recaudación. Los impuestos especiales a los consumos (Impuesto a Bebidas Alcohólicas, Analcohólicas y Similares; Impuesto a Productos Suntuarios; Impuesto a los Vehículos, Impuesto a los Tabacos, Cigarros y Cigarrillos e Impuestos a Combustibles) alcanzaron un 13,8% de la recaudación. Por concepto de aranceles se obtuvo un 11,1% de los ingresos tributarios.⁶³

En cifras de ingresos tributarios, al año 1999, se notó que la recaudación total en Chile ascendió a US\$ 11.409 millones, de los cuales un 23,3% se recaudó por el impuesto a la renta; el IVA representó un 50,4% de la recaudación; y los impuestos a productos específicos (Impuesto a los Tabacos, Cigarros y Cigarrillos e Impuestos a Combustibles) alcanzó un 12,3%. Por concepto de aranceles se obtuvo un 10,1% de los ingresos tributarios.

⁶²Por eso algunos juzgan que un aumento en el impuesto a las grandes empresas podría no tener un efecto de mayor recaudación. *Ibíd.*

⁶³Vid., JORRATT, Michael y BARRA, Patricio, *Un análisis del sistema tributario chileno*, Santiago de Chile, Servicio de Impuestos Internos, Subdirección de Estudios, junio de 1998, p. 4.

A ello, es de indicar que la estructura tributaria en 1999 se caracterizó por una marcada concentración de los impuestos al consumo, que alcanzaron al 62,7% de los ingresos totales, mientras que el impuesto a la renta recaudó menos de la mitad de esa cifra.

En cifras de recaudación impositiva para el período 1990 a 2006, se nota que los impuestos de mayor relevancia fueron el IVA, que en promedio representó un 45% de la recaudación total, y el Impuesto a la Renta, cuya participación fue cercana al 25% a lo largo del período.

En específico, en el año 2003, el IVA recaudó el 50,0%, en tanto que el impuesto a la renta recolectó el 27,5% de la recaudación total.

Esa situación cambia a partir de 2006, año en que la participación de ambos impuestos es de un 38% para el impuesto a la renta y un 40% para el IVA.⁶⁴

Según información de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, para 2007, el IVA representó en Chile un 42% del total de los ingresos tributarios.

Para ese mismo período, el Impuesto a la Renta representó un 45%.⁶⁵

Este cambio ha obedecido fundamentalmente al alto precio del cobre en el último tiempo, que ha producido un aumento significativo de la tributación a la renta de las empresas mineras privadas.⁶⁶

Pablo Serra cuestiona el impuesto a la renta pagado por las empresas mineras, señalando que ha sido bajo, y que una razón de eso es el financiamiento de los proyectos con deuda junto con el uso de depreciación acelerada, que permite posponer el pago del impuesto. Si se eliminase la depreciación acelerada –dice-, este problema se reduciría.⁶⁷

A lo anterior, es de agregar que en general en Chile, para el referido período, los impuestos indirectos fueron los que en promedio aportaron un 64% de la recaudación del Gobierno General, contra un 36% de los directos. Esta tendencia varió en el último año (2006), en que los indirectos representaron un 55,6% de la recaudación, contra un 44,4% de los directos, lo cual fue consecuencia de los ele-

⁶⁴ Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 14.

⁶⁵ Vid., CUEVAS OZIMICA, Alberto, Tendencias internacionales en materia de impuestos al valor agregado y otros impuestos al consumo. Una mirada desde el sistema chileno, en la obra *Tributación en un Mundo Globalizado*, Editor Jorge Espinosa, Departamento Control de Gestión y Sistemas de Información del Centro de Estudios Tributarios de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, 2008, p. 98.

⁶⁶ Vid., JORRATT, Michael De Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 14

⁶⁷ Vid., SERRA, Pablo, Op. Cit.

vados precios del cobre. En términos de carga tributaria, los impuestos indirectos representaron durante el citado período un promedio de 11,6% del PIB, frente a un 6,2% de los directos.⁶⁸

Asimismo, es de añadir que en opinión de algunos, la estructura tributaria chilena combina un impuesto regresivo (el IVA) con uno progresivo (el Impuesto a la Renta). La conclusión es que el impuesto a la renta no recauda tanto porque en Chile los ingresos son mayoritariamente bajos.⁶⁹

Finalmente, considerando los variados impuestos que existen en Chile, en seguida procedemos a describir lo más relevantes del sistema tributario.

2.3.1 Impuesto a la Renta

El Impuesto a la Renta es aquel que grava los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación.⁷⁰

En el ámbito de este impuesto, destacan los cambios en el sistema tributario chileno en 1974, con la expedición de una ley de impuestos a la renta integral de amplia cobertura que, en el caso del impuesto a las empresas, abarca casi todos los sectores de actividad con una tasa única. Con esto la asignación de recursos entre sectores está guiada por criterios de rentabilidad, no por razones tributarias.

A ello, es de mencionar que en el año 1984, se estableció la integración de los impuestos a las empresas con los impuestos personales de sus dueños, con objeto de evitar la doble tributación sobre una misma renta. Esto se tradujo en que el impuesto pagado por la empresa constituye crédito para los impuestos personales de sus dueños.⁷¹

⁶⁸Ídem., p.31

⁶⁹Vid., Reforma tributaria y distribución del ingreso en Chile: una aplicación de equilibrio general computable, p. 8. Disponible en: <http://www.bcentral.cl/conferencias-seminarios/seminarios/pdf/cmardones.pdf> (consultada en febrero de 2011).

⁷⁰Vid., Descripción General de los Impuestos aplicados en Chile, Base de Datos de Tributación del CIAT. Disponible en la siguiente dirección: http://actualicese.com/editorial/recopilaciones/SistemasTributarios/SistemasTributariosInternacionales/dcl_sistema_tributario_chile.pdf (consultado en febrero de 2011).

⁷¹En términos generales, el citado autor considera que el impuesto a la renta en Chile está conceptualmente bien concebido, porque evita la doble tributación a través de la integración de impuestos; es de base amplia; aplica un criterio de renta global, que es esencial para que exista equidad horizontal; y tiene suficientes incentivos al ahorro y la inversión. Sin embargo, tiene varias falencias que es necesario corregir. Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

En la actualidad, el Impuesto a la Renta es la integración del llamado Impuesto de Primera Categoría, que grava las utilidades de las empresas, con el Impuesto Global Complementario o el Impuesto Adicional, que afectan a las utilidades distribuidas, por la vía de permitir la utilización del primero como crédito contra estos últimos. Con ello se busca evitar la doble tributación de las rentas, de tal forma que quien paga el impuesto en definitiva es la persona natural.⁷²

A lo anterior, es de destacar que el Impuesto a la Renta se encuentra regulado por la Ley sobre Impuesto a la Renta (LSIR).⁷³ Empero, también le aplica el Código Tributario.⁷⁴

A ello, es de mencionar que la LSIR distingue entre las rentas del capital, denominadas de Primera Categoría, y las rentas del trabajo, identificadas con la Segunda Categoría. Asimismo, es de anotar que en la LSIR:

- Se entiende por “renta”, los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación;⁷⁵

- Toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entradas esté situada dentro del país o fuera de él, y las personas no residentes en Chile estarán sujetas a impuesto sobre sus rentas cuya fuente esté dentro del país;⁷⁶

- La sola ausencia o falta de residencia en el país no es causal que determine la pérdida de domicilio en Chile, para los efectos de la LSIR. Esto se aplica, asimismo, respecto de las personas que se ausenten del país, conservando el asiento principal de sus negocios en Chile, ya sea individualmente o a través de sociedades de personas;⁷⁷

⁷² Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit. , p. 35.

⁷³ Vid., la Ley sobre Impuesto a la Renta, según Decreto Ley N° 824, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974, actualizado con diversas modificaciones legales, al 12 de febrero de 2011.

⁷⁴ Vid., el Código Tributario, según Decreto Ley N° 830, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974, actualizado al 30 de abril de 2010.

⁷⁵ Vid., el artículo 2, numeral 1, de la LSIR.

⁷⁶ Con todo, el extranjero que constituya domicilio o residencia en el país, durante los tres primeros años contados desde su ingreso a Chile sólo estará afecto a los impuestos que gravan las rentas obtenidas de fuentes chilenas. Este plazo podrá ser prorrogado por el Director Regional en casos calificados. A contar del vencimiento de dicho plazo o de sus prórrogas, se aplicará, en todo caso, lo dispuesto en el inciso primero. Vid., el artículo 3 de la LSIR.

⁷⁷ Vid., el artículo 4 de la LSIR.

- Las rentas efectivas o presuntas de una comunidad hereditaria corresponderán a los comuneros en proporción a sus cuotas en el patrimonio común;⁷⁸
- En los casos de comunidades cuyo origen no sea la sucesión por causa de muerte o disolución de la sociedad conyugal, como también en los casos de sociedades de hecho, los comuneros o socios serán solidariamente responsables de la declaración y pago de los impuestos de la LSIR que afecten a las rentas obtenidas por la comunidad o sociedad de hecho;⁷⁹
- También se aplicará el impuesto a la renta en los casos de rentas que provengan de: depósitos de confianza en beneficio de las criaturas que están por nacer o de personas cuyos derechos son eventuales; depósitos hechos en conformidad a un testamento u otra causa; y bienes que tenga una persona a cualquier título fiduciario y mientras no se acredite quiénes son los verdaderos beneficiarios de las rentas respectivas;
- Se consideran rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente. Son rentas de fuente chilena, entre otras, las regalías, los derechos por el uso de marcas y otras prestaciones análogas derivadas de la explotación en Chile de la propiedad industrial o intelectual. Asimismo, son rentas de fuente chilena las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile.⁸⁰

⁷⁸ Mientras dichas cuotas no se determinen, el patrimonio hereditario indiviso se considera como la continuación de la persona del causante y goza y le afectan, sin solución de continuidad, todos los derechos y obligaciones que a aquél le hubieren correspondido de acuerdo con la LSIR. Sin embargo, una vez determinadas las cuotas de los comuneros en el patrimonio común, la totalidad de las rentas que correspondan al año calendario en que ello ocurra deberán ser declaradas por los comuneros. En todo caso, transcurrido el plazo de tres años desde la apertura de la sucesión, las rentas respectivas deberán ser declaradas por los comuneros. Si las cuotas no se hubieren determinado en otra forma, se estará a las proporciones contenidas en la liquidación del impuesto de herencia. El plazo de tres años se contará computando por un año completo la porción de año transcurrido desde la fecha de la apertura de la sucesión hasta el 31 de diciembre del mismo año. Vid., el artículo 5 de la LSIR.

⁷⁹ Sin embargo, el comunero o socio se liberará de la solidaridad, siempre que en su declaración individualice a los otros comuneros o socios, indicando su domicilio y actividad y la cuota o parte que les corresponde en la comunidad o sociedad de hecho. Vid., el artículo 6 de la LSIR.

⁸⁰ En todo caso, no constituye renta la suma que se obtenga de la enajenación de las acciones o derechos sociales referidos, cuando la participación, que se adquiere directa o indirectamente de la sociedad constituida en Chile, represente un 10% o menos del capital o de las utilidades o se encuentre el adquirente bajo un socio o accionista común con ella que, directa o indirectamente, posea o participe en un 10% o menos del capital o de las utilidades. Vid., el artículo 10 de la LSIR.

Se entiende que están situadas en Chile las acciones de una sociedad anónima constituida en el país. Igual regla se aplicará en relación a los derechos en sociedad de personas. En el caso de los créditos, la fuente de los intereses se entenderá situada en el domicilio del deudor;⁸¹

- Cuando deban computarse rentas de fuente extranjera, se considerarán las rentas líquidas percibidas, excluyéndose aquellas de que no se pueda disponer en razón de caso fortuito o fuerza mayor o de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen.⁸² En el caso de las agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior, se considerarán en Chile tanto las rentas percibidas como las devengadas, incluyendo los impuestos a la renta adeudados o pagados en el extranjero;⁸³ y

- El pago de los impuestos que correspondan por las rentas que provengan de bienes recibidos en usufructo o a título de mera tenencia, serán de cargo del usufructuario o del tenedor, en su caso, sin perjuicio de los impuestos que correspondan por los ingresos que le pueda representar al propietario la constitución del usufructo o del título de mera tenencia, los cuales se considerarán rentas.⁸⁴

Además, para el Impuesto a la Renta, es de tener presente algunas de las voces definidas en el Código Tributario, como son las siguientes:⁸⁵

- "contribuyente", las personas naturales y jurídicas, o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos;

- "representante", los guardadores, mandatarios, administradores, interventores, síndicos y cualquier persona natural o jurídica que obre por cuenta o beneficio de otra persona natural o jurídica;

- "persona", las personas naturales o jurídicas y los "representantes";

⁸¹ No se consideran situados en Chile los valores extranjeros o los Certificados de Depósito de Valores emitidos en el país y que sean representativos de los mismos, a que se refieren las normas del Título XXIV de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, por emisores constituidos fuera del país u organismos de carácter internacional o en los casos del inciso segundo del artículo 183 del referido Título de dicha ley. Igualmente, no se considerarán situadas en Chile, las cuotas de fondos de inversión, regidos por la ley N° 18.815, y los valores autorizados por la Superintendencia de Valores y Seguros para ser transados de conformidad a las normas del Título XXIV de la ley N° 18.045, siempre que ambos estén respaldados en al menos un 90% por títulos, valores o activos extranjeros. El porcentaje restante sólo podrá ser invertido en instrumentos de renta fija cuyo plazo de vencimiento no sea superior a 120 días, contado desde su fecha de adquisición. Vid., el artículo 11 de la LSIR.

⁸² La exclusión de tales rentas se mantendrá mientras subsistan las causales que hubieren impedido poder disponer de ellas y, entretanto, no empezará a correr plazo alguno de prescripción en contra del Fisco.

⁸³ Vid., el artículo 12 de la LSIR.

⁸⁴ Vid., el artículo 13 de la LSIR.

⁸⁵ Vid., el artículo 3 del Código Tributario.

- "residente", toda persona natural que permanezca en Chile más de seis meses en un año calendario, o más de seis meses en total, dentro de dos años tributarios consecutivos;

- "sueldo vital", el que rija en la provincia de Santiago;

- "unidad tributaria" (UT), la cantidad de dinero cuyo monto, determinado por la ley y permanentemente actualizado, sirve como medida o como punto de referencia tributario; y por "unidad tributaria anual" (UTA), aquella vigente en el último mes del año comercial respectivo, multiplicada por doce o por el número de meses que comprenda el citado año comercial. Para los efectos de la aplicación de sanciones expresadas en unidades tributarias, se entenderá por "unidad tributaria anual" aquella que resulte de multiplicar por doce la unidad tributaria mensual (UTM) vigente al momento de aplicarse la sanción;⁸⁶

- "índice de precios al consumidor", aquél fijado por el Instituto Nacional de Estadística.

A lo anterior, es de añadir que, en el Impuesto a la Renta, los contribuyentes:

- Están obligados a presentar declaración anual (generalmente en el mes de abril);

- También están obligados a presentar la declaración los chilenos que residan en el extranjero y no tengan domicilio en Chile; y

- Igualmente, están obligados a presentar anualmente una declaración jurada de sus rentas, en cada año tributario, las personas naturales extranjeras que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades y personas jurídicas constituidas fuera del país, incluso las que se constituyan con arreglo a las leyes chilenas y fijen su domicilio en el país, que tengan en Chile cualquier clase de Establecimiento.

También es de anotar que generalmente el impuesto se paga en la parte no cubierta con pagos provisionales, en una sola cuota dentro del plazo legal para entregar la respectiva declaración.

Y es de tener presente que hay tres principios fundamentales sobre los cuales se construye el Impuesto a la Renta chileno.⁸⁷

⁸⁶La unidad tributaria mensual o anual se expresará siempre en pesos, despreciándose las cifras inferiores a cincuenta centavos, y elevándose las iguales o mayores a esta suma al entero superior.

⁸⁷Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 31.

- El primero, reside en que los sujetos de la tributación deben ser, en último término, las personas naturales; los impuestos que pagan las personas jurídicas son sólo a cuenta de los impuestos personales, puesto que se permite rebajarlos de éstos, evitando de esta manera la doble tributación típica del sistema clásico de tributación;

- El segundo, radica en que la base imponible debe estar compuesta por el conjunto de rentas percibidas por la persona durante el período tributario, lo que se denomina el principio de la renta global; y

- El tercero, consiste en que el impuesto debe ser utilizado como una herramienta de redistribución de ingresos, lo cual se concreta por medio de una escala progresiva de tasas.⁸⁸

Además, es de considerar que la LSIR admite catorce regímenes distintos de tributación para las empresas, a saber:⁸⁹

- El más utilizado es el régimen general, en el cual se determina la renta por contabilidad completa y al que se encuentran acogidos el 60% de las empresas;

- Existen cinco regímenes de renta presunta, para los pequeños agricultores, la mediana minería, los pequeños transportistas de carga, los transportistas de pasajeros y la explotación de bienes raíces;

- Existen cinco regímenes para pequeños contribuyentes que desarrollen determinadas actividades, a saber: pequeños talleres artesanales, pequeños pescadores artesanales, pequeños mineros, suplementeros y pequeños comerciantes que ejerzan su actividad en la vía pública; y

- Hay tres regímenes simplificados para las empresas de menor tamaño, sin distinción de la actividad económica que desarrollen.

A lo anterior, es de mencionar que tomando en cuenta que el Impuesto a la Renta se divide en tres clases (primera categoría, segunda categoría y global complementario), a continuación nos referimos a cada una de ellas, sin soslayar otros tipos integrantes de ese gravamen.

⁸⁸Tales principios apuntan en la dirección de dotar al Impuesto a la Renta de los atributos de equidad y eficiencia. Ellos se materializan en el denominado Impuesto Global Complementario, cuyas tasas varían de 0% a 40%. Ídem., p. 32.

⁸⁹Ídem., pp. 36 y 37.

2.3.1.1 Impuesto de Primera Categoría

En el Impuesto de Primera Categoría, la fuente generadora de las rentas es el "capital", como elemento preponderante e indispensable en el desarrollo de la actividad.⁹⁰

Al efecto, se entiende por rentas del capital cuando un factor de la producción formado por la riqueza acumulada, que unido al elemento trabajo y recursos naturales, genera nueva riqueza.

Tal es el caso de la explotación de bienes raíces agrícolas y no agrícolas; de capitales mobiliarios; del comercio, de la industria, de la minería, construcción y servicios en general; de servicios de intermediación (corredores, comisionistas, martilleros, agentes de aduana, etc.); de educación, de salud y de diversión y esparcimiento; o de cualquier otra actividad o servicio no comprendida en las anteriores.⁹¹

El Impuesto de Primera Categoría tiene una tasa de 17% que podrá ser imputada al Impuesto Global Complementario y a otro que se llama Impuesto Adicional.⁹²

Es decir, opera como un anticipo de los impuestos personales que deben pagar los accionistas, socios o dueños de las empresas, por los dividendos o retiros de utilidades. Este impuesto está integrado con el Impuesto Global Complementario que afecta a los accionistas, socios o dueños de las empresas. Esto se materializa reconociendo al Impuesto de Primera Categoría como un crédito contra el impuesto personal, el que incluso es susceptible de devolución, si la obligación personal es inferior al impuesto que adelantó la empresa.⁹³

⁹⁰El impuesto grava la renta de los bienes raíces; las rentas de capitales mobiliarios consistentes en intereses, pensiones o cualesquiera otros productos; dominio, posesión o tenencia a último precario de cualquiera clase de capitales mobiliarios; las rentas de la industria, del comercio, de la minería y de la explotación de riquezas del mar y demás actividades extractivas; compañías aéreas, de seguros, de los bancos, asociaciones de ahorro y préstamos; sociedades administradoras de fondos mutuos; sociedades de inversión o capitalización, de empresas financieras y otras de actividad análoga, constructora, periodísticas, publicitarias, de radiodifusión, televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones; las rentas obtenidas por corredores, comisionistas con oficina establecida; martilleros, agentes de aduana, embarcadores y otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero; agentes de seguro que no sean personas naturales; colegios, academias e institutos de enseñanza particular y otros establecimientos particulares de este género; clínicas, hospitales, laboratorios y otros establecimientos análogos particulares; y empresas de diversión y esparcimiento. Vid., Descripción General de los Impuestos aplicados en Chile, Op. Cit.

⁹¹Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Op. Cit).

⁹²Vid., el artículo 20 de la LSIR.

⁹³Las empresas del Estado deben pagar, en forma adicional, un impuesto de 40% sobre las utilidades generadas. A su vez, las empresas mineras deben pagar un impuesto adicional a la renta, conocido comúnmente como royalty minero, de tasa variable, que llega hasta 5% sobre utilidades operacionales. Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 32.

Ahora bien, se comprenden en el Impuesto de Primera Categoría a las personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio o residencia, que realicen alguna de las actividades indicadas en los numerales 1 al 5 del artículo 20 de la LSIR.⁹⁴

Al respecto, dicha Ley marca que el Impuesto de Primera Categoría se determinará, recaudará y pagará sobre la renta de los bienes raíces de conformidad a las normas siguientes:⁹⁵

a) Tratándose de contribuyentes que posean o exploten a cualquier título bienes raíces agrícolas, se gravará la renta efectiva de dichos bienes;⁹⁶

b) Los contribuyentes propietarios o usufructuarios de bienes raíces agrícolas, que no sean sociedades anónimas, pagarán el impuesto sobre la base de la renta de dichos predios agrícolas, la que se presume de derecho es igual al 10% del avalúo fiscal de los predios.⁹⁷ Cuando la explotación se haga a cualquier otro título se presume de derecho que la renta es igual al 4% del avalúo fiscal de dichos predios. Sólo podrán acogerse al régimen de presunción de renta los contribuyentes propietarios o usufructuarios de predios agrícolas o que a cualquier título los exploten, cuyas ventas netas anuales no excedan en su conjunto de 8.000 unidades tributarias mensuales.⁹⁸ Para establecer si el contribuyente cumple este requisito,

⁹⁴Ese es el caso de los empresarios individuales; las sociedades de personas; las comunidades, las sociedades de hecho; las agencias de empresas extranjeras y todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas.

⁹⁵Vid., el artículo 20, numeral 1°, de la LSIR.

⁹⁶Del monto del impuesto de esa categoría podrá rebajarse el impuesto territorial pagado por el período al cual corresponde la declaración de renta. Sólo tendrá derecho a esta rebaja el propietario o usufructuario. Si el monto de la rebaja excediera del impuesto aplicable a las rentas de esta categoría, dicho excedente no podrá imputarse a otro impuesto ni solicitarse su devolución. La cantidad cuya deducción se autoriza se reajustará de acuerdo con el porcentaje de variación experimentado por el índice de precios al consumidor en el período comprendido entre el último día del mes anterior a la fecha de pago de la contribución y el último día del mes anterior al de cierre del ejercicio respectivo.

⁹⁷Para los fines de esas presunciones, la ley considera como ejercicio agrícola el período anual que termina el 31 de diciembre. Asimismo, para acogerse al sistema de renta presunta las comunidades, cooperativas, sociedades de personas u otras personas jurídicas, deben estar formadas exclusivamente por personas naturales. Tal régimen tributario no se aplica a los contribuyentes que obtengan rentas de primera categoría por las cuales deben declarar impuestos sobre renta efectiva según contabilidad completa. El contribuyente que quede obligado a declarar sus rentas efectivas según contabilidad completa, lo estará a contar del 1° de enero del año siguiente a aquél en que se cumplan los requisitos señalados y no podrá volver al régimen de renta presunta. Se exceptúa el caso en que el contribuyente no haya estado afecto al impuesto de primera categoría por su actividad agrícola por cinco ejercicios consecutivos o más, caso en el cual deberá estarse a las reglas generales establecidas en esta letra para determinar si se aplica o no el régimen de renta presunta. Para los efectos de computar el plazo de cinco ejercicios, se considerará que el contribuyente desarrolla actividades agrícolas cuando arrienda o cede en cualquier forma el goce de predios agrícolas cuya propiedad o usufructo conserva.

⁹⁸Para la determinación de las ventas no se considerarán las enajenaciones ocasionales de bienes muebles o inmuebles que formen parte del activo inmovilizado del contribuyente. Para este efecto, las ventas de cada mes deberán expresarse en unidades tributarias mensuales de acuerdo con el valor de ésta en el período respectivo.

deberá sumar a sus ventas el total de las ventas realizadas por las sociedades y, en su caso, comunidades con las que esté relacionado y que realicen actividades agrícolas.⁹⁹ Si una persona natural está relacionada con una o más comunidades o sociedades que sean a su vez propietarias o usufructuarias de predios agrícolas o que a cualquier título los exploten, para establecer si dichas comunidades o sociedades exceden el límite mencionado, deberá sumarse el total de las ventas anuales de las comunidades y sociedades relacionadas con la persona natural. Si al efectuar la operación descrita el resultado obtenido excede el citado límite, todas las sociedades o comunidades relacionadas con la persona deberán determinar el impuesto de esta categoría de conformidad con lo dispuesto en la letra a). Los contribuyentes cuyas ventas anuales no excedan de 1000 unidades tributarias mensuales podrán continuar sujetos al régimen de renta presunta;

c) En el caso de personas que den en arrendamiento, subarrendamiento, usufructo u otra forma de cesión o uso temporal de bienes raíces agrícolas, se grava la renta efectiva de dichos bienes, acreditada mediante el respectivo contrato;¹⁰⁰

d) Se presume que la renta de los bienes raíces no agrícolas es igual al 7% de su avalúo fiscal, respecto del propietario o usufructuario;¹⁰¹

e) Respecto de las personas que exploten bienes raíces no agrícolas, en una calidad distinta a la de propietario o usufructuario, se gravará la renta efectiva de dichos bienes;

f) No se presumirá renta alguna respecto de los bienes raíces propios o parte de ellos destinados exclusivamente al giro de las actividades indicadas en los artículos 20, numerales 3°, 4° y 5° y 42, número 2, ni respecto de los bienes raíces propios de los contribuyentes de los artículos 22 y 42, número 1°, siempre que el monto total de los avalúos del conjunto de dichos inmuebles no exceda de 40 unidades tributarias anuales y siempre que dichos contribuyentes obtengan únicamente rentas referidas en los artículos 22, 42, número 1 y 57, inciso primero.

La LSIR también manda que el Impuesto de Primera Categoría se determinará, recaudará y pagará sobre las rentas de capitales mobiliarios consistentes en intereses, pensiones o cualesquiera otros productos derivados del dominio,

⁹⁹Si al efectuar la operación descrita el resultado obtenido excede el límite de ventas, tanto el contribuyente como las sociedades o comunidades relacionadas con él deberán determinar el impuesto de esta categoría de conformidad con lo dispuesto en la letra a).

¹⁰⁰Para esos efectos, se considera como parte de la renta efectiva el valor de las mejoras útiles, contribuciones, beneficios y demás desembolsos convenidos en el respectivo contrato o posteriormente autorizados, siempre que no se encuentren sujetos a la condición de reintegro y queden a beneficio del arrendador, subarrendador, nudo propietario o cedente a cualquier título de bienes raíces agrícolas.

¹⁰¹Tratándose de sociedades anónimas que posean o exploten a cualquier título bienes raíces no agrícolas, se gravará la renta efectiva de dichos bienes.

posesión o tenencia a título precario de cualquier clase de capitales mobiliarios, sea cual fuere su denominación, y que no estén expresamente exceptuados, incluyéndose las rentas que provengan de:¹⁰²

- Bonos y debentures o títulos de crédito, sin perjuicio de lo que se disponga en convenios internacionales;
- Créditos de cualquier clase, incluso los resultantes de operaciones de bolsas de comercio;
- Los dividendos y demás beneficios derivados del dominio, posesión o tenencia a cualquier título de acciones de sociedades anónimas extranjeras, que no desarrollen actividades en el país, percibidos por personas domiciliadas o residentes en Chile;
- Depósitos en dinero;
- Caucciones en dinero;
- Contratos de renta vitalicia; e
- Instrumentos de deuda de oferta pública, que se gravarán cuando se hayan devengado.

Dicha Ley, igualmente, ordena que el Impuesto de Primera Categoría se determinará, recaudará y pagará sobre:¹⁰³

- Las rentas de la industria, del comercio, de la minería y de la explotación de riquezas del mar y demás actividades extractivas; compañías aéreas; de seguros; de los bancos; asociaciones de ahorro y préstamos; sociedades administradoras de fondos mutuos; sociedades de inversión o capitalización, de empresas financieras y otras de actividad análoga; constructora; periodísticas; publicitarias; de radio-difusión, televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones;
- Las rentas obtenidas por corredores, comisionistas con oficina establecida, martilleros, agentes de aduana, embarcadores y otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero, y agentes de seguro que no sean personas naturales; colegios, academias e institutos de enseñanza particular y otros establecimientos particulares de este género; clínicas, hospitales, laboratorios y otros establecimientos análogos particulares y empresas de diversión y esparcimiento; y

¹⁰² Vid., el artículo 20, numeral 2°, de la LSIR.

¹⁰³ Vid., el artículo 20, numerales 3°, 4° y 5°, de la LSIR.

- Todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas.

A lo anterior, es de apuntar que los premios de lotería pagan el Impuesto a la Renta con una tasa adicional del 15% en calidad de impuesto único.¹⁰⁴

También es de señalar que contra el Impuesto de esta Primera Categoría, se pueden imputar diversos créditos, cual es el caso de los siguientes:¹⁰⁵

- Crédito por contribuciones de bienes raíces;
- Crédito por bienes físicos del activo inmovilizado adquiridos nuevos o construidos por el contribuyente, equivalente al 6% del valor actualizado de dichos bienes al término del ejercicio, antes de deducir la depreciación correspondiente, con tope vigente en el mes de diciembre del año respectivo;
- Crédito por rentas provenientes del rescate de cuotas de Fondos Mutuos, equivalente al 3% o 5%, según corresponda, del monto neto de los beneficios declarados por tal concepto;
- Crédito por donaciones a las Universidades e Institutos Profesionales Estatales y Particulares reconocidos por el Estado; a las Bibliotecas abiertas al público en general o a las entidades que las administran; a las Corporaciones y Fundaciones sin fines de lucro, cuyo objeto exclusivo sea la investigación, desarrollo y difusión de la cultura y el arte; y a las Bibliotecas de los establecimientos educacionales que permanezcan abiertas al público, efectuadas al amparo de las normas de la Ley de Donaciones con fines culturales. El crédito es el equivalente al 50% del valor de la donación realizada, pero en ningún caso puede ser superior a la suma de 14.000 UTM, con un tope del 2% de la Renta Líquida Imponible;
- Crédito por donaciones efectuadas con fines educacionales, de acuerdo a las normas del artículo N° 3 de la Ley N° 19.247, publicada en el Diario Oficial de 15 de septiembre de 1993. El crédito es equivalente al tope del 50% del valor de la donación realizada, pero en ningún caso puede ser superior a la suma de 14.000 UTM, con un tope del 2% de la Renta Líquida Imponible;
- Crédito por donaciones para fines deportivos, equivalente al 35 % o 50% del valor de la donación, dependiendo el valor del proyecto y el destino que se le dé. En ningún caso dicho crédito puede ser superior a la suma de 14.000 UTM con un tope del 2% de la Renta Líquida Imponible;

¹⁰⁴ Este impuesto se aplicará también sobre los premios correspondientes a boletos no vendidos o no cobrados en el sorteo anterior. Vid., el artículo 20, numeral 6°, de la LSIR.

¹⁰⁵ Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Disponible en La siguiente página: <http://www.gntconsultoria.cl/publicaciones/gntsystematributario.pdf> (consultada en febrero de 2011).

- Crédito por donaciones para fines sociales, de acuerdo con las leyes respectivas;¹⁰⁶ y
- Crédito por Rentas de Zonas Francas y Otros, que corresponde a los contribuyentes que desarrollen actividades dentro y fuera de las zonas francas. Se trata de rebaja tributaria.

En relación con el Impuesto de Primera Categoría, es de resaltar que en Chile existe el Registro Fondo Utilidades Tributables (RFUT), que es la acumulación de las utilidades tributadas con dicho Impuesto generadas por las empresas, que se encuentran pendientes de tributación con los impuestos Global Complementario o Adicional hasta cuando sean retiradas por el propietario, socio o distribuidas a los accionistas.¹⁰⁷

También es de mencionar que los contribuyentes afectos al régimen general del Impuesto de Primera Categoría que llevan una contabilidad completa y con Balance General, están obligados a llevar el RFUT.¹⁰⁸

De ese RFUT, es de indicar que es tal vez único en el mundo, y que constituye uno de los aspectos más engorrosos del Impuesto a la Renta.¹⁰⁹

Además, es de tener presente la existencia de un impuesto Único de Primera que afecta a las Sociedades Anónimas, en Comandita por Acciones y Agencias de empresas extranjeras, con una tasa general de un 35%, Pero en las Sociedades en Comandita por Acciones, el impuesto del 35% grava sólo las cantidades que proporcionalmente correspondan a las utilidades de los socios accionistas. Lo que reste de las cantidades mencionadas se considerará retirado por los socios gestores.¹¹⁰

Por otra parte, es de considerar que en el Impuesto de Primera Categoría, en Chile hay:¹¹¹

¹⁰⁶ Los contribuyentes que tienen derecho a este crédito son los de la Primera Categoría que declaran rentas efectivas determinadas mediante contabilidad completa o a base de retiros o distribuciones, en el caso de los contribuyentes acogidos a las normas del artículo 14 bis de la LSIR.

¹⁰⁷ Ese fondo representa el monto de las utilidades susceptibles de retiro o distribución por parte del propietario, socio o accionistas y afectas a los Impuestos Global Complementario o Adicional, y los créditos a que dan derecho en contra de dichos tributos. Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Op. Cit.

¹⁰⁸ Los contribuyentes de la Primera Categoría que tengan un escaso movimiento operacional y que estén obligados a tributar con los impuestos Global Complementario o Adicional a base de los retiros o distribuciones podrán realizar las anotaciones correspondientes al Fondo Utilidades Tributables en el Libro de Inventarios y Balances. Ibid.

¹⁰⁹ Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 35.

¹¹⁰ Vid., el artículo 21 de la LSIR.

¹¹¹ Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Op. Cit.

1. Un régimen simplificado para los contribuyentes cuyos ingresos anuales por ventas, servicios u otras actividades de su giro en los últimos tres ejercicios no hayan excedido un promedio anual de 5.000 unidades tributarias mensuales, y que no posean ni exploten a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades, ni formen parte de contratos de asociación o cuentas en participación en calidad de gestor.

Esos contribuyentes podrán optar por pagar los impuestos anuales de primera categoría y global complementario o adicional, sobre todos los retiros en dinero o en especies que efectúen los propietarios, socios o comuneros, y todas las cantidades que distribuyan a cualquier título las sociedades anónimas o en comandita por acciones, sin distinguir o considerar su origen o fuente, o si se trata o no de sumas no gravadas o exentas.¹¹²

Por acogerse a este régimen, los contribuyentes están liberados de llevar Registro Fondo Utilidades Tributables; practicar inventario; aplicar la corrección monetaria; efectuar depreciación de los bienes; y confeccionar un balance general anual.

2. Un régimen de Presunción de Renta, que no grava las rentas por su percepción sino por el avalúo fiscal que tenga la propiedad o bien sobre el cual realiza sus operaciones. Los contribuyentes afectos son:

- Agricultores que no sean S.A. ni Agencias de empresas extranjeras, que cumplan determinados requisitos;
- Mineros que no sean S.A., C.P.A. ni Agencias de empresas extranjeras, que cumplan determinados requisitos;
- Personas que exploten vehículos motorizados en el transporte terrestre de pasajeros, que no sean S.A., C.P.A. ni Agencias de empresas extranjeras; y
- Personas que exploten vehículos motorizados en el transporte terrestre de carga ajena, que no sean S.A., C.P.A. ni Agencias de empresas extranjeras, que cumplan determinados requisitos.

Estos contribuyentes gozan de consideraciones como estar exentos del impuesto si tienen una renta presunta que no exceda de cierto monto; no llevar contabilidad, excepto algunos libros auxiliares; y no llevar Registro Fondo Utilidades Tributables.

¹¹²En todo lo demás se aplicarán las normas de esta ley que afectan a la generalidad de los contribuyentes del impuesto de primera categoría obligados a llevar contabilidad completa. Vid., el artículo 14 Bis de la LSIR.

3. Un Régimen para Pequeños Contribuyentes, cual es el caso de mineros artesanales;¹¹³ comerciantes ambulantes;¹¹⁴ suplementeros;¹¹⁵ propietario de un taller artesanal; pescadores artesanales;¹¹⁶ y armadores artesanales., con ciertos requisitos.¹¹⁷

A lo anterior, es de añadir que un estudio de Latin Business Chronicle situó a Chile en 2010 como el mejor país en materia tributaria en la región, posición que consiguió por su tasa impositiva del 17% en el Impuesto a la Renta de las empresas.¹¹⁸

Igualmente, es de comentar que en Chile se anunció un aumento del Impuesto de Primera Categoría, en un plan de financiamiento para la reconstrucción de Chile. Para ello, se contempla un aumento de 3%, por lo que se pasaría de un 17% a un 20%. Pero se llevaría a cabo una reducción de un 1,5% para el año siguiente al en que se establezca, volviendo a su nivel actual de 17% a los dos años de instaurado.¹¹⁹

Tal aumento propuesto ha sido materia de diversas críticas por parte de especialistas en la materia.

A ello, es de advertir que la alícuota del 17%, empezó a partir del 1 de enero del 2004, pues durante los años calendarios del 2002 y 2003 la tasa era de 16% y 16,5%, respectivamente,¹²⁰ incluso en los años 90s fue del 15%, y antes era del 10%.

¹¹³Para los mineros artesanales hay un impuesto único, retenido por los compradores de los minerales, de acuerdo a un % según precio del mineral. Tienen la consideración de que no declaran anualmente, excepto si obtienen otras rentas.

¹¹⁴A los comerciantes ambulantes se les aplica un impuesto único, equivalente a 1/2 UTM, retenido por la respectiva Municipalidad. No declaran anualmente, excepto si obtienen otras rentas.

¹¹⁵Los suplementeros pagan un impuesto único, equivalente al 0,5% sobre el valor de venta de periódicos y otros, retenido por las empresas periodísticas, importadoras, etc. No declaran anualmente, excepto si obtienen otras rentas.

¹¹⁶Inscritos en el Registro establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura.

¹¹⁷En este régimen, los contribuyentes pagan un impuesto único sobre sus ingresos, tomando en cuenta las tasas establecidas para cada caso en particular.

¹¹⁸El estudio desarrolló un índice con las tasas de impuestos para las empresas, a partir de datos entregados por el Banco Mundial (BM), la consultora KPMG y la Heritage Foundation.

¹¹⁹De ese aumento se cuestiona si en realidad sería un alza en los impuestos a las empresas o simplemente un préstamo por parte de éstas al fisco. Ello porque lo que las empresas pagan como impuesto de primera categoría, dada la estructura del sistema chileno, se utiliza para financiar el impuesto final resultante (Impuesto Global Complementario o Adicional), pudiendo incluso ser devuelto a los propietarios de las mismas, en la medida que los impuestos finales resulten menores al impuesto empresarial. El incremento anunciado afectaría a grandes empresas, y los propietarios de éstas tomarán el impuesto pagado por las empresas para pagar sus propios impuestos finales. Como lo anterior ocurre en forma diferida; es decir, las personas no retiran el dinero de las empresas el mismo año en que las utilidades se generan, el fisco utilizará el mencionado incremento para financiar parte de la reconstrucción del país. Al no establecerse un incremento al Impuesto Global Complementario o Adicional, todo aumento que se aplique a nivel de las empresas constituye simplemente un préstamo por parte de éstas al fisco. Vid., JAQUE L., Javier ¿Alza de impuesto a las empresas o préstamo por parte de éstas? Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.cetuchile.cl/n-3-abril-2010/alza-de-impuesto-a-las-empresas-o-prestamo-por-parte-de-estas> (consultado en marzo de 2011).

¹²⁰Vid., el artículo 20 del Decreto Ley No. 824 de 31 de diciembre de 1974 y el artículo 1 transitorio de la Ley 19.753.

Igualmente, es de señalar que un estudio de Michael Jorratt revela que el Impuesto de Primera Categoría, de 1996 a 2006, se mantuvo en torno al 2% del PIB, salvo en los dos últimos años, en que excepcionalmente subió por sobre el 3% del PIB. También muestra que si bien en el 2004 la tasa impositiva se elevó de 16,5% a 17%, esta alza no explica más de 0,1 puntos del PIB. Por lo tanto, concluye que la mayor recaudación se explica fundamentalmente por los mejores resultados de las empresas mineras.¹²¹

Así, el aumento que dicha tasa ha tenido en las últimas dos décadas, pasando del 15% al 17%, parece ser que no explica la mayor recaudación chilena. Lo que sí evidencia es la tendencia a incrementar esa tasa, en lugar de ampliar la base del impuesto.

Finalmente, es de agregar la opinión de Michael Jorratt, quien juzga que el principal aspecto de diseño que afecta la equidad del Impuesto a la Renta es el tratamiento preferencial que reciben las rentas empresariales, al tributar sobre la base de retiros en vez de base devengada, provocando una asimetría respecto de la tributación de las rentas del trabajo. Al respecto, expone que en 2006 las rentas empresariales pagaron un impuesto promedio de 15,2%, mientras que sobre base devengada habrían soportado una carga de 26,5%.¹²²

2.3.1.2 Impuesto de Segunda Categoría

El impuesto de Segunda Categoría se aplica a rentas del trabajo;¹²³ es decir, cuando en la generación de la renta predomine el esfuerzo físico o intelectual por sobre el empleo de capital.¹²⁴

Son contribuyentes del impuesto todas las personas domiciliadas o residentes en Chile por las rentas de cualquier origen, y los extranjeros por las rentas obtenidas de fuente chilena.¹²⁵ En esta categoría se encuentran los ingresos de:

- Trabajadores dependientes, por sus sueldos, sobresueldos, salarios, premios, dietas, gratificaciones, participaciones y cualesquiera otras asimilaciones y asignaciones que aumenten la remuneración pagada por servicios personales (por ejemplo, horas extraordinarias, bonos, etc.), montepíos y pensiones, exceptuadas las imposiciones obligatorias que se destinen a la formación de fon-

¹²¹ Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 33.

¹²² Ibid., p. 7.

¹²³ Vid., el artículo 42 de la LSIR.

¹²⁴ Para determinar dicha preponderancia del trabajo, el capital debe ser totalmente secundario.

¹²⁵ Vid., Descripción General de los Impuestos aplicados en Chile, Op. Cit.

dos de previsión y retiro, y las cantidades percibidas por concepto de gastos de representación;¹²⁶y

- Trabajadores independientes, por Ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría, incluyéndose los obtenidos por los auxiliares de la administración de justicia (por los derechos que conforme a la ley obtienen del público); los obtenidos por los corredores que sean personas naturales y cuyas rentas provengan exclusivamente de su trabajo o actuación personal, sin que empleen capital; y los obtenidos por sociedades de profesionales que presten exclusivamente servicios o asesorías profesionales.¹²⁷

Trabajadores dependientes

En cuanto a los trabajadores dependientes, la base Imponible es el monto de los sueldos y pensiones menos las imposiciones previsionales y de salud, obligatorias o voluntarias que se efectúen en los sistemas de previsión o de salud a que se encuentra afiliado el trabajador dependiente.

Este gravamen se aplica con una escala de tasas progresivas, equivalente a la del Impuesto Global Complementario, pero expresada en rentas mensuales, y es retenido y declarado mensualmente por el empleador o pagador de la pensión. La tasa del impuesto se aplica de acuerdo a la siguiente escala progresiva vigente,¹²⁸

¹²⁶Los choferes de taxi, que no sean propietarios de los vehículos que exploten, tributan con el impuesto de este número con tasa de 3,5% sobre el monto de dos unidades tributarias mensuales, sin derecho a deducción alguna. El impuesto debe ser recaudado mensualmente por el propietario del vehículo el que debe ingresarlo en arcas fiscales entre el 1 y el 12 del mes siguiente. Vid., el artículo 42 de la LSIR.

¹²⁷Se entiende por "ocupación lucrativa" la actividad ejercida en forma independiente por personas naturales y en la cual predomine el trabajo personal basado en el conocimiento de una ciencia, arte, oficio o técnica por sobre el empleo de maquinarias, herramientas, equipos u otros bienes de capital. Vid., el artículo 42 de la LSIR.

¹²⁸De esa tasa progresiva, Michael Jorratt hace ver que la equidad de un sistema tributario se entiende en dos sentidos: horizontal y vertical. La equidad horizontal hace referencia a que contribuyentes con el mismo nivel de riqueza deben pagar la misma cantidad de impuestos. La equidad vertical apunta a que mientras mayor sea la capacidad contributiva de una persona, mayores deben ser los impuestos que pague, como proporción de esta capacidad. La importancia fundamental de la equidad radica en que en la medida que los contribuyentes perciban que el sistema tributario es justo, existirá una mayor aceptación del mismo, lo cual es vital para que haya cumplimiento voluntario. En razón de la equidad vertical, tradicionalmente, se le ha atribuido a los impuestos la función de mejorar la distribución del ingreso. Para ello, los sistemas tributarios cuentan con impuestos a la renta progresivos y tasas adicionales a la venta de bienes considerados de lujo, entre otras herramientas de progresividad. Sin embargo, este rol distributivo de los impuestos ha perdido fuerza en las últimas décadas, debido a varias razones. En primer lugar, la evidencia empírica muestra que los impuestos altamente progresivos que existieron en el pasado no tuvieron éxito en mejorar la distribución del ingreso. Engel y otros estudiaron la incidencia de los impuestos en la distribución del ingreso, para el caso de Chile. La conclusión fue que cambios drásticos en la estructura tributaria, tales como subir la tasa del IVA, tienen efectos mínimos sobre la distribución del ingreso. En segundo lugar, las tasas marginales a la renta excesivamente altas tienen efectos nocivos en la asignación de recursos, puesto que desincentivan el trabajo y el ahorro. Por último, los impuestos excesivamente progresivos suelen tener válvulas de escape -ya sea mediante evasión y elusión o mediante franquicias otorgadas por la ley- de tal forma que las tasas efectivas que pagan las personas de altos ingresos son menores que las teóricas. Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

considerando la renta Imponible Mensual:¹²⁹

- Las rentas que no excedan de 13,5 unidades tributarias mensuales, estarán exentas de este impuesto;
- Sobre la parte que exceda de 13,5 y no sobrepase las 30 unidades tributarias mensuales, 5%;
- Sobre la parte que exceda de 30 y no sobrepase las 50 unidades tributarias mensuales, 10%;
- Sobre la parte que exceda de 50 y no sobrepase las 70 unidades tributarias mensuales, 15%;
- Sobre la parte que exceda de 70 y no sobrepase las 90 unidades tributarias mensuales, 25%;
- Sobre la parte que exceda de 90 y no sobrepase las 120 unidades tributarias mensuales, 32%;
- Sobre la parte que exceda de 120 y no sobrepase las 150 unidades tributarias mensuales, 37%; y
- Sobre la parte que exceda las 150 unidades tributarias mensuales, 40%.

Como bien se advierte, la tasa marginal máxima de impuestos personales es del 40%. Al respecto es de señalar que en años anteriores llegaba al 45%,¹³⁰ época en que la tasa del impuesto a las empresas era del 15%.

Con el tiempo se ha reducido la brecha entre ambas tasas, subiendo la de las empresas y bajando la del trabajo personal.

¹²⁹Vid., el artículo 43 de la LSIR.

¹³⁰Incluso dicha tasa marginal máxima de los impuestos personales alcanzó un 56%, bajando después a un 50%; para quedar en los 90s en 45%, siendo actualmente del 40%.

Al respecto, en el esquema actual se presenta el siguiente cuadro:

UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES (UTM)	TASA
De 0 a 13,5	Exento
De 13,5 a 30	0,05
De 30 a 50	0,10
De 50 a 70	0,15
De 70 a 90	0,25
De 90 a 120	0,32
De 120 a 150	0,37
De 150 y más	0,40

A lo anterior, es de resaltar que:

- Son contribuyentes exentos los que perciben una renta mensual que no exceda de 13,5 UTM;
- El impuesto es retenido por el respectivo empleador, habilitado o pagador;
- Tal impuesto tiene el carácter de único respecto de las cantidades a las cuales se aplique; y
- Las remuneraciones pagadas íntegramente con retraso se ubican en el o los períodos en que se devengaron y el impuesto se liquida de acuerdo con las normas vigentes en esos períodos.¹³¹

¹³¹ Vid., el artículo 43 de la LSIR.

Por cuanto hace a los trabajadores que efectúen depósitos de ahorro previsional voluntario, cotizaciones voluntarias y ahorro previsional voluntario colectivo, es de señalar que:¹³²

- Podrán rebajar, de la base imponible del impuesto único de segunda categoría, el monto del depósito de ahorro previsional voluntario, cotización voluntaria y ahorro previsional voluntario colectivo, efectuado mediante el descuento de su remuneración por parte del empleador, hasta por un monto total mensual equivalente a 50 unidades de fomento, según el valor de ésta al último día del mes respectivo; y

- Podrán reliquidar el impuesto único de segunda categoría, rebajando de la base imponible el monto del depósito de ahorro previsional voluntario, cotización voluntaria y ahorro previsional voluntario colectivo, que hubieren efectuado directamente en una institución autorizada o en una administradora de fondos de pensiones, hasta por un monto total máximo anual equivalente a la diferencia entre 600 unidades de fomento, según el valor de ésta al 31 de diciembre del año respectivo, menos el monto total del ahorro voluntario, de las cotizaciones voluntarias y del ahorro previsional voluntario colectivo, acogidos al número 1 anterior.

Si se obtienen rentas distintas a los sueldos, los trabajadores deben declarar en el Impuesto Global Complementario todas las rentas percibidas, incluidos los sueldos.¹³³ En estos casos, el empleador, habilitado o pagador debe informar a los trabajadores, tanto los sueldos como el impuesto único retenido mediante un certificado. Si se obtienen rentas de más de un empleador en forma simultánea, se debe hacer una reliquidación del Impuesto Único de Segunda Categoría.

Además, en el caso de diferencia o saldos de remuneraciones o de remuneraciones accesorias o complementarias devengadas en más de un período y que se pagan con retraso, las diferencias o saldos se convertirán en unidades tributarias y se ubicarán en los períodos correspondientes, reliquidándose de acuerdo al valor de la citada unidad en los períodos respectivos. Los saldos de impuestos resultantes se expresarán en unidades tributarias y se solucionarán en el equivalente de dichas unidades del mes de pago de la correspondiente remuneración.¹³⁴

¹³²Vid., el artículo 46 de la LSIR.

¹³³Las rentas se gravan con el Impuesto Global Complementario, que es progresivo y que determinan y pagan una vez al año las personas naturales con domicilio o residencia en Chile sobre sus rentas imponibles determinadas conforme a la Primera o Segunda Categoría.

¹³⁴Las remuneraciones voluntarias que se paguen en relación a un determinado lapso, se entenderá que se han devengado uniformemente en dicho lapso, el que no podrá exceder de doce meses. Vid., el artículo 46 de la LSIR.

Del impuesto en comento, es de añadir que:¹³⁵

- Las regalías por concepto de alimentación que perciban en dinero los trabajadores eventuales y discontinuos, que no tienen patrón fijo y permanente, no serán consideradas como remuneraciones para los efectos del pago del referido impuesto;

- Los trabajadores eventuales y discontinuos que no tienen patrón fijo y permanente, pagarán el impuesto por cada turno o día-turno de trabajo, para lo cual la escala de tasas mensuales se aplicará dividiendo cada tramo de ella por el promedio mensual de turnos o días-turnos trabajados;

- Para los créditos, se aplicará el mismo procedimiento anterior; y

- Los obreros agrícolas cuyas rentas sobrepasen las 10 unidades tributarias mensuales pagarán como impuesto un 3,5% sobre la parte que exceda de dicha cantidad.

Trabajadores independientes

En este caso, se gravan los ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría, ni en la correspondiente a la segunda categoría por lo que hace a los trabajadores dependientes.

Se incluyen los obtenidos por los auxiliares de la administración de justicia; los obtenidos por los corredores que sean personas naturales y cuyas rentas provengan exclusivamente de su trabajo o actuación personal, sin que empleen capital; y los obtenidos por sociedades de profesionales que presten exclusivamente servicios o asesorías profesionales.¹³⁶

En este caso no hay contribuyentes exentos. Los contribuyentes deberán declarar la renta efectiva proveniente del ejercicio de sus profesiones u ocupaciones lucrativas.

Estos trabajadores están sujetos a una tasa de 10% en los honorarios que perciben.¹³⁷

¹³⁵Vid., el artículo 43 de la LSIR.

¹³⁶Vid., el artículo 42, numeral 2, de la LSIR.

¹³⁷ Vid., SERRA, Pablo, Op. Cit.

Para la deducción de gastos, les serán aplicables las normas que rigen en esta materia respecto de la Primera Categoría, en cuanto fueren pertinentes.

Especialmente, procederá la deducción como gasto de las imposiciones provisionales de cargo del contribuyente que en forma independiente se haya acogido a un régimen de previsión.

En el caso de sociedades de profesionales, procederá la deducción de las imposiciones que los socios efectúen en forma independiente a una institución de previsión social.¹³⁸

Si el contribuyente ha optado por rebajar los gastos efectivos, podrá deducir de los ingresos brutos, debidamente reajustados los gastos que se indican, considerando para tales efectos el mes del pago o desembolso efectivo del gasto. Para los efectos de esa rebaja, sólo deben considerarse los gastos efectivamente desembolsados o pagados en el ejercicio de la profesión o actividad lucrativa, siempre y cuando éstos cumplan, entre otros, con los siguientes requisitos:¹³⁹

- Que se hayan pagado efectivamente en el ejercicio comercial respectivo, excluyendo todos aquellos gastos no pagados o adeudados al término del citado período;
- Que sean necesarios para producir la renta; es decir, que sean inevitables u obligatorios, considerándose no sólo la naturaleza del gasto, sino además, su monto; esto es, hasta qué cantidad el gasto ha sido necesario para producir la renta del ejercicio;
- Que su monto esté debidamente acreditado con documentos fehacientes que disponga el contribuyente o con los medios que pueda exigir el Servicio de Impuestos Internos; y

¹³⁸ Asimismo, procederá la deducción de aquellas cantidades señaladas en el artículo 42 bis de la LSIR, que cumpla con las condiciones que se establecen en los números 3 y 4 de dicho artículo, aun cuando el contribuyente se acoja a lo dispuesto en el inciso siguiente. La cantidad que se podrá deducir por este concepto será la que resulte de multiplicar el equivalente a 8,33 unidades de fomento según el valor de dicha unidad al 31 de diciembre, por el número total de unidades de fomento que represente la cotización obligatoria que efectúe en el año respectivo de acuerdo a lo dispuesto en el primer inciso del artículo 17 del decreto ley N° 3.500, de 1980.(270-b) Para estos efectos, se convertirá la cantidad pagada por dichas cotizaciones a unidades de fomento, según el valor de ésta al último día del mes en que se pagó la cotización respectiva. En ningún caso esta rebaja podrá exceder al equivalente a 600 unidades de fomento, de acuerdo al valor de ésta al 31 de diciembre del año respectivo. La cantidad deducible señalada considerará el ahorro previsional voluntario que el contribuyente hubiere realizado como trabajador dependiente. Vid., el artículo 50 de la LSIR.

¹³⁹ Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Op. Cit.

- Que se relacionen directamente con el ejercicio de la profesión o actividad lucrativa; es decir, que no se traten de gastos ajenos al giro del contribuyente; Entre los gastos que los contribuyentes de la Segunda Categoría, pueden rebajar de sus ingresos brutos, se encuentran los siguientes:¹⁴⁰

- Intereses, reajustes o diferencias de cambios, pagados por préstamos empleados o destinados al ejercicio de la profesión o actividad lucrativa;

- Impuestos y contribuciones pagados en virtud de leyes que no sean de la Ley de la Renta ni del Impuesto Territorial, como son: Patentes y Derechos Municipales; impuestos de la Ley de Timbres y Estampillas; e Impuesto al Valor Agregado soportado en la adquisición de bienes o contratación de servicios que no expresen relación con bienes del activo inmovilizado;

- Remuneraciones pagadas al personal contratado para que colaboren o coadyuven en el desempeño de la profesión o actividad lucrativa;

- Gastos por cursos de capacitación y perfeccionamiento, relacionados directamente con la actividad profesional o la ocupación lucrativa y que propendan de alguna manera a una mayor rentabilidad de la actividad;

- Gastos por viajes de estudios, asistencia a congresos profesionales, torneos científicos u otros similares realizados fuera del país, relacionados directamente con la actividad profesional, propendiendo a una mayor rentabilidad de ésta, y por constituir más bien una inversión inciden en la obtención de la renta de varios ejercicios, debiendo amortizarse como mínimo en un plazo de tres años;

- Cuotas estatutarias o reglamentarias pagadas a asociaciones gremiales, sociedades científicas o a otras entidades que agrupen a los profesionales, relacionadas directamente con la actividad profesional;

- Adquisición de revistas, libros y material de consulta, relacionado directamente con la actividad o profesión;

- Arriendo de local donde funciona la consulta profesional o la ocupación lucrativa, como también el arriendo de equipos e instrumentos necesarios para el desempeño de la profesión o actividad, incluyendo los gastos comunes de luz, agua, calefacción, teléfono, etc.;

- Gastos de tipo general relacionados con el local donde funciona la consulta profesional o actividad lucrativa de propiedad del contribuyente, como son: luz, agua, calefacción, útiles de aseo, correspondencia, reparaciones en general, etc.;

¹⁴¹ Ibid.

- Gastos incurridos en la manutención de vehículos motorizados utilizados en el ejercicio de la profesión o actividad lucrativa, que no sean automóviles, station wagons y similares, entre los cuales se pueden mencionar: gastos por servicios de aceite, engrase, reparaciones, estacionamiento y otros originados por el uso de tales vehículos;¹⁴¹
- Las cotizaciones previsionales obligatorias y/o voluntarias efectuadas en calidad de trabajadores independientes;
- Las pérdidas de arrastre de ejercicios anteriores, debidamente actualizadas, las cuales deben incluirse dentro de los gastos efectivos a deducir de los ingresos brutos; y
- La depreciación correspondiente a los bienes físicos del activo inmovilizado, no excepcionados por la ley, utilizados en el ejercicio de la profesión o actividad lucrativa.

Los contribuyentes que ejerzan su profesión u ocupación en forma individual, podrán declarar sus rentas sólo a base de los ingresos brutos, sin considerar los gastos efectivos.¹⁴²

En tales casos, los contribuyentes tendrán derecho a rebajar a título de gastos necesarios para producir la renta, un 30% de los ingresos brutos anuales. En ningún caso dicha rebaja podrá exceder de la cantidad de 15 unidades tributarias anuales vigentes al cierre del ejercicio respectivo.

Además, los ingresos y gastos mensuales se reajustarán en base a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el período comprendido entre el último día del mes anterior al de la percepción del ingreso o del desembolso efectivo del gasto y el último día del mes anterior a la fecha de término del respectivo ejercicio.

2.3.1.3 Impuesto Global Complementario

Este impuesto es directo, progresivo, personal, requiere declaración Anual; y es global, accesorio o complementario.¹⁴³

¹⁴¹Esos desembolsos se aceptarán como gastos en la proporción que se estime razonable que dichos vehículos se utilizan en el ejercicio de la profesión o actividad lucrativa.

¹⁴²Los contribuyentes que obtengan ingresos provenientes del ejercicio de profesiones liberales tendrán derecho a rebajar a título de gastos necesarios para producir la renta, un 30% de los ingresos brutos anuales. En ningún caso dicha rebaja podrá exceder de la cantidad de 15 unidades tributarias anuales vigentes al cierre del ejercicio respectivo. También procederá en cierta medida, la deducción de los ahorros previsionales o cotizaciones voluntarias que aporte el contribuyente de manera independiente a un régimen de previsión, hasta 50 unidades de fomento.

¹⁴³El Impuesto Global Complementario se encuentra regulado en los artículos 52 al 57 bis de la LSIR. Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

Todas las rentas obtenidas por las personas naturales residentes, ya sean del capital o del trabajo, deben pagar anualmente este Impuesto, pudiendo rebajar como crédito los impuestos de Primera o Segunda Categoría.

El Impuesto Global Complementario grava todas las rentas obtenidas por la persona en un año determinado (honorarios, retiros de empresas, dividendos, ganancias de capital, etc.) con una escala progresiva de tasas, excepto las del trabajo dependiente, que pagan el impuesto de Segunda Categoría en carácter de único. Tratándose de personas no residentes, el Global Complementario es sustituido por el impuesto Adicional, que aplica una tasa fija de 35% a las remesas al extranjero.¹⁴⁴

Dicho impuesto, se aplica, cobra y paga anualmente por sobre la renta imponible determinada de conformidad al párrafo 2° del Título III de la LSIR a: toda persona natural, residente o que tenga domicilio o residencia en Chile;¹⁴⁵ y contribuyentes Especiales como son las comunidades hereditarias,¹⁴⁶ depósitos o bienes en favor de personas,¹⁴⁷ funcionarios fiscales,¹⁴⁸ o cónyuges.¹⁴⁹

En la legislación chilena se aplica también el principio de renta mundial, por el cual las personas residentes deben declarar tanto las rentas de fuente chilena como las de fuente extranjera. Cuando las rentas son obtenidas por personas extranjeras o no residentes, el Impuesto Global Complementario se reemplaza por el Impuesto Adicional. Este impuesto afecta a las rentas remesadas al exterior y aplica distintas tasas dependiendo del tipo de renta.

Ahora bien, el Impuesto Global Complementario Se aplica de acuerdo con la escala de tasa de impuesto progresivo establecida en el artículo 52 de la LSIR, a saber:¹⁵⁰

- Las rentas que no excedan de 13,5 unidades tributarias anuales están exentas de este impuesto;
- Sobre la parte que exceda de 13,5 y no sobrepase las 30 unidades tributarias anuales, 5%;
- Sobre la parte que exceda de 30 y no sobrepase las 50 unidades tributarias anuales, 10%;

¹⁴⁴ Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

¹⁴⁵ Vid., el artículo 52 de la LSIR.

¹⁴⁶ Vid., el artículo 5 de la LSIR.

¹⁴⁷ Vid., el artículo 7 de la LSIR.

¹⁴⁸ Vid., el artículo 8 de la LSIR.

¹⁴⁹ Los cónyuges que estén casados bajo el régimen de participación en los gananciales o de separación de bienes, declararán sus rentas independientemente. Sin embargo, los cónyuges con separación total convencional de bienes deberán presentar una declaración conjunta de sus rentas, cuando no hayan liquidado efectivamente la sociedad conyugal o conserven sus bienes en comunidad o cuando cualquiera de ellos tuviere poder del otro para administrar o disponer de sus bienes. Vid., el artículo 53 de la LSIR.

¹⁵⁰ Vid., el artículo 52 de la LSIR.

- Sobre la parte que exceda de 50 y no sobrepase las 70 unidades tributarias anuales, 15%;
 - Sobre la parte que exceda de 70 y no sobrepase las 90 unidades tributarias anuales, 25%;
 - Sobre la parte que exceda de 90 y no sobrepase las 120 unidades tributarias anuales, 32%;
 - Sobre la parte que exceda de 120 y no sobrepase las 150 unidades tributarias anuales, 37%; y
 - Sobre la parte que exceda las 150 unidades tributarias anuales, 40%.
- Para determinar la renta neta global se deducirán de la renta bruta global, por ejemplo, las siguientes cantidades:¹⁵¹
- El impuesto de primera categoría pagado, comprendido en las cantidades declaradas en la renta bruta global;
 - El impuesto territorial efectivamente pagado en el año calendario o comercial a que corresponda la renta bruta global;¹⁵²
 - Las cotizaciones Provisionales, efectivamente pagadas por el año comercial al que corresponda la renta bruta global;¹⁵³ y
 - Los intereses efectivamente pagados durante el año calendario al que corresponde la renta, devengados en créditos con garantía hipotecaria que se hubieren destinado a adquirir o construir una o más viviendas, o en créditos de igual naturaleza destinados a pagar los créditos señalados.¹⁵⁴

Vid., el artículo 55 de la LSIR.

No procederá esa rebaja en el caso de bienes raíces cuyas rentas no se computen en la renta bruta global.

Se trata de cotizaciones Provisionales que sean de cargo del contribuyente empresario individual, socio de sociedades de personas o socio gestor de sociedades en comandita por acciones, siempre que dichas cotizaciones se originen en las rentas que retiren las citadas personas en empresas o sociedades que sean contribuyentes del impuesto de Primera Categoría y que determinen su renta imponible sobre la base de un balance general según contabilidad. Esta deducción no procederá por las cotizaciones correspondientes a las remuneraciones a que se refiere el inciso tercero del número 6 del artículo 31 de la LSIR.

¹⁵⁴ Para esos efectos, se entiende como interés deducible máximo por contribuyente, la cantidad menor entre 8 unidades tributarias anuales y el interés efectivamente pagado. La rebaja será por el total del interés deducible en el caso en que la renta bruta anual sea inferior al equivalente de 90 unidades tributarias anuales, y no procederá en el caso en que ésta sea superior a 150 unidades tributarias anuales. Cuando dicha renta sea igual o superior a 90 unidades tributarias anuales e inferior o igual a 150 unidades tributarias anuales, el monto de los intereses a rebajar se determinará multiplicando el interés deducible por el resultado, que se considerará como porcentaje, de la resta entre 250 y la cantidad que resulte de multiplicar el factor 1,667 por la renta bruta anual del contribuyente, expresada en unidades tributarias anuales. Vid., el artículo 55 bis de la LSIR.

A los contribuyentes afectos al Impuesto Global Complementario, se les otorgan los siguientes créditos contra el impuesto final resultante, créditos que deberán imputarse en el orden que a continuación se establece:¹⁵⁵

- La cantidad que resulte de aplicar las normas del N° 3 del artículo 54 de la LSIR; y ¹⁵⁶
- La cantidad que resulte de aplicar a las rentas o cantidades que se encuentren incluidas en la renta bruta global, la misma tasa del impuesto de primera categoría con la que se gravaron.

Están exentas del impuesto en glosa,¹⁵⁷ las rentas de capitales mobiliarios consistentes en intereses, pensiones o cualesquiera otros productos derivados del dominio, posesión o tenencia a título precario de cualquier clase de capitales mobiliarios, sea cual fuere su denominación, y que no estén expresamente exceptuados:¹⁵⁸ Ello siempre que se cumplan los requisitos del artículo 57 de la LSIR.

En los mismos términos, están exentas del Impuesto de Primera Categoría y del Impuesto Global Complementario las rentas provenientes del mayor valor en la enajenación de acciones de sociedades anónimas.

Asimismo, está exento del Impuesto Global Complementario el mayor valor obtenido en el rescate de cuotas de fondos mutuos por los contribuyentes señalados en el inciso anterior cuando su monto no exceda de 30 unidades tributarias mensuales vigentes al mes de diciembre de cada año.

También están exentas del Impuesto Global Complementario las rentas que se eximen de aquel tributo en virtud de leyes especiales.

A lo anterior, es de añadir que las personas gravadas con el Impuesto Global Complementario tienen derecho a las deducciones y créditos que se mencionan en la LSIR.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Vid., el artículo 56 de la LSIR.

También tendrán derecho a ese crédito las personas naturales que sean socios o accionistas de sociedades, por las cantidades obtenidas por éstas en su calidad de socias o accionistas de otras sociedades, por la parte de dichas cantidades que integre la renta bruta global de las personas aludidas.

¹⁵⁷ Vid., el artículo 57 de la LSIR.

¹⁵⁸ Se incluyen las rentas que provengan de: bonos y debentures o títulos de crédito; créditos de cualquier clase, incluso los resultantes de operaciones de bolsas de comercio; los dividendos y demás beneficios derivados del dominio, posesión o tenencia a cualquier título de acciones de sociedades anónimas extranjeras, que no desarrollen actividades en el país, percibidos por personas domiciliadas o residentes en Chile; depósitos en dinero, ya sea a la vista o a plazo; cauciones en dinero; contratos de renta vitalicia; instrumentos de deuda de oferta pública a que se refiere el artículo 104 de la LSIR, las que se gravarán cuando se hayan devengado. En las operaciones de crédito en dinero, se considera interés el que se determine con arreglo a las normas del artículo 41 bis de la LSIR. Vid., el artículo 20, numeral 2, de la LSIR.

¹⁵⁹ Vid., el artículo 57 bis de la LSIR.

2.3.1.4 Otros Impuestos

2.3.1.4. 1. Impuesto Adicional

Este impuesto se encuentra regulado en los artículos 58 al 63 de la LSIR. Es un impuesto directo, accesorio del impuesto de Primera Categoría y proporcional (tasa fija). Además, es impuesto único (en algunos casos), de retención mensual y de declaración anual (en algunos casos).¹⁶⁰ Afecta a las personas naturales o jurídicas que no tienen residencia ni domicilio en Chile, y opera sobre las utilidades distribuidas o retiradas por la vía de remesas hacia el exterior, de fuente chilena. Dicho impuesto, se aplica, cobra y paga como un impuesto adicional a la renta, con tasa del 35%, en los siguientes casos:¹⁶¹

- Las personas naturales extranjeras que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades o personas jurídicas constituidas fuera del país, que tengan en Chile cualquier clase de establecimientos permanentes, pagarán este impuesto por el total de las rentas de fuente chilena que remesen al exterior o sean retiradas, con excepción de los intereses a que se refiere el numeral 1 del artículo 59 de la LSIR;¹⁶²

- Las personas que carezcan de domicilio o residencia en Chile, pagan este impuesto por la totalidad de las utilidades y demás cantidades que las sociedades anónimas o en comandita por acciones respecto de sus accionistas, constituidas en Chile, les acuerden distribuir a cualquier título, en su calidad de accionistas, con excepción de las cantidades que correspondan a la distribución de utilidades o de fondos acumulados que provengan de cantidades que no constituyan renta; y

- Pagan este impuesto, en carácter de único, las personas domiciliadas o residentes en el extranjero, por la renta a que se refiere la segunda parte del inciso segundo del artículo 10 de la LSIR, determinada con sujeción a las normas del inciso tercero del artículo 41 de esa misma Ley, considerando el valor de libros de los derechos sociales de la sociedad constituida en Chile, en la cual tendrá participación directa o indirecta el adquirente, si ésta es sociedad de personas, o el valor a que se refiere el inciso segundo del número 8 del artículo 17 de la LSIR, si es una sociedad anónima y, como valor de enajenación, el pactado con el enajenante

¹⁶⁰ Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

¹⁶¹ Vid., el artículo 58 bis de la LSIR.

¹⁶² Para esos efectos, el impuesto se considerará formando parte de la base imponible representada por los retiros o remesas brutos.

domiciliado o residente en el extranjero, en la proporción que represente el “valor libro” de la sociedad constituida en Chile en el valor patrimonial de la sociedad cuyas acciones o derechos se enajenan.¹⁶³

Están exceptuadas del Impuesto Adicional las devoluciones de capitales internados a Chile que se encuentren acogidos o que se acojan a las franquicias del D.L. N° 600, de 1974, de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile (331) y demás disposiciones legales vigentes, pero únicamente hasta el monto del capital efectivamente internado en Chile.

Asimismo, se exceptiona del gravamen la distribución de acciones de una o más nuevas sociedades resultantes de la división de una sociedad anónima.

Por lo demás, se aplica un impuesto adicional de 30% sobre el total de las cantidades pagadas o abonadas en cuenta, sin deducción alguna, a personas sin domicilio ni residencia en Chile, por el uso, goce o explotación de marcas, patentes, fórmulas y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquier forma de remuneración, excluyéndose las cantidades que correspondan a pago de bienes corporales internados en el país hasta un costo generalmente aceptado.

La tasa de impuesto se reduce a 15% respecto de las cantidades que correspondan al uso, goce o explotación de patentes de invención, de modelos de utilidad, de dibujos y diseños industriales, de esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, y de nuevas variedades vegetales, de acuerdo a las definiciones y especificaciones contenidas en la Ley de Propiedad Industrial y en la Ley que Regula Derechos de Obtentores de Nuevas Variedades Vegetales, según corresponda.

Por otra parte, se gravan con tasa de 15% las cantidades correspondientes al uso, goce o explotación de programas computacionales.¹⁶⁴

¹⁶³ Para esos efectos, el comprador deberá formular una declaración jurada ante el Servicio de Impuestos Internos, en la forma y plazo que éste determine en la cual, junto con individualizar al enajenante y a la sociedad cuyos derechos o acciones se enajenan, deberá señalar el valor patrimonial de dicha sociedad y cualquier otra información o antecedente relacionado con la operación, que exija dicho Servicio.

Con todo, el contribuyente o el agente retenedor en su nombre, podrán, en sustitución del impuesto adicional, optar por someterse al régimen de tributación que hubiera correspondido aplicar de haberse enajenado en el país las acciones o derechos sociales de la entidad establecida en Chile, y cuya posesión determina la afectación al referido tributo.

¹⁶⁴ Se entiende por tales programas, el conjunto de instrucciones para ser usados directa o indirectamente en un computador o procesador, a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidos en cassette, diskette, disco, cinta magnética u otro soporte material o medio, de acuerdo con la definición o especificaciones contempladas en la Ley Sobre Propiedad Intelectual. Vid., el artículo 59 de la LSIR.

En el caso de que ciertas regalías y asesorías sean calificadas de impro-ductivas o prescindibles para el desarrollo económico del país, el Presidente de la República, previo informe de la Corporación de Fomento de la Producción y del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile, podrá elevar la tasa de este impuesto hasta el 80%.¹⁶⁵

Para las cantidades que se paguen al exterior a productores y/o distribuidores extranjeros por materiales para ser exhibidos a través de proyecciones de cine y televisión, que no queden afectas a impuestos en virtud del artículo 58, numeral 1, de la LSIR tributarán con la tasa de 20% sobre el total de dichas cantidades, sin deducción alguna.

Para aquellas cantidades que se paguen por el uso de derechos de edición o de autor, estarán afectas a una tasa de 15%.

A lo anterior, es de mencionar que el impuesto adicional se aplica con tasa 35% respecto de las rentas que se paguen o abonen en cuenta a personas sin domicilio ni residencia en Chile por concepto de:

- Intereses. No obstante, estarán afectos a este impuesto, pero con una tasa del 4%, los intereses provenientes de depósitos en cuenta corriente y a plazo en moneda extranjera, efectuados en cualquiera de las instituciones autorizadas por el Banco Central de Chile para recibirlos; créditos otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales, así como por compañías de seguros y fondos de pensiones extranjeros que se encuentren acogidos a lo establecido en el artículo 18 bis de esta LSIR y su reglamento;¹⁶⁶ saldos de precios correspondientes a bienes internados al país con cobertura diferida o con sistema de cobranzas; bonos o debentures emitidos en moneda extranjera por empresas constituidas en Chile; bonos o debentures y demás títulos emitidos en moneda extranjera por el Estado de Chile o por el Banco Central de Chile; las Aceptaciones Bancarias Latinoamericanas ALADI (ABLAS) y otros beneficios que generen estos documentos; y los instrumentos de deuda de oferta pública a que

¹⁶⁵No obstante, la tasa de impuesto aplicable será de 30% cuando el acreedor o beneficiario de las regalías o remuneraciones se encuentren constituidos, domiciliados o residentes en alguno de los países que formen parte de la lista a que se refiere el artículo 41 D de la LSIR, o bien, cuando posean o participen en 10% o más del capital o de las utilidades del pagador o deudor, así como en el caso que se encuentren bajo un socio o accionista común que, directa o indirectamente, posea o participe en un 10% o más del capital o de las utilidades de uno u otro. El contribuyente local obligado a retener el impuesto deberá acreditar estas circunstancias y efectuar una declaración jurada, en la forma y plazo que establezca el Servicio de Impuestos Internos mediante resolución. Vid., el artículo 59 de la LSIR.

¹⁶⁶No obstante, no se gravarán con los impuestos de esta ley los intereses provenientes de los créditos a que se refiere el párrafo anterior, cuando el deudor sea una institución financiera constituida en el país y siempre que ésta hubiere utilizado dichos recursos para otorgar un crédito al exterior. Para estos efectos, la institución deberá informar al Servicio de Impuestos Internos, en la forma y plazo que éste señale, el total de los créditos otorgados al exterior con cargo a los recursos obtenidos mediante los créditos a que se refiere esta disposición.

se refiere el artículo 104 de la LSIR, los que se gravarán cuando se hayan devengado en la forma establecida en el número 2° del artículo 20 de la misma Ley. La tasa será de 35% sobre el exceso de endeudamiento, cuando se trate del pago, abono en cuenta o de intereses a entidades o personas relacionadas en créditos otorgados en un ejercicio en que existan tales excesos. Será condición para que exista dicho exceso, que el endeudamiento total por los conceptos señalados sea superior a tres veces el patrimonio del contribuyente en el ejercicio señalado. Para la aplicación de lo anterior deberán considerarse las reglas establecidas en el artículo 59 de la LSIR; y

- Remuneraciones por servicios prestados en el extranjero. No obstante, están exentas del impuesto las sumas pagadas en el exterior por fletes; por gastos de embarque y desembarque; por almacenaje, por pesaje, muestreo y análisis de los productos; por seguros y por operaciones de reaseguros que no sean de aquellos gravados en el número 3 del artículo 59 de la LSIR; comisiones; por telecomunicaciones internacionales; y por someter productos chilenos a fundición, refinación o a otros procesos especiales.¹⁶⁷ Igualmente, están exentas las sumas pagadas, en el caso de bienes y servicios exportables, por publicidad y promoción; por análisis de mercado; por investigación científica y tecnológica; y por asesorías y defensas legales ante autoridades administrativas, arbitrales o jurisdiccionales del país respectivo.¹⁶⁸ Por lo demás, el impuesto tendrá una tasa de 15% para las remuneraciones pagadas a personas naturales o jurídicas, por trabajos de ingeniería o técnicos y por aquellos servicios profesionales o técnicos que una persona o entidad concedora de una ciencia o técnica, presta a través de un consejo, informe o plano, sea que se presten en Chile o el exterior. Sin embargo, se aplicará una tasa de 20% si los acreedores o beneficiarios de las remuneraciones se encuentran en cualquiera de las circunstancias indicadas en la parte final del inciso primero del artículo 59 de la LSIR.

Es de añadir que:

- En primas de seguros contratados en compañías no establecidas en Chile que aseguren cualquier interés sobre bienes situados permanentemente en el país o la pérdida material en tierra sobre mercaderías sujetas al régimen de ad-

¹⁶⁷ Para gozar de esa exención será necesario que las respectivas operaciones sean informadas al Servicio de Impuestos Internos en el plazo que éste determine así como las condiciones de la operación, pudiendo este Servicio ejercer las mismas facultades que confiere el artículo 36, inciso primero.

¹⁶⁸ Para que proceda esta exención los servicios señalados deben guardar estricta relación con la exportación de bienes y servicios producidos en el país y los pagos correspondientes, considerarse razonables a juicio del Servicio de Impuestos Internos, debiendo para este efecto los contribuyentes comunicarlos, en la forma y plazo que fije el Director de dicho Servicio. En el caso que los pagos señalados los efectúen Asociaciones Gremiales que representen a los exportadores bastará, para que proceda la exención, que dichos pagos se efectúen con divisas de libre disponibilidad a que se refiere el inciso anterior, proporcionadas por los propios socios de tales entidades y que sean autorizados por el Servicio de Impuestos Internos, de acuerdo con las normas que al efecto imparta.

misión temporal o en tránsito en el territorio nacional, como también las primas de seguros de vida u otros del segundo grupo, sobre personas domiciliadas o residentes en Chile, contratados con las referidas compañías, la tasa del impuesto será del 22%. Se aplicará sobre el monto de la prima de seguro o de cada una de las cuotas en que se haya dividido la prima, sin deducción de suma alguna. Tratándose de reaseguros contratados con las compañías, el impuesto será de 2% y se calculará sobre el total de la prima cedida, sin deducción alguna. Están exentas del impuesto, las primas provenientes de seguros del casco y máquinas, excesos, fletes, desembolsos y otros propios de la actividad naviera, y los de aeronaves, fletes y otros, propios de la actividad de aeronavegación, como asimismo los seguros de protección e indemnización relativos a ambas actividades y los seguros y reaseguros, por créditos de exportación. Están también exentas del impuesto las remuneraciones o primas provenientes de fianzas, seguros y reaseguros que garanticen el pago de las obligaciones por los créditos o derechos de terceros, derivadas del financiamiento de las obras o por la emisión de títulos de deuda, relacionados con dicho financiamiento, de las empresas concesionarias de obras públicas a que se refiere el decreto supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas;

- En fletes marítimos, comisiones o participaciones en fletes marítimos desde o hacia puertos chilenos, y demás ingresos por servicios a las naves y a los cargamentos en puertos nacionales o extranjeros que sean necesarios para prestar dicho transporte, el impuesto será de 5% y se calculará sobre el monto total de los ingresos provenientes de las operaciones, sin deducción alguna.¹⁶⁹ El impuesto no se aplicará a ingresos generados por naves extranjeras, a condición de que en los países donde esas naves estén matriculadas, no exista un impuesto similar o se concedan iguales o análogas exenciones a las empresas navieras chilenas. Cuando la nave opere o pertenezca a una empresa naviera domiciliada en un país distinto de aquel en que se encuentra matriculada aquélla, el requisito de la reciprocidad se exigirá respecto de cada país. El impuesto tampoco se aplicará cuando los ingresos provenientes de la operación de naves se obtengan por una persona jurídica constituida o domiciliada en un país extranjero, o por una persona natural que sea nacional o residente de un país extranjero, cuando dicho país extranjero

¹⁶⁹El impuesto no se aplicará a ingresos generados por naves extranjeras, a condición de que, en los países donde esas naves estén matriculadas, no exista un impuesto similar o se concedan iguales o análogas exenciones a las empresas navieras chilenas. Cuando la nave opere o pertenezca a una empresa naviera domiciliada en un país distinto de aquel en que se encuentra matriculada aquélla, el requisito de la reciprocidad se exigirá respecto de cada país. El impuesto tampoco se aplicará cuando los ingresos provenientes de la operación de naves se obtengan por una persona jurídica constituida o domiciliada en un país extranjero, o por una persona natural que sea nacional o residente de un país extranjero, cuando dicho país extranjero conceda igual o análoga exención en reciprocidad a la persona jurídica constituida o domiciliada en Chile y a las personas naturales chilenas o residentes en el país. El Ministro de Hacienda, a petición de los interesados, calificará las circunstancias que acrediten el otorgamiento de la exención, pudiendo, cuando fuere pertinente, emitir el certificado de rigor. Vid., el artículo 59 de la LSIR.

conceda igual o análoga exención en reciprocidad a la persona jurídica constituida o domiciliada en Chile y a las personas naturales chilenas o residentes en el país. El Ministro de Hacienda, a petición de los interesados, calificará las circunstancias que acrediten el otorgamiento de la exención, pudiendo, cuando fuere pertinente, emitir el certificado de rigor;

- En Arrendamiento, subarrendamiento, fletamento, subfletamento, usufructo o cualquier otra forma de cesión del uso o goce temporal de naves extranjeras que se destinen o utilicen en servicios de cabotaje o cuando los contratos respectivos permitan o no prohíban utilizar la nave para el cabotaje, se pagará el impuesto con tasa de 20%. No se considerará cabotaje al transporte de contenedores vacíos entre puntos del territorio nacional;¹⁷⁰ y
- En cantidades que pague el arrendatario en cumplimiento de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra de un bien de capital importado, susceptible de acogerse a sistema de pago diferido de tributos aduaneros, se pagará el impuesto con tasa de 35%.

Ahora bien, las personas naturales extranjeras que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades o personas jurídicas constituidas fuera del país, incluso las que se constituyan con arreglo a las leyes chilenas, que perciban o devenguen rentas de fuentes chilenas que no se encuentren afectas a impuesto de acuerdo con las normas de los artículos 58 y 59 de la LSIR, pagan respecto de ellas un impuesto adicional de 35%.¹⁷¹ No obstante, la citada tasa es de 20% cuando se trate de remuneraciones provenientes exclusivamente del trabajo o habilidad de personas, percibidas por las personas naturales extranjeras, cuando éstas hubieren desarrollado en Chile actividades científicas, culturales o deportivas; y¹⁷²

Además, los chilenos que residan en el extranjero y no tengan domicilio en Chile, pagan un impuesto adicional del 35% sobre el conjunto de las rentas imponibles de las distintas categorías a que están afectas.¹⁷³

¹⁷⁰El impuesto no se aplicará a las sumas pagadas o abonadas en cuenta por los conceptos señalados, en el caso de naves que se reputen chilenas en conformidad al artículo 6° del decreto ley N° 3.059, de 1979 con excepción de las indicadas en su inciso tercero. Sin embargo, si dentro del plazo estipulado en dicho artículo 6°, no se opta por la compra ni se celebra el contrato prometido o se pone término anticipado al contrato sin ejercitar dicha opción o celebrar el contrato prometido, se devengará el impuesto con tasa del 20%, por las sumas pagadas o abonadas en cuenta por el arrendamiento, el que deberá pagarse dentro del mes siguiente a aquel en que venció el plazo para ejercitar la opción o celebrar el contrato prometido o aquel en que se puso término anticipado al contrato. Los impuestos que resulten adeudados se reajustarán en la variación que experimente la unidad tributaria mensual, entre el mes en que se devengaron y el mes en que efectivamente se paguen. Vid., el artículo 59 de la LSIR.

¹⁷¹Vid., el artículo 60 de la LSIR.

¹⁷²Este impuesto deberá ser retenido y pagado antes de que dichas personas se ausenten del país, por quien o quienes contrataron sus servicios.

¹⁷³Este gravamen no será aplicable a las personas referidas en el artículo 8° de la LSIR. Además, los contribuyentes que hubieran pagado los impuestos establecidos en el N° 2 del artículo 58 o en el artículo 59 de la LSIR, por cantidades que deban quedar afectas al impuesto adicional, podrán abonar dichos impuestos al que deba aplicarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la LSIR.

A lo antes dicho, es de anotar que en el impuesto en comento:

- Para determinar la renta imponible se suman las rentas imponibles de las distintas categorías y se incluyen también aquéllas exentas, exceptuando las rentas gravadas con el impuesto del numeral 1 del artículo 43 de la LSIR;¹⁷⁴

- Tratándose de socios de sociedades de personas, se comprenden en la renta imponible todos los ingresos, beneficios, utilidades o participaciones obtenidos en la respectiva sociedad, cuando hayan sido retiradas de la empresa o remesadas al exterior, siempre que no estén excepcionadas por el artículo 17 de la LSIR, a menos que deban formar parte de los ingresos brutos de la sociedad de conformidad al artículo 29 de esa misma Ley; y

- Puede deducirse de la renta imponible, el impuesto de Primera Categoría y la contribución territorial pagados, comprendidos en las cantidades declaradas; y

Finalmente, es de mencionar que a los contribuyentes del impuesto adicional se les otorga un crédito equivalente al monto que resulte de aplicar a las cantidades gravadas conforme a los artículos 58, 60 inciso primero y 61 de la LSIR, la misma tasa de primera categoría que las afectó.¹⁷⁵

2.3.1.4.2 Impuesto Específico que afecta a la Renta Operacional de la Actividad Minera

Este impuesto se encuentra regulado en los artículos 64 bis y 64 ter de la LSIR, así como por la Circular 55 del año 2005.

Se trata de un impuesto específico a la renta operacional de la actividad minera obtenida por un explotador minero, dependiendo de las toneladas que se produzcan y comercialicen a terceros. Para esos efectos, se entiende por:¹⁷⁶

- Explotador minero, toda persona natural o jurídica que extraiga sustancias minerales de carácter concesible y las venda en cualquier estado productivo en que se encuentren;

¹⁷⁴ Vid., el artículo 62 de la LSIR.

¹⁷⁵ De igual crédito gozarán los contribuyentes afectos al impuesto adicional sobre aquella parte de sus rentas de fuente chilena que les corresponda como socio o accionista de sociedades, por las cantidades obtenidas por éstas en su calidad de socias o accionistas de otras sociedades. Vid., el artículo 63 de la LSIR.

¹⁷⁶ Vid., el artículo 64 bis de la LSIR

- Producto minero, la sustancia mineral de carácter concesible ya extraída, haya o no sido objeto de beneficio, en cualquier estado productivo en que se encuentre;

- Venta, todo acto jurídico celebrado por el explotador minero que tenga por finalidad o pueda producir el efecto de transferir la propiedad de un producto minero;

- Ingresos operacionales mineros, todos los ingresos determinados de conformidad a lo establecido en el artículo 29 de la LSIR, deducidos todos aquellos ingresos que no provengan directamente de la venta de productos mineros, con excepción de los conceptos señalados en la letra e) del número 3) del artículo 64 ter, de esta misma LSIR;

- Renta imponible operacional minera, corresponde a la renta líquida imponible del contribuyente con los ajustes contemplados en el artículo 64 ter de la LSIR; y

- Margen operacional minero, el cociente, multiplicado por cien, que resulte de dividir la renta imponible operacional minera por los ingresos operacionales mineros del contribuyente.

De conformidad con el artículo 64 bis de la LSIR, el impuesto se aplica a la renta imponible operacional minera del explotador minero de acuerdo a lo siguiente:

a) Aquellos explotadores mineros cuyas ventas anuales determinadas de acuerdo a la letra d) de este artículo, sean iguales o inferiores al valor equivalente a 12.000 toneladas métricas de cobre fino, no estarán afectos al impuesto.

b) A aquellos explotadores mineros cuyas ventas anuales determinadas de acuerdo con la letra d), sean iguales o inferiores al valor equivalente a 50.000 toneladas métricas de cobre fino y superiores al valor equivalente a 12.000 toneladas métricas de cobre fino, se les aplicará una tasa equivalente al promedio por tonelada de lo que resulte de aplicar lo siguiente:

i) Sobre la parte que exceda al valor equivalente a 12.000 toneladas métricas de cobre fino y no sobrepase el equivalente a 15.000 toneladas métricas de cobre fino, 0,5%;

ii) Sobre la parte que exceda al valor equivalente a 15.000 toneladas métricas de cobre fino y no sobrepase el equivalente a 20.000 toneladas métricas de cobre fino, 1%;

iii) Sobre la parte que exceda al valor equivalente a 20.000 toneladas métricas de cobre fino y no sobrepase el equivalente a 25.000 toneladas métricas de cobre fino, 1,5%;

iv) Sobre la parte que exceda al valor equivalente a 25.000 toneladas métricas de cobre fino y no sobrepase el equivalente a 30.000 toneladas métricas de cobre fino, 2%;

v) Sobre la parte que exceda al valor equivalente a 30.000 toneladas métricas de cobre fino y no sobrepase el equivalente a 35.000 toneladas métricas de cobre fino, 2,5%;

vi) Sobre la parte que exceda al valor equivalente a 35.000 toneladas métricas de cobre fino y no sobrepase el equivalente a 40.000 toneladas métricas de cobre fino, 3%, y

vii) Sobre la parte que exceda al valor equivalente a 40.000 toneladas métricas de cobre fino, 4,5%.

c) A aquellos explotadores mineros cuyas ventas anuales determinadas de acuerdo con la letra d) de este artículo, excedan al valor equivalente a 50.000 toneladas métricas de cobre fino, se les aplicará la tasa correspondiente al margen operacional minero del respectivo ejercicio, de acuerdo a la siguiente tabla:

i) Si el margen operacional minero es igual o inferior a 35, la tasa aplicable ascenderá a 5%;

ii) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 35 y no sobrepase de 40 la tasa aplicable ascenderá a 8%;

iii) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 40 y no sobrepase de 45 la tasa aplicable ascenderá a 10,5%;

iv) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 45 y no sobrepase de 50 la tasa aplicable ascenderá a 13%;

v) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 50 y no sobrepase de 55 la tasa aplicable ascenderá a 15,5%;

vi) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 55 y no sobrepase de 60 la tasa aplicable ascenderá a 18%;

vii) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 60 y no sobrepase de 65 la tasa aplicable ascenderá a 21%;

viii) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 65 y no sobrepase de 70 la tasa aplicable ascenderá a 24%;

ix) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 70 y no sobrepase de 75 la tasa aplicable ascenderá a 27,5%;

x) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 75 y no sobrepase de 80 la tasa aplicable ascenderá a 31%;

xi) Sobre la parte del margen operacional minero que exceda de 80 y no sobrepase de 85 la tasa aplicable ascenderá a 34,5%, y

xii) Si el margen operacional minero excede de 85 la tasa aplicable será de 14%.

d) Para los efectos de determinar el régimen tributario aplicable, se deberá considerar el valor total de venta de los productos mineros del conjunto de personas relacionadas con el explotador minero, que puedan ser considerados explotadores mineros de acuerdo al numeral 1), del inciso segundo, del presente artículo y que realicen dichas ventas.

A lo anterior, es de mencionar que el valor de una tonelada métrica de cobre fino se determina de acuerdo al valor promedio del precio contado que el cobre Grado A haya presentado durante el ejercicio respectivo en la Bolsa de Metales de Londres, el cual será publicado, en moneda nacional, por la Comisión Chilena del Cobre dentro de los primeros 30 días de cada año.¹⁷⁷

Finalmente, en lo que respecta a la renta imponible operacional minera, es de añadir que, según el artículo 64 ter de la LSIR, se entiende que es la que resulte de efectuar los siguientes ajustes a la renta líquida imponible determinada en los artículos 29 a 33 de la propia LSIR:

- Deducir todos aquellos ingresos que no provengan directamente de la venta de productos mineros;
- Agregar los gastos y costos necesarios para producir los ingresos que no provengan directamente de la venta de productos mineros. Deberán, asimismo, agregarse los gastos de imputación común del explotador minero que no sean asignables exclusivamente a un determinado tipo de ingresos, en la misma proporción que representen los ingresos que no provengan directamente de la venta de productos mineros, respecto del total de los ingresos brutos del explotador minero;
- Agregar, en caso que se hayan deducido, las siguientes partidas contenidas en el artículo 31 de la LSIR: a) los intereses referidos en el número 1°, de dicho artículo; b) las pérdidas de ejercicios anteriores a que hace referencia el número 3° del referido artículo; c) el cargo por depreciación acelerada; d) la diferencia, de existir, que se produzca entre la deducción de gastos de organización y puesta en marcha, a que se refiere el número 9° del artículo 31, amortizados en un plazo inferior a seis años y la proporción que hubiese correspondido deducir por la amortización de dichos gastos en partes iguales, en el plazo de seis años. La diferencia que resulte de aplicar lo dispuesto en esta letra, se amortizará en el tiempo que reste para completar, en cada caso, los seis ejercicios; y e) la contra-

¹⁷⁷Vid., el artículo 64 bis de la LSIR.

prestación que se pague en virtud de un contrato de avío, compraventa de minerales, arrendamiento o usufructo de una pertenencia minera, o cualquier otro que tenga su origen en la entrega de la explotación de un yacimiento minero a un tercero. También deberá agregarse aquella parte del precio de la compraventa de una pertenencia minera que haya sido pactado como un porcentaje de las ventas de productos mineros o de las utilidades del comprador; y

- Deducir la cuota anual de depreciación por los bienes físicos del activo inmovilizado que hubiere correspondido de no aplicarse el régimen de depreciación acelerada.

A ello, es de añadir que de conformidad con lo establecido en los artículos 64 del Código Tributario y 38 de la LSIR, en caso de existir ventas de productos mineros del explotador minero a personas relacionadas residentes o domiciliadas en Chile, para los efectos de determinar el régimen tributario, la tasa, exención y la base del impuesto, el Servicio de Impuestos Internos podrá impugnar los precios utilizados en dichas ventas.¹⁷⁸

2.3.2 Impuesto a las Ventas y Servicios (IVA)

En Chile, el IVA es el principal en la estructura tributaria. Se paga cotidianamente y aporta alrededor del 40% de la recaudación total. Tal impuesto, se encuentra esencialmente establecido por la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (LIVA).¹⁷⁹

El IVA es un impuesto indirecto y es general -no específico o selectivo-, porque es aplicable a todos los bienes y servicios. No es acumulativo y es periódico, porque se debe cancelar en forma mensual, con vencimiento los días 12 de cada mes, para las declaraciones sujetas a pago (si la declaración se realiza por medios electrónicos y no constituyen el pago, el plazo puede ser hasta el 28 de cada mes).¹⁸⁰

A ello, es de apuntar que las reformas tributarias llevadas a cabo en Chile, en los 70s y 80s, avanzaron de manera significativa en materia del IVA. Ello, porque en el ámbito de los impuestos indirectos, se emigró desde el impuesto a las ventas de múltiples etapas -o impuesto en cascada- hacia el impuesto al valor agregado. La razón es que el primero distorsionaba los precios de los productos,

¹⁸⁰En el caso, el Servicio de Impuestos Internos deberá fundamentar su decisión considerando los precios de referencia de productos mineros que determine la Comisión Chilena del Cobre de acuerdo a sus facultades legales. Vid., el artículo 64 ter de la LSIR.

¹⁷⁹Vid., la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, contenida en el Decreto Ley N° 1.606, publicado en el Diario Oficial de 3 de Diciembre de 1976, actualizado hasta el 27 de enero de 2011.

¹⁸⁰Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

¹⁸⁰Vid., el artículo 58 bis de la LSIR.

encareciendo aquellos que en su elaboración requieren de más etapas productivas. El IVA en cambio es un impuesto neutral, puesto que grava con la misma tasa efectiva a todos los bienes y servicios consumidos.¹⁸¹

Desde 1974 cuando se introdujo el IVA en Chile, se ha ido avanzando progresivamente en materia de eliminación de exenciones y regímenes especiales. Así, el IVA chileno tiene el atributo de simplicidad.¹⁸²

Hoy el IVA es el impuesto principal al consumo, y grava con una tasa única del 19% sobre la base imponible.¹⁸³

A eso, es de indicar, por ejemplo, que en los 80s, la tasa del IVA era de un 20%, pero en el período de 1988-1990 hubo una disminución, quedando en un 16%. Tal descenso fue resultado de una serie de reducciones de impuestos, efectuados en una época de bonanza fiscal y previa al plebiscito de 1989.

Después, a mediados de los 90s, la tasa del IVA pasó del 16% al 18%.¹⁸⁴ Más adelante, por la Ley N° 19.888 de 13 de agosto del 2003, se elevó al 19%, a contar del 1 de octubre de ese año.

Y aunque se suponía que a partir del 1 de enero del 2007 la tasa regresaría al 18%, continúa en el mismo 19% hasta la actualidad.

Ahora bien, para los efectos del IVA, y en términos de la ley que lo regla, se entiende:¹⁸⁵

- Por “venta”, toda convención independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles, bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora construidos totalmente por ella o que en parte hayan sido construidos por un tercero para ella, de una cuota de dominio sobre dichos bienes o de derechos reales constituidos sobre ellos, como, asimismo, todo acto o contrato que conduzca al mismo fin o que la LIVA equipare a venta;

¹⁸¹ Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

¹⁸² Vid., JORRATT, Michael y BARRA, Patricio, Un análisis del sistema tributario chileno, Op. Cit., p. 25.

¹⁸³ Vid., el artículo 14 de la LIVA.

¹⁸⁴ La estructura legal del IVA en Chile 1996 tenía una tasa general de 18% que gravaba las operaciones de compraventa de bienes y la prestación de servicios de la economía. La tasa de 18% de Chile era superior al promedio de tasas de IVA de varios países, entre ellos, Reino Unido (17.5), Israel (17.0), Portugal (17.0), España (16.0), Colombia (16.0), Alemania (15.0), México (15.0), Sudáfrica (14.0), Bolivia (13.0), Nueva Zelanda (12.5), Corea (10.0), Ecuador (10.0), Filipinas (10.0), Indonesia (10.0), Paraguay (10.0), Guatemala (10.0), Canadá (7.0), Honduras (7.0), Panamá (5.0), Japón (5.0) y Singapur (3.0). No obstante, a nivel latinoamericano, la tasa general del IVA en algunos países como Uruguay (23%) y Argentina (21%) era más elevada que la de Chile. Vid., JORRATT, Michael y BARRA, Patricio, Un análisis del sistema tributario chileno, Op. Cit., p. 11.

¹⁸⁵ Vid., el artículo 2 de la LIVA.

- Por “servicio”, la acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe un interés, prima, comisión o cualquier otra forma de remuneración, siempre que provenga del ejercicio de las actividades comprendidas en los números 3 y 4, del artículo 20, de la LSIR;

- Por “vendedor”, cualquier persona natural o jurídica, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que se dedique en forma habitual a la venta de bienes corporales muebles, sean ellos de su propia producción o adquiridos de terceros. Asimismo, se considera vendedor a la empresa constructora, entendiéndose por tal a cualquier persona natural o jurídica, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que se dedique en forma habitual a la venta de bienes corporales inmuebles de su propiedad, construidos totalmente por ella o que en parte hayan sido construidos por un tercero para ella.¹⁸⁶ También se considera “vendedor” al productor, fabricante o empresa constructora que venda materias primas o insumos que, por cualquier causa, no utilice en sus procesos productivos;

- Por “prestador de servicios”, cualquier persona natural o jurídica, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que preste servicios en forma habitual o esporádica; y

- Por “período tributario”, un mes calendario, salvo que la LIVA o la Dirección Nacional de Impuestos Internos señale otro diferente.¹⁸⁷

Asimismo, para los efectos del IVA, y en términos de la LIVA:¹⁸⁸

- Son contribuyentes las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en la LIVA;

- En el caso de las comunidades y sociedades de hecho, los comuneros y socios serán solidariamente responsables de todas las obligaciones de la LIVA que afecten a la respectiva comunidad o sociedad de hecho;

¹⁸⁶ Corresponde al Servicio de Impuestos Internos calificar, a su juicio exclusivo, la habitualidad.

¹⁸⁷ Los contribuyentes del IVA deben declarar y pagar el impuesto devengado en el respectivo mes calendario, hasta el día doce del mes calendario siguiente. Es un impuesto de declaración y pago simultáneo. Vid., Descripción General de los Impuestos aplicados en Chile, Op. Cit.

¹⁸⁸ Vid., el artículo 3 de la LIVA.

- El tributo afecta al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión en los casos que lo determine la LIVA o las normas generales que dicte la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Inter-nos, a su juicio exclusivo;¹⁸⁹
- Están gravadas las ventas de bienes corporales muebles e inmuebles ubicados en territorio nacional chileno, independientemente del lugar en que se celebre la convención respectiva;¹⁹⁰ y
- Están gravados los servicios prestados o utilizados en el territorio nacional chileno, sea que la remuneración correspondiente se pague o perciba en Chile o en el extranjero.¹⁹¹

El IVA también afecta al Fisco, a instituciones semifiscales, a los organismos de administración autónoma, a municipales y a las empresas de todos ellos, o en que ellos tengan participación, aun en los casos en que las leyes por los que se rijan los eximan de toda clase de impuestos o contribuciones, presentes o futuros.¹⁹²

El IVA se aplica sin perjuicio de los tributos especiales contemplados en otras leyes que gravan la venta, producción o importación de determinados productos o mercaderías o la prestación de ciertos servicios.¹⁹³

¹⁸⁹En virtud de esa facultad, la Dirección referida puede disponer el cambio de sujeto del tributo también sólo por una parte de la tasa del impuesto, y autorizar a los vendedores o prestadores de servicios, que no puedan recuperar oportunamente sus créditos fiscales, a imputar el respectivo impuesto soportado o pagado a cualquier otro impuesto fiscal incluso de retención o de recargo que deban pagar por el mismo período tributario, a darle el carácter de pago provisional mensual de la LSIR, o a que les sea devuelto por el Servicio de Tesorerías en el plazo de 30 días de presentada la solicitud, la cual deberá formularse dentro del mes siguiente al de la retención del tributo efectuada por el adquirente o beneficiario del servicio; pero en todos los casos hasta el monto del débito fiscal correspondiente. Igualmente, la citada Dirección puede determinar que las obligaciones que afecten a los contribuyentes correspondan a un vendedor o prestador del servicio, o al mandatario, también respecto del impuesto que debe recargar el adquirente o beneficiario, por las ventas o servicios que estos últimos a su vez efectúen o presten a terceros cuando se trate de contribuyentes de difícil fiscalización. La referida Dirección podrá, igualmente, para los efectos de la aplicación del IVA, determinar la base imponible correspondiente a la transferencia o prestación de servicio que efectúe el adquirente o beneficiario, cuando se trate de especies no sujetas al régimen de fijación de precios. Asimismo, a su juicio exclusivo, podrá imponer a los vendedores o prestadores de servicios exentos, la obligación de retener, declarar y pagar el tributo que corresponda a los adquirentes afectos o a determinadas personas que importen desde los recintos de Zonas Francas. Vid., el artículo 3 de la LIVA.

¹⁹⁰Para esos efectos, se entenderán ubicados en territorio nacional, aun cuando al tiempo de celebrarse la convención se encuentren transitoriamente fuera de él, los bienes cuya inscripción, matrícula, patente o padrón hayan sido otorgados en Chile. Asimismo, se entenderán ubicados en territorio nacional chileno los bienes corporales muebles adquiridos por una persona que no tenga el carácter de vendedor o de prestador de servicios, cuando a la fecha en que se celebre el contrato de compraventa, los respectivos bienes ya se encuentren embarcados en el país de procedencia. Vid., el artículo 4 de la LIVA.

¹⁹¹Se entiende que el servicio es prestado en el territorio nacional cuando la actividad que genera el servicio es desarrollada en Chile, independientemente del lugar donde éste se utilice. Vid., el artículo 5 de la LIVA.

¹⁹²Vid., el artículo 6 de la LIVA.

¹⁹³Vid., el artículo 7 de la LIVA.

Para los efectos del IVA, la ley que lo rige considera ventas y servicios (hecho imponible) a los siguientes:¹⁹⁴

- Las importaciones, sea que tengan o no el carácter de habituales;¹⁹⁵
- Los aportes a sociedades y otras transferencias de dominio de bienes corporales muebles, efectuados por vendedores, que se produzcan con ocasión de la constitución, ampliación o modificación de sociedades, en la forma que lo determine, a su juicio exclusivo, la Dirección Nacional de Impuestos Internos;
- Las adjudicaciones de bienes corporales muebles de su giro, realizadas en liquidaciones de sociedades civiles y comerciales;¹⁹⁶
- Los retiros de bienes corporales muebles efectuados por un vendedor o por el dueño, socios, directores o empleados de la empresa, para su uso o consumo personal o de su familia, ya sean de su propia producción o comprados para la reventa, o para la prestación de servicios, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la empresa;¹⁹⁷
- Los contratos de instalación o confección de especialidades y los contratos generales de construcción;
- La venta de establecimientos de comercio y, en general la de cualquier otra universalidad que comprenda bienes corporales muebles de su giro;¹⁹⁸

¹⁹⁵Vid., el artículo 8 de la LIVA.

¹⁹⁶La LIVA considera venta la primera enajenación de los vehículos automóviles importados al amparo de las partidas del Capítulo o del Arancel Aduanero chileno, en cuya virtud gozan de exención total o parcial de derechos e impuestos con respecto a los que les afectarían en el régimen general. Asimismo, indica que los Notarios no podrán autorizar ningún documento ni las firmas puestas en él, tratándose de un contrato afecto al impuesto que grava la operación referida, sin que se les acredite previamente el pago del mismo, debiendo dejar constancia de este hecho en el instrumento respectivo. A su vez, el Servicio de Registro Civil e Identificación no inscribirá en su Registro de Vehículos Motorizados ninguna transferencia de los vehículos señalados, si no constare, en el Título respectivo, el hecho de haberse pagado el impuesto. Vid., el artículo 8, inciso a), de la LIVA.

¹⁹⁶Igual norma se aplica respecto de las sociedades de hecho y comunidades, salvo las comunidades hereditarias y provenientes de la disolución de la sociedad conyugal.

En la liquidación de sociedades que sean empresas constructoras, de comunidades que no sean hereditarias ni provengan de la disolución de la sociedad conyugal y de cooperativas de vivienda, también se considera venta la adjudicación de bienes corporales inmuebles construidos total o parcialmente por la sociedad, comunidad o cooperativa. Vid., el artículo 8, inciso c), de la LIVA.

¹⁹⁷Para esos efectos, la LIVA considera retirados para su uso o consumo propio todos los bienes que faltaren en los inventarios del vendedor o prestador de servicios y cuya salida de la empresa no pudiere justificarse con documentación fehaciente, salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor, calificados por el Servicio de Impuestos Internos, u otros que determine el Reglamento de la LIVA. Igualmente, se consideran como ventas los retiros de bienes corporales muebles destinados a rifas y sorteos, aun a título gratuito, sean o no de su giro, efectuados con fines promocionales o de propaganda por los vendedores afectos al IVA. Esto mismo es aplicable a toda entrega o distribución gratuita de bienes corporales muebles que los vendedores efectúen con iguales fines. Vid., el artículo 8, inciso d), de la LIVA.

¹⁹⁸Ese tributo no se aplica a la cesión del derecho de herencia. Vid., el artículo 8, inciso f), de la LIVA.

- El arrendamiento, subarrendamiento, usufructo o cualquiera otra forma de cesión del uso o goce temporal de bienes corporales muebles, inmuebles amueblados, inmuebles con instalaciones o maquinarias que permitan el ejercicio de alguna actividad comercial o industrial y de todo tipo de establecimientos de comercio;

- El arrendamiento, subarrendamiento o cualquier otra forma de cesión del uso o goce temporal de marcas, patentes de invención, procedimientos o fórmulas industriales y otras prestaciones similares;

- El estacionamiento de automóviles y otros vehículos en playas de estacionamiento u otros lugares destinados a dicho fin;

- Las primas de seguros de las cooperativas de servicios de seguros, sin perjuicio de las exenciones contenidas en la propia LIVA;

- Los aportes y otras transferencias, retiros y ventas de establecimientos de comercio y otras universalidades, que comprendan o recaigan sobre bienes corporales inmuebles del giro de una empresa constructora;

- Las promesas de venta de bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora de su giro y los contratos de arriendo con opción de compra que celebren estas empresas respecto de los inmuebles señalados y las comunidades por inmuebles construidos total o parcialmente por ellas. Para los efectos de la aplicación de la LIVA, estos últimos contratos se asimilan en todo a las promesas de venta; y

- La venta de bienes corporales muebles que realicen las empresas antes de que haya terminado su vida útil normal. La venta de bienes corporales inmuebles o de establecimientos de comercio, cuando ella se efectúe antes de doce meses contados desde su adquisición, inicio de actividades o construcción según corresponda.

En cuanto al momento en que se devenga el IVA, es de advertir que:¹⁹⁹

- En las ventas de bienes corporales muebles y prestaciones de servicios, ese momento es la fecha de emisión de la factura o boleta;

- En la venta de bienes corporales muebles, en caso que la entrega de las especies sea anterior a dicha fecha o bien, cuando por la naturaleza del acto que da origen a la transferencia no se emitan dichos documentos, el impuesto se devenga en la fecha de la entrega real o simbólica de las especies;

¹⁹⁹ Vid., el artículo 9 de la LIVA.

- En las prestaciones de servicios, si no se hubieren emitido facturas o boletas, según corresponda, o no correspondiere emitir las, el tributo se devenga en la fecha en que la remuneración se perciba o se ponga, en cualquier forma, a disposición del prestador del servicio;
- En las importaciones, el impuesto se devenga al momento de consumarse legalmente la importación o tramitarse totalmente la importación condicional;²⁰⁰
- En los retiros de bienes corporales muebles efectuados por un vendedor o por el dueño, socios, directores o empleados de la empresa, para su uso o consumo personal o de su familia, ya sean de su propia producción o comprados para la reventa, o para la prestación de servicios, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la empresa, el IVA se devenga en el momento del retiro del bien respectivo;
- Cuando se trate de intereses o reajustes pactados por los saldos a cobrar, a medida que el monto de dichos intereses o reajustes sean exigibles o a la fecha de su percepción, si ésta fuere anterior, el impuesto que afecte a los mencionados intereses o reajustes, se pagará hasta el día 12 de cada mes, por los impuestos devengados en el mes anterior;
- En las prestaciones de servicios periódicos, se devenga el impuesto al término de cada período fijado para el pago del precio. Sin embargo, tratándose de los suministros y servicios domiciliarios periódicos mensuales de gas de combustible, energía eléctrica, telefónicos y de agua potable, el impuesto se devenga al término de cada período fijado para el pago del precio, independiente del hecho de su cancelación;²⁰¹ y
- En los contratos de instalación o confección de especialidades y los contratos generales de construcción, así como en las ventas o promesas de venta de bienes corporales inmuebles, el IVA se devenga en el momento de emitirse la o las facturas.

En lo que atañe al sujeto pasivo del IVA, es de hacer notar que afecta al vendedor, sea que celebre una convención que la ley defina como venta o equipare a venta.

²⁰²Al respecto, la LIVA dispone que las Aduanas no autorizarán el retiro de los bienes del recinto aduanero sin que se le acredite previamente la cancelación del respectivo tributo, salvo en el caso de las importaciones con cobertura diferida. Asimismo, manda que las especies que ingresen a Chile acogidas a regímenes aduaneros especiales causarán, al momento de quedar a la libre disposición de sus dueños, el impuesto que corresponda por la diferencia de base imponible que se produzca, salvo en el caso de las importaciones a que se refiere la letra B del artículo 12° de la propia LIVA.

²⁰¹También se aplicará esa regla a los servicios periódicos mensuales de alcantarillado, siempre que éstos, por disposición legal o reglamentaria, usen el procedimiento de cobranza establecido para los suministros y servicios domiciliarios referidos. Vid., el artículo 9, inciso e), de la LIVA.

El IVA, igualmente, afecta a quien realice la prestación en aquellas operaciones definidas como servicios o que la ley equipare a tales:²⁰²

En específico, en la legislación chilena considera como sujetos del IVA:

- El importador, habitual o no;
- El comprador o adquirente, cuando el vendedor o enajenante no tenga residencia en Chile, o se trate de la primera enajenación de los vehículos automóviles importados al amparo de las partidas del Capítulo o del Arancel Aduanero;
- La sociedad o la comunidad, en las adjudicaciones de bienes corporales muebles de su giro, realizadas en liquidaciones de sociedades civiles y comerciales (pero cada socio o comunero será solidariamente responsable del pago del tributo en la parte correspondiente a los bienes que le sean adjudicados);²⁰³
- El aportante, en el caso de aportes a sociedades;
- El beneficiario del servicio, si la persona que efectúa la prestación reside en el extranjero;
- Los contratistas o subcontratistas, en el caso de los contratos de instalación o confección de especialidades y los contratos generales de construcción; y
- El comprador o el beneficiario del servicio, cuando reciba del vendedor o del prestador, según corresponda, por ventas y servicios gravados con IVA, facturas de inicio, de acuerdo a lo señalado en el Código Tributario.

La LIVA prevé casos exentos del tributo, a saber:²⁰⁴

- Las ventas y demás operaciones que recaigan sobre los siguientes bienes: los vehículos motorizados usados, con las salvedades establecidas en la ley; las especies transferidas a título de regalía a los trabajadores por sus respectivos empleadores, de conformidad con las disposiciones reglamentarias respectivas; y las materias primas nacionales, en los casos en que así lo declare por resolución fundada la Dirección de Impuestos Internos, siempre que dichas materias primas estén destinadas a la producción, elaboración o fabricación de especies destinadas a la exportación;²⁰⁵

²⁰²Vid., el artículo 10 de la LIVA.

²⁰³Igual norma se aplicará respecto de las sociedades de hecho y comunidades, salvo las comunidades hereditarias y provenientes de la disolución de la sociedad conyugal.

²⁰⁴Vid., el artículo 12 de la LIVA.

²⁰⁵Sólo pueden acogerse a esa norma de excepción los contribuyentes que adquieran las materias primas de personas que no emitan facturas o de proveedores que, en forma previa, renuncien expresamente al crédito fiscal que originarían tales transferencias si quedaran afectas al IVA.

- Las importaciones que constituyan donaciones y socorros calificados como tales a juicio exclusivo del Servicio Nacional de Aduanas, destinadas a corporaciones y fundaciones y a las Universidades;²⁰⁶

- La importación de las especies efectuadas por:

a) El Ministerio de Defensa Nacional; el Estado Mayor de la Defensa Nacional; las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile; y la Policía de Investigaciones de Chile, como también las instituciones y empresas dependientes de ellas o que se relacionen con el Presidente de la República por su intermedio, y que desarrollen funciones relativas a la defensa nacional, resguardo del orden y seguridad pública, siempre que correspondan a maquinaria bélica; vehículos de uso militar o policial excluidos los automóviles, camionetas y buses; armamento y sus municiones; elementos o partes para fabricación, integración, mantenimiento, reparación, mejoramiento o armadura de maquinaria bélica y armamentos; sus repuestos, combustibles y lubricantes, y equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente utilizados exclusivamente para sistemas de comando, de control, de comunicaciones, computacionales y de inteligencia;²⁰⁷

b) Las representaciones de naciones extranjeras acreditadas en Chile; las instituciones u organismos internacionales a que Chile pertenezca, y los diplomáticos y funcionarios internacionales, de acuerdo con los convenios suscritos por Chile;

c) Los pasajeros, cuando las referidas especies constituyan equipaje de viajeros, compuesto de efectos nuevos o usados, siempre que estas especies estén exentas de derechos aduaneros;

d) Los funcionarios o empleados del Gobierno chileno que presten servicios en el exterior y por inmigrantes, siempre que dichas especies consistan en efectos personales, menaje de casa, equipo y herramientas de trabajo, cuando no se requieran para todas ellas el respectivo registro de importación, planilla de venta de cambios para importación, u otro documento que lo sustituya;

e) Los tripulantes de naves, aeronaves y otros vehículos, cuando las aludidas especies constituyan equipaje de viajeros, compuesto de efectos nuevos o usados, siempre que estas especies se encuentren exentas de derechos aduaneros;

f) Los pasajeros y residentes procedentes de zona de régimen aduanero especial que se acojan a los artículos 23° y 35° de la Ley número 13.039;

²⁰⁶ Para estos efectos, corresponderá al donatario acompañar los antecedentes que justifiquen la exención.

²⁰⁷ Asimismo, están exentas del IVA respecto de las partes o piezas nacionales o nacionalizadas utilizadas en la fabricación o armadura de los bienes señalados, en su ingreso o reingreso desde las Zonas Francas al resto del país.

g) Las instituciones u organismos que se encuentren exentos de impuesto en virtud de un tratado internacional ratificado por el Gobierno de Chile;

h) Los productores, en los casos que así lo declare la Dirección de Impuestos Internos por resolución fundada, y siempre que se trate de materias primas que estén destinadas a la producción, elaboración o fabricación de especies destinadas a la exportación;

i) Los inversionistas y las empresas receptoras por el monto de la inversión efectivamente recibida en calidad de aporte;²⁰⁸

j) Las bases ubicadas en el Territorio Antártico Chileno, las personas que en forma permanente o temporal realicen trabajos en ellas o las expediciones antárticas, siempre que las importaciones respectivas se acojan a la Partida 00.34 del Capítulo o del Arancel Aduanero;

k) Los viajeros que se acojan a las Subpartidas 0009.0200, 0009.0300, 0009.04 y 0009.05, con excepción del ítem 0009.8900, del Arancel Aduanero; y

l) Los artistas nacionales respecto de las obras ejecutadas por ellos y que se acojan a la partida 00.35 del capítulo o del Arancel Aduanero.

- Las importaciones que constituyan premios o trofeos culturales o deportivos, sin carácter comercial, y aquéllas que cumplan con las condiciones previstas en la posición 00.23 del Arancel Aduanero;

- Las importaciones que constituyan premios y donaciones realizadas al amparo de la Subpartida 00.12.05.00 de la Sección o del Arancel Aduanero;

- Las especies que se internen por los pasajeros o personas visitantes para su propio uso durante su estada en Chile, y siempre que se trate de efectos personales y vehículos para su movilización en el país; y transitoriamente al país en admisión temporal, almacenes francos, en depósito aduanero, en tránsito temporal u otra destinación aduanera semejante; y

- Las especies exportadas en su venta al exterior.

²⁰⁸ Ello siempre que las inversiones consistan en bienes de capital que formen parte de un proyecto de inversión extranjera formalmente convenido con el Estado de acuerdo a las disposiciones del Decreto Ley N° 600, de 1974, o en bienes de capital que no se produzcan en Chile en calidad y cantidad suficiente, que formen parte de un proyecto similar de inversión nacional, que sea considerado de interés para el país, circunstancias todas que serán calificadas por resolución fundada del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, refrendada además por el Ministerio de Hacienda. Los bienes de capital a que se refiere el presente número deberán estar incluidos en una lista que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción fijará por decreto supremo.

Asimismo, la LIVA establece que están exentos del tributo, las siguientes remuneraciones y servicios:

- Los ingresos percibidos por concepto de entradas a los siguientes espectáculos y reuniones:²⁰⁹

a) Artísticos, científicos o culturales, teatrales, musicales, poéticos, de danza y canto, que por su calidad artística y cultural cuenten con el auspicio del Ministerio de Educación Pública;

b) De carácter deportivo;

c) Los que se celebren a beneficio total y exclusivo de los Cuerpos de Bomberos, de la Cruz Roja de Chile, del Comité Nacional de Jardines Infantiles y Navidad, de la Fundación Graciela Letelier de Ibañez “CEMA CHILE” y de las instituciones de beneficencia con personalidad jurídica;²¹⁰ y

d) Circenses, presentados por compañías o conjuntos integrados exclusivamente por artistas nacionales. Para estos efectos, serán considerados chilenos los extranjeros con más de cinco años de residencia en el país, sin importar las ausencias esporádicas o accidentales, y aquellos con cónyuge o hijos chilenos.²¹¹

- Los fletes marítimos, fluviales, lacustres, aéreos y terrestres del exterior a Chile, y viceversa y los pasajes internacionales;²¹²

²⁰⁹ Las exenciones referidas están condicionadas a que los espectáculos no se presenten conjuntamente con otro u otros no exentos, en un mismo programa.

No procederán las exenciones cuando en los locales que se efectúen los espectáculos o reuniones se transfieran especies o se presten otros servicios, a cualquier título, que normalmente estén afectos al IVA, y cuyo valor no se determine como una operación distinta del servicio por ingreso al espectáculo o reunión correspondiente. No obstante, la exención a que se refiere la letra a) no procederá en caso alguno cuando en los locales en que se efectúen los espectáculos o reuniones en ella señalados, se transfieran bebidas alcohólicas.

²¹⁰ La exención es aplicable a un máximo de doce espectáculos o reuniones de beneficio, por institución, en cada año calendario, cualquiera que sea el lugar en que se presenten. La exención deberá ser declarada por el Director Regional de Impuestos Internos que corresponda al lugar en que tenga su domicilio la empresa o entidad que presente el espectáculo u organice la reunión. La exención que se declare sólo beneficiará a la empresa o entidad que la solicite, y por las funciones o reuniones que expresamente indique. Tratándose de compañías o conjuntos artísticos o circenses estables, la exención podrá ser declarada por una temporada de funciones o presentaciones, siempre que ella no sea superior a un año.

²¹¹ La exención deberá ser declarada por el Director Regional de Impuestos Internos que corresponda al lugar en que tenga su domicilio la empresa o entidad que presente el espectáculo u organice la reunión. La exención que se declare sólo beneficiará a la empresa o entidad que la solicite, y por las funciones o reuniones que expresamente indique. Tratándose de compañías o conjuntos artísticos o circenses estables, la exención podrá ser declarada por una temporada de funciones o presentaciones, siempre que ella no sea superior a un año.

²¹² Tratándose de fletes marítimos o aéreos del exterior a Chile, la exención alcanza incluso al flete que se haga dentro del territorio nacional, cuando éste sea necesario para trasladar las mercancías hasta el puerto o aeropuerto de destino, y siempre que la internación o nacionalización de las mercancías se produzca en dicho puerto o aeropuerto.

- Las primas de seguros que cubran riesgos de transportes respecto de importaciones y exportaciones, de los seguros que versen sobre cascos de naves y de los que cubran riesgos de bienes situados fuera de Chile;
- Las primas de seguros que cubran riesgos de daños causados por terremotos o por incendios que tengan su origen en un terremoto. La exención regirá sea que el riesgo haya sido cubierto mediante póliza específica contra terremoto o mediante una póliza contra incendio que cubra el terremoto como riesgo adicional. En este último caso, la exención girará sólo respecto de la prima convenida para cubrir este riesgo adicional.
- Las primas de seguros contratados dentro del país que paguen la Federación Aérea de Chile, los clubes aéreos y las empresas chilenas de aeronavegación comercial;
- Las comisiones que perciban los Servicios Regionales y Metropolitano de Vivienda y Urbanización sobre los créditos hipotecarios que otorguen a los beneficiarios de subsidios habitacionales y las comisiones que perciban las Instituciones de Previsión en el otorgamiento de créditos hipotecarios a sus imponentes;
- Los ingresos que no constituyen renta según el artículo 17° de la LSIR y los afectos al impuesto adicional establecido en el artículo 59° de la misma ley.
- Los ingresos mencionados en los artículos 42° y 48° de la LSIR;
- Las inserciones o avisos que se publiquen o difundan de conformidad a la Ley N° 16.643, que consagra el derecho de respuesta;
- Los intereses provenientes de operaciones e instrumentos financieros y de créditos de cualquier naturaleza, incluidas las comisiones que correspondan a avales o fianzas otorgados por instituciones financieras;²¹³
- El arrendamiento de inmuebles, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra g) del artículo 8° de la LIVA;
- Los servicios prestados por trabajadores que laboren solos, en forma independiente, y en cuya actividad predomine el esfuerzo físico sobre el capital o los materiales empleados;²¹⁴

²¹³Excepción a esa exención son los intereses señalados en el N° 1 del artículo 15 de la LIVA.

²¹⁴Para esos efectos de esa exención, se considera que el trabajador labora solo aun cuando colaboren con él su cónyuge, hijos menores de edad o un ayudante indispensable para la ejecución del trabajo.

En ningún caso gozarán de esta exención las personas que exploten vehículos motorizados destinados al transporte de carga.

- Las siguientes remuneraciones o tarifas que expresan relación con la exportación de productos:

a) Las remuneraciones, derechos o tarifas por servicios portuarios, fiscales o particulares de almacenaje, muellaje y atención de naves, como también los que se perciban en los contratos de depósitos, prendas y seguros recaídos en los productos que se vayan a exportar y mientras estén almacenados en el puerto de embarque;

b) Las remuneraciones de los agentes de aduanas; las tarifas que los embarcadores particulares o fiscales o despachadores de aduana cobren por poner a bordo el producto que se exporta, y las remuneraciones pagadas por servicios prestados en el transporte del producto desde el puerto de embarque al exterior, sea aéreo, marítimo, lacustre, fluvial, terrestre o ferroviario;

c) Derechos o tarifas por peaje o uso de muelles, malecones, playas, terrenos de playa, fondos de mar o terrenos fiscales, obras de otros elementos marítimos o portuarios, cuando no se presten servicios con costo de operación por el Estado u otros organismos estatales, siempre que se trate de la exportación de productos; y

d) Derechos y comisiones que devenguen en trámites obligatorios para el retorno de las divisas y su liquidación.

- Las primas o desembolsos de contratos de reaseguro;

- Las primas de contratos de seguro de vida reajustables;

- Los ingresos percibidos por la prestación de servicios a personas sin domicilio ni residencia en Chile, siempre que el Servicio Nacional de Aduanas califique dichos servicios como exportación;

- Los ingresos en moneda extranjera percibidos por empresas hoteleras registradas ante el Servicio de Impuestos Internos con motivo de servicios prestados a turistas extranjeros sin domicilio ni residencia en Chile; y

- Las comisiones de administración de cotizaciones voluntarias, depósitos de ahorro previsional voluntario, depósitos de ahorro previsional voluntario colectivo y de depósitos convenidos, efectuados en planes de ahorro previsional voluntario.

Además, en la legislación chilena se libera del IVA a las siguientes empresas e instituciones:²¹⁵

- Las empresas radioemisoras y concesionarios de canales de televisión por los ingresos que perciban dentro de su giro, con excepción de los avisos y propaganda de cualquier especie;
- Las agencias noticiosas;²¹⁶
- Las empresas navieras, aéreas, ferroviarias y de movilización urbana, interurbana, interprovincial y rural;²¹⁷
- Los establecimientos de educación;²¹⁸
- Los hospitales dependientes del Estado o de las universidades reconocidas por éste, por los ingresos que perciban dentro de su giro;
- Las siguientes instituciones, por los servicios que presten a terceros: el Servicio de Seguro Social; el Servicio Médico Nacional de Empleados; el Servicio Nacional de Salud; la Casa de Moneda de Chile;²¹⁹ y el Servicio de Correos y Telégrafos, excepto cuando preste servicios de télex;
- Las personas naturales o jurídicas que en virtud de un contrato o una autorización sustituyan al Servicio de Seguro Social, al Servicio Médico Nacional de Empleados o al Servicio Nacional de Salud, en la prestación de los beneficios establecidos por ley; y
- La Polla Chilena de Beneficencia y la Lotería de Concepción por los intereses, primas, comisiones u otras formas de remuneraciones que paguen a personas naturales o jurídicas en razón de negocios, servicios o prestaciones de cualquier especie.

Ahora bien, los contribuyentes afectos al IVA pagan el gravamen con una tasa de 19% sobre la base imponible.

²¹⁵ Vid., el artículo 13 de la LIVA.

²¹⁶ Para ello, se entiende por agencias noticiosas las definidas en el artículo 1º de la ley N° 10.621. Esta exención se limita a la venta de servicios informativos, con excepción de los avisos y propaganda de cualquier especie.

²¹⁷ La exención es sólo respecto de los ingresos provenientes del transporte de pasajeros.

²¹⁸ La exención se limita a los ingresos que perciban en razón de su actividad docente propiamente tal.

²¹⁹ La exención se limita a la confección de cospeles, billetes, monedas y otras especies valoradas. De la misma exención gozan las personas que efectúen dicha elaboración total o parcial, por encargo de la Casa de Moneda de Chile, solamente respecto de las remuneraciones que perciban por dicho trabajo.

Al respecto, es de señalar que la normatividad chilena establece pautas detalladas acerca de la base imponible de las ventas o servicios, la cual está constituida, en principio, por el valor de las operaciones respectivas.²²⁰

Por otra parte, la legislación también estatuye que:

- Los exportadores tendrán derecho a recuperar el IVA que se les hubiere recargado al adquirir bienes o utilizar servicios destinados a su actividad de exportación; e
- Igual derecho tendrán respecto del IVA pagado al importar bienes para el mismo objeto.²²¹

A lo anterior, es de indicar que en Chile existe, para los efectos del IVA, un régimen de tributación simplificada para los pequeños contribuyentes.²²²

Finalmente, es de decir que uno de los principales problemas que se le observan al IVA es que aunque contempla limitadas exenciones, principalmente en el área de los servicios personales, y se halla complementado con tasas especiales aplicadas sobre ciertos consumos (como veremos a continuación), la derogación de estas exenciones permitiría aumentar la recaudación de IVA en cerca de un 10%. Por ello, vale la pena revisar todas estas exenciones y hechos no gravados, con el objeto de ampliar aún más la base del impuesto, y dejar solamente las absolutamente indispensables.²²³

2.3.3 Impuestos adicionales al IVA

En Chile hay Impuestos adicionales a las ventas y servicios. Son Impuestos que tienen como fundamento que se aplican sobre determinados bienes, que no constituyen una necesidad para la sobrevivencia de las personas.²²⁴

A estos impuestos se les crítica por la diversidad de tasas y su aplicación sobre bienes específicos.

²²⁰ Vid., los artículos 15 a 22 de la LIVA.

²²¹ Vid., el artículo 36 de la LIVA.

²²² Los pequeños comerciantes, artesanos y pequeños prestadores de servicios que vendan o realicen prestaciones al consumidor y que determine la Dirección Nacional de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo, pagan el impuesto sobre la base de una cuota fija mensual que se determina por decreto supremo por grupos de actividades o contribuyentes, considerando factores tales como el monto efectivo o estimado de ventas o prestaciones, el índice de rotación de las existencias de mercaderías, el valor de las instalaciones u otros que puedan denotar el volumen de operaciones. Vid., el artículo 29 de la LIVA.

²²³ Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

²²⁴ Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Op. Cit.

A tales impuestos se los denomina impuestos especiales a las ventas y servicios. Al respecto, hay:

- El impuesto específico a productos suntuarios;
- Impuestos a bebidas alcohólicas, analcohólicas y productos similares; e
- Impuestos específicos a los productos derivados de hidrocarburos líquidos o gaseosos.

De estos impuestos, es de indicar que de 1990 a 2006, representaron entre un 5% y un 8,1% de la recaudación total a lo largo del período. En 2007, según información de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda chileno, representaron un 8% de la recaudación total.²²⁵

2.3.3.1 Impuesto específico a productos suntuarios

En Chile existe un impuesto adicional, con la tasa de 15%, que se paga por la primera venta o importación de:²²⁶

- Artículos de oro, platino y marfil;
- Joyas, piedras preciosas naturales o sintéticas;
- Pieles finas;
- Alfombras finas, tapices finos y cualquier otro artículo de similar naturaleza;
- Vehículos casa-rodantes auto-propulsados;
- Conservas de caviar y sus sucedáneos; y
- Armas de aire o gas comprimido, sus accesorios y proyectiles, con excepción de las de caza submarina.

²²⁵Vid., CUEVAS OZIMICA, Alberto, Op. Cit., p. 98.

²²⁶Tal impuesto, se aplica en las ventas, sobre el valor de transferencia de las especies, y en las importaciones, sobre el valor de los bienes importados, y deberá ser pagado por el respectivo importador conjuntamente con el IVA. Vid., el artículo 37 de la LIVA.

Además, la legislación también prevé:

- Un impuesto adicional, con la tasa de 50% que se paga por la primera venta o importación de artículos de pirotecnia, tales como fuegos artificiales, petardos y similares, excepto los de uso industrial, minero o agrícola o de señalización luminosa.

2.3.3.2 Impuestos adicionales a bebidas alcohólicas, analcohólicas y productos similares

En Chile, existen impuestos adicionales a bebidas alcohólicas, analcohólicas y productos similares, que aplican a las ventas o importaciones, sin que se encuentren afectas al gravamen las ventas del comerciante minorista al consumidor, como tampoco las ventas de vinos a granel efectuadas por productores a otros vendedores sujetos a este impuesto.

Tales impuestos adicionales, se pagan con la tasa que en cada caso se indica, sobre la misma base imponible que la del IVA, a saber:²²⁷

- Licores, piscos, whisky, aguardientes y destilados, incluyendo los vinos licorosos o aromatizados similares al vermouth, tasa del 27%;
- Vinos destinados al consumo, comprendidos los vinos gasificados, los espumosos o champaña, los generosos o asoleados, chichas y sidras destinadas al consumo, cualquiera que sea su envase, cervezas y otras bebidas alcohólicas, cualquiera que sea su tipo, calidad o denominación, tasa del 15%;
- Bebidas analcohólicas naturales o artificiales, jarabes y en general cualquier otro producto que las sustituya o que sirva para preparar bebidas similares, tasa del 13%; y
- Aguas minerales o termales a las cuales se les haya adicionado colorante, sabor o edulcorantes, tasa del 13%.

De esos impuestos, hay quien juzga que están en la categoría de impuestos que gravan las externalidades negativas, por lo cual ellos deben seguir existiendo. Sin embargo, parece que no existe ningún argumento teórico que justifique la existencia del impuesto a las bebidas analcohólicas, pero la recaudación que genera es considerable; por lo tanto, se dice que su eventual derogación sólo sería posible en la medida en que esa recaudación pueda ser compensada.

²²⁷Vid., el artículo 42 de la LIVA.

2.3.3.3 Impuestos específicos a los productos derivados de hidrocarburos líquidos o gaseosos

En la normativa chilena hay impuestos específicos a los productos derivados de hidrocarburos líquidos o gaseosos.

De estos impuestos específicos, es de mencionar que se clasifican dentro de la categoría de impuestos ambientales, y que su objetivo de mejorar la calidad del medioambiente y reducir los impuestos ineficientes.

También es de indicar que la imposición de tales tributos deriva de las facultades asignadas al Presidente de la República.

En uso de esas facultades, el Presidente de la República puede modificar, rebajar, restringir o limitar la aplicación, suprimir y reestablecer los impuestos específicos y hacerlos efectivos en cualquier etapa de la producción, importación, distribución o venta al consumidor de los productos gravados en el decreto referido.²²⁸

Al efecto, tales impuestos se determinan por decreto de los Ministerios de Hacienda, de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Minería.

Para ello, pueden o no ser considerados como base imponible para la aplicación del IVA.

Los sujetos de tales impuestos son los productores o importadores de las gasolinas automotrices y petróleo diesel, y se devenga al momento de la primera venta o importación de los mismos.²²⁹

Dichos impuestos, se expresan en Unidades Tributarias Mensuales (UTM), según su valor al momento de la determinación del impuesto por cada metro cúbico del producto (UTM/M³), y se calcula en base a un guarismo expresado en UTM/M³, más un porcentaje que se determina de acuerdo a la diferencia positiva entre una determinada cantidad de dólares y el valor neto del precio de venta del combustible.²³⁰

²²⁸Vid., el artículo 48 de la LIVA.

²²⁹Originalmente era un impuesto al combustible que gravaba la utilización de gas natural comprimido o gas licuado como combustible de vehículos motorizados que transitaren por el territorio chileno. También gravaba la primera venta o importación de gasolina automotriz y el petróleo diesel. Los sujetos pasivos del impuesto: los propietarios de vehículos que estén utilizando gas natural comprimido o gas licuado; y el productor o importador de gasolina automotriz y/o petróleo diesel. Vid., Descripción General de los Impuestos aplicados en Chile, Op. Cit.

²³⁰Dada la variación mensual de la UTM y la cantidad de metros cúbicos, las tasas que afectan a este impuesto varía en forma periódica. Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno. Op. Cit.

El impuesto debe ser enterado por los productores dentro de los primeros 10 días hábiles siguientes a la semana en que se efectúan las transferencias. En el caso de los importadores, el impuesto debe ser pagado antes del retiro de las especies de la Aduana.

Finalmente, es de señalar que para las gasolinas automotrices, el impuesto será igual a 2 UTM/M³ más el XX % de la diferencia, siempre que esa sea positiva.²³¹

2.3.3.4 Impuesto a los Tabacos Manufacturados

Este impuesto, establecido por la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados, grava la venta o importación de cigarrros, cigarrillos y tabacos.²³²

En este impuesto:²³³

- La base gravable es el precio de venta al consumidor, incluido impuestos, de cada paquete, caja o envoltorio; y
- El sujeto obligado son los fabricantes, importadores y comerciantes de cigarrros, cigarrillos y tabaco.

En cuanto a las alícuotas de este impuesto es de señalar que:

- Los cigarrros puros pagan un impuesto de 52,6% sobre su precio de venta al consumidor, incluido impuestos, de cada paquete, caja o envoltorio, considerándose como entero toda fracción del impuesto inferior a un peso;²³⁴
- Los paquetes, cajas o envoltorios de cigarrillos pagan un impuesto específico equivalente a 0,0000675 unidades tributarias mensuales por cada cigarrillo que contengan; y, además, un impuesto de 62,3%, que se aplica sobre el precio de venta al consumidor, incluido impuestos, por cada paquete, caja o envoltorio, considerándose como entero toda fracción del impuesto inferior a un peso.²³⁵ Para estos efectos, se entiende como paquete de cigarrillos, el conjunto de éstos que no exceda de veinte unidades, ni pese, incluso la envoltura, más de cien gramos;²³⁶

²³¹ *Ibíd.*

²³² Ley Sobre Impuesto a los Tabacos Manufacturados se encuentra contenida en el Decreto Ley N° 828 de 1974, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974.

²³³ *Vid.*, Descripción General de los Impuestos aplicados en Chile, Op. Cit.

²³⁴ *Vid.*, el artículo 3 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

²³⁵ Para esos efectos, el impuesto específico deberá calcularse tomando como base la unidad tributaria mensual vigente al momento de la determinación del impuesto. *Vid.*, el artículo 4 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

²³⁶ *Vid.*, el artículo 7 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

- El tabaco elaborado, sea en hebra, tableta, pastas o cuerdas, granulados, picadura o pulverizado, paga un impuesto de 59,7% sobre el precio de venta al consumidor, incluido impuestos, de cada paquete, caja o envoltorio en que se expende, y se considera como entero toda fracción del impuesto inferior a un peso.²³⁷

De esas alícuotas, es de mencionar que han ido aumentando, siendo que las anteriores eran del rango siguiente: el 51% para cigarros puros; el 50.4%, para cigarrillos; y el 47.9% para tabaco elaborado, sea en hebra, tableta, pastas o cuerdas, granulados, picadura o pulverizado.

También es de indicar que el impuesto al tabaco, para el período comprendido de 1990 a 2006 representó entre un 3% y un 4,2% de la recaudación total.²³⁸

Tal impuesto se devenga en la fecha de la venta de los cigarros, cigarrillos y tabaco elaborado, o en el momento de consumarse legalmente su internación cuando se trate de productos importados.

Para esos efectos, se entiende por venta toda convención, independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir, a cualquier título, el dominio o una cuota del dominio de estos productos o de derechos reales constituidos sobre ellos, y en general, todo acto o contrato que conduzca al mismo fin o que la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados equipare a venta.²³⁹

La percepción de dicho impuesto se hace por medio de vale vista u órdenes de pago a la orden de la Tesorería General de la República, en dinero efectivo o mediante otra forma de pago que cautele debidamente el interés fiscal que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos correspondiente autorice en cada caso, sin perjuicio del cumplimiento de las medidas de control que la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos estime conveniente adoptar en resguardo del interés fiscal, las cuales se harán efectivas, respecto de las especies importadas, dentro de los quince días siguientes al retiro de ellas del recinto aduanero en los lugares y en la forma que determine la referida Dirección.²⁴⁰

A lo antes dicho, es de advertir que están exentas del impuesto las exportaciones de cigarros, cigarrillos y tabacos efectuadas por el fabricante nacional.

²³⁷Vid., el artículo 5 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

²³⁸Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit. Serie, p. 17.

²³⁹Vid., el artículo 8 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

²⁴⁰Vid., el artículo 9 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

Por consiguiente, los exportadores que hayan soportado el tributo incluido en el precio de adquisición del producto o pagado al efectuar la importación, según corresponda, podrán solicitar su devolución en el mes siguiente de aquél en que se efectuó la exportación, acreditando el ingreso del impuesto en arcas fiscales mediante una declaración jurada hecha por el sujeto del impuesto, autorizada por el Servicio de Impuestos Internos, en la cual se detalle la venta, se identifique el producto y se consigne su valor e impuesto pagado, sin perjuicio de las demás exigencias que determine el Servicio de Tesorerías para acreditar la respectiva exportación.²⁴¹

A lo anterior, es de añadir que:

- Los fabricantes, importadores y comerciantes de tabaco deberán inscribirse antes de empezar su giro, en los registros del Servicio de Impuestos Internos, y están obligados a llevar la contabilidad que determine el Presidente de la República, y a exhibir sus libros cuando el Servicio de Impuestos Internos lo solicite;²⁴² y

- Los propietarios de fábricas, los importadores y los comerciantes estarán obligados a permitir la inspección del personal del Servicio de Impuestos Internos. Esta inspección podrá hacerse en todos los almacenes, dependencias y depósitos del establecimiento, cada vez que el Servicio necesite comprobar la observancia de este decreto ley y del reglamento respectivo.²⁴³

Finalmente, es de apuntar que los artículos gravados por el Impuesto a los Tabacos Manufacturados no podrán ser extraídos de las aduanas ni de las fábricas sin que los importadores o fabricantes hayan dado cumplimiento a los requisitos siguientes:²⁴⁴

- Hacer una declaración por escrito al Servicio de Impuestos Internos, del precio a que se venda al consumidor la mercadería gravada;

- Haber cumplido las obligaciones relativas al pago del impuesto, según proceda;

²⁴¹ Para los efectos de la devolución del impuesto, será aplicable la reajustabilidad establecida en el artículo 27° del decreto ley N° 825, de 1974. Vid., el artículo 15 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

²⁴² Están obligados, además, a cumplir esas mismas disposiciones, los que ejerzan este giro por encargo de otras personas, como ser comisionistas o martilleros. Vid., el artículo 14 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

²⁴³ Los productores de tabaco deberán permitir la inspección del personal en los fundos y bodegas, y en todo local que pueda servir para guardar tabaco. Igual inspección podrá efectuarse en los vapores que hagan el comercio de cabotaje. Vid., el artículo 15 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

²⁴⁴ Vid., el artículo 17 de la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados.

- Obtener una guía de despacho para la movilización de la mercancía; y
- Obtener una resolución del Ministerio de Salud en que se autorice su comercialización.²⁴⁵

2.3.4 Otros impuestos

2.3.4.1 Impuesto de Timbres y Estampillas

En la legislación chilena existe un Impuesto de Timbres y Estampillas. Tal carga tributaria, se encuentra establecida por la Ley sobre Impuesto de Timbres y Estampillas (LSTE).²⁴⁶

Con ese impuesto, se gravan actuaciones y documentos que den cuenta de los actos jurídicos, contratos y otras convenciones que a continuación se señalan:²⁴⁷

- El protesto de cheques por falta de fondos, estará afecto a un impuesto de 1% del monto del cheque, con un mínimo de \$2.974 y con un máximo de una unidad tributaria mensual;
- Las letras de cambio, libranzas, pagarés, créditos simples o documentarios y cualquier otro documento, incluso aquellos que se emitan de forma desmaterializada, que contenga una operación de crédito de dinero, deberán enterar la tasa de 0,05% sobre su monto por cada mes o fracción que medie entre la emisión del documento y la fecha de vencimiento del mismo, no pudiendo exceder del 0,6% la tasa que en definitiva se aplique;
- Los instrumentos y documentos que contengan operaciones de crédito de dinero a la vista o sin plazo de vencimiento, deberán enterar la tasa de 0,25% sobre su monto. La tasa se aplicará también a aquellos documentos que den cuenta de operaciones de crédito de dinero en las que se haya estipulado que la obligación de devolver el crédito respectivo sólo será exigible o nacerá una vez transcurrido un determinado plazo, en la medida que éste no sea superior a cinco meses, caso en el cual se aplicará la tasa del 0,05%;

²⁴⁵ En caso de las mercancías extranjeras, la Ley del Impuesto a los Tabacos Manufacturados presume que los artículos que no se encuentren comprendidos en dicha resolución, o no cumplan con las especificaciones autorizadas por ella, han sido objeto del delito de contrabando, y se procederá a su incautación y total destrucción por constituir una amenaza para la salud pública. También se procederá a la incautación y destrucción de las mercancías nacionales que no cumplan con las especificaciones autorizadas en dicha resolución.

²⁴⁶ Tal Ley se encuentra contenida en el Decreto N° 828, publicado en el Diario Oficial de 27 de Diciembre de 1974, actualizado al 31 de julio de 2010.

²⁴⁷ Vid., el artículo 1 de la LSTE.

- La entrega de facturas o cuentas en cobranza a instituciones bancarias y financieras; la entrega de dinero a interés, excepto cuando el depositario sea un Banco; los mutuos de dinero; los préstamos u otras operaciones de crédito de dinero, efectuadas con letras o pagarés, por bancos e instituciones financieras registradas en el Banco Central de Chile en el caso de operaciones desde el exterior, y el descuento bancario de letras; los préstamos bancarios otorgados en cuenta especial, con o sin garantía documentaria; y la emisión de bonos y debentures de cualquier naturaleza; 1%; y

- Las cartas de crédito satisfarán el tributo del 1% sólo cuando no se emitan o suscriban otros documentos, para garantizar su pago, gravados con dicho tributo, y siempre que expresen relación con importaciones que no se hubieren afectado con el impuesto establecido en el artículo 3° de la LSTE.

Sin perjuicio de lo anterior, la base imponible del Impuesto de Timbres y Estampillas se determina en relación al monto numérico del capital indicado en el acto o contrato, y la Tasa en relación al plazo del mismo si es un documento de crédito, en los otros casos tendrá un valor fijo.

Los sujetos o responsables del pago del Impuesto de Timbres y Estampillas impuesto son:²⁴⁸

- El Banco librado, como primer responsable del pago del tributo, respecto de los protestos de cheques, dejándose constancia en cada acta del monto del impuesto correspondiente;²⁴⁹

- El emisor, tratándose de facturas, cuentas y otros documentos que hagan sus veces;

- El beneficiario o acreedor, tratándose de letras de cambio, libranzas, pagarés, créditos simples o documentarios y cualquier otro documento, incluso aquellos que se emitan de forma desmaterializada, quien tendrá el derecho a recuperar su valor de los obligados al pago del documento, los que serán responsables en forma solidaria del reembolso del impuesto;²⁵⁰

- Las personas obligadas a llevar contabilidad;

- Quienes suscriban u otorguen el documento gravado;

²⁴⁸Vid., el artículo 9 de la LSTE.

²⁴⁹El Banco librado sólo podrá cobrar el valor del tributo al girador sujeto del impuesto, y estará facultado para cargarlo a su cuenta.

²⁵⁰En el caso de las letras de cambio, el obligado al pago del impuesto será el librador o girador, sin perjuicio de su derecho a recuperar su valor de parte del aceptante.

- El emisor de los pagarés, bonos, debentures y otros valores que den cuenta de captaciones de dinero, tratándose de emisiones de valores inscritas en el Registro de Valores; y
- El deudor, en aquellos casos en que el acreedor o beneficiario del documento afecto a los impuestos de esta ley no tenga domicilio o residencia en Chile.

En los actos, contratos u otras convenciones celebrados por medio de mandatario o representante, éste es considerado solidariamente responsable del pago del tributo.²⁵¹

A lo anterior, es de indicar que están exentas del Impuesto de Timbres y Estampillas, las siguientes personas e instituciones:²⁵²

- El Fisco;
- Las Municipalidades;
- Las Universidades del Estado y demás Universidades reconocidas por éste y el Consejo de Rectores;
- Las representaciones de naciones extranjeras acreditadas en el país, y las instituciones internacionales a que Chile pertenezca y respecto de las cuales se haya estipulado la exención de todo impuesto, cualquiera sea su naturaleza, o, específicamente, la liberación de los tributos que afecten a los documentos;
- La Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos S.A.;
- La Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios S.A.;
- El Cuerpo de Bomberos;
- Cooperativas;
- Instituciones con personalidad jurídica cuyo fin sea el culto;
- La Fundación Niño y Patria e Instituto de Viviendas Populares ;
- La Cruz Roja Chilena;
- La Fundación Nacional del Niño Rural;

²⁵¹Vid., el artículo 12 de la LSTE.

²⁵²Vid., el artículo 23 de la LSTE.

- El Consejo Nacional de Protección a la Ancianidad;
- La Corporación de Ayuda al menor;
- La Corporación de Ayuda al Niño Limitado;
- El Hogar de Niños Arturo Prat; y
- El Instituto de Normalización Previsional.

Además, están exentos del aludido impuesto, los documentos que den cuenta de los siguientes actos, contratos o convenciones:²⁵³

- Documentos que den cuenta o se emitan en relación con préstamos o créditos otorgados del exterior por organismos financieros multilaterales, y los relativos a la emisión de bonos que se coloquen en el exterior emitidos o suscritos por el Fisco o el Banco Central de Chile;
- Documentos que den cuenta de operaciones, actos o contratos exentos;
- Bonos, pagarés, vales de impuesto, letras de cambio y demás actos y contratos emitidos o aceptados por el Fisco;
- Documentos otorgados por bancos o instituciones financieras en las operaciones de depósito o de captación de capitales, de ahorrantes e inversionistas locales, cuando éstos den cuenta de operaciones de crédito de dinero y sean necesarios para la realización de estas operaciones;
- Las aceptaciones Bancarias Latinoamericanas;
- Los actos y contratos que se ejecuten o celebren en la provincia de la Isla de Pascua por personas domiciliadas en ella respecto de actividades o bienes que tengan relación con ese mismo territorio;
- Contratos de apertura o línea de crédito e instrumentos en que se documenten dichas líneas o contratos de apertura;
- Los documentos necesarios para efectuar las importaciones de bienes internados al amparo de las franquicias establecidas en el inciso vigésimo tercero del artículo 35 de la Ley N° 13.039;

²⁵³Vid., el artículo 24 de la LSTE.

- Los documentos necesarios para efectuar las importaciones de CKD y SKD que efectúen las industrias terminales acogidas al régimen de compensación que regula el inciso tercero del artículo 3° de la ley N° 18.483;

- Los documentos necesarios para efectuar operaciones de crédito de dinero destinadas al financiamiento de exportaciones;²⁵⁴

- Las cartas de crédito para importaciones que se abran con fondos propios del importador;

- Los documentos donde conste el otorgamiento de mutuos por parte de la Corporación de Fomento de la Producción a bancos, a otras instituciones financieras y a empresas de leasing;

- Los créditos otorgados desde el exterior a bancos o instituciones financieras chilenas, con el exclusivo objeto de financiar operaciones de importación o internación de mercaderías al país, o bien que tengan por único objeto ser colocados en el exterior;

- Los documentos necesarios para el otorgamiento de préstamos y demás operaciones de crédito de dinero, por parte de Bancos e Instituciones Financieras desde Chile hacia otros países;²⁵⁵ y

- Los documentos que se emitan o suscriban con motivo de una operación de crédito de dinero, a excepción de las líneas de crédito, concedidas por instituciones financieras constituidas o que operen en Chile por el monto que se destine exclusivamente a pagar préstamos otorgados por esta clase de instituciones, en tanto dichos préstamos no correspondan al uso de una línea de crédito.²⁵⁶

Es de añadir que el impuesto de Timbres y Estampillas, para el período 1990 a 2006, tuvo una participación de la recaudación total que osciló entre un 2.5% y un 4.1%.²⁵⁷ Para el 2007, según información de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, representó en Chile un 3% del total de los ingresos tributarios.²⁵⁸

²⁵⁴ La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinará, mediante resoluciones generales, los documentos que tienen tal carácter.

²⁵⁵ La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinará las características que deben tener los documentos para gozar de esta exención.

²⁵⁶ Para hacer efectiva esa exención, se requiere que al momento del otorgamiento del crédito que se paga, el Impuesto de Timbres y Estampillas devengado por los documentos emitidos o suscritos con ocasión del crédito original, se hubiese pagado efectivamente.

²⁵⁷ Vid., JORRATT, Michael De Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 17.

²⁵⁸ Vid., CUEVAS OZIMICA, Alberto, Op. Cit., p. 98.

Finalmente, es de agregar que Harry Ibaceta Rivera ha sostenido que económicamente este impuesto puede ser calificado como perverso, porque responde solamente a la necesidad de generar recursos para el Estado, sin existir una teoría tributaria que pueda sustentarlo.²⁵⁹

2.3.4.2 Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones

En la legislación chilena existe el Impuesto a las Herencias, el cual es de carácter progresivo; aplicado sobre el valor neto de las transmisiones de la propiedad a causa de la muerte de una persona o las transferencias por las donaciones hechas durante la vida del donante; y varía, dependiendo de la cantidad o monto involucrado, del fin o propósito de la transferencia o donación y, el grado de parentesco con el beneficiario.²⁶⁰

Se trata de un impuesto que se aplica a la transferencia del patrimonio que no es recurrente, pues se aplica de manera esporádica, con ocasión de la transferencia.

El sujeto obligado a pagar el impuesto, en el caso de las herencias, es cualquier persona que invoque o señale tener la calidad de heredero del causante (autor de la sucesión).

Para las donaciones, el obligado es el donatario, y por tanto, cada donatario debe hacer su respectiva determinación y presentación; no obstante si el donante lo desea puede pagar la totalidad de los impuestos de lo donado.²⁶¹

Tal gravamen está establecido en la Ley sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones (LSIHAD).²⁶²

Dicho impuesto, se aplica sobre el valor líquido de cada asignación o donación, con arreglo a la siguiente escala progresiva consignada en el artículo 2 de la LSIHAD, que a continuación se reproduce:²⁶³

Las asignaciones que no excedan de ochenta unidades tributarias anuales pagarán un 1%;

²⁵⁹ También asevera Harry Ibaceta Rivera que las fuentes de financiamiento son el motor de la economía y el dejar un impuesto que grave las operaciones de crédito de dinero significa poner un freno al desarrollo económico. Vid., IBACETA RIVERA, Harry, *Medidas tributarias del Plan Chile Compite*, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile, 2008, p. 120.

²⁶⁰ Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

²⁶¹ *Ibid.* .

²⁶² Vid., la Ley N° 16.271, sobre el Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, publicada en el Diario Oficial de 30/ de mayo de 2000, actualizado hasta el 15 de marzo 2006, fecha de la última modificación legal.

²⁶³ Vid., el artículo 2 de la LSIHAD.

La cantidad que resulte del párrafo inmediatamente anterior sobre las asignaciones de ochenta unidades tributarias anuales, y por la parte que exceda de esta suma y no pase de ciento sesenta unidades tributarias anuales, 2,5%;

La cantidad que resulte del párrafo inmediatamente anterior sobre las asignaciones de ciento sesenta unidades tributarias anuales, y por la parte que exceda de esta suma y no pase de trescientas veinte unidades tributarias anuales, 5%;

La cantidad que resulte del párrafo inmediatamente anterior sobre las asignaciones de trescientas veinte unidades tributarias anuales, y por la parte que exceda de esta suma y no pase de cuatrocientas ochenta unidades tributarias anuales, 7,5%;

La cantidad que resulte del párrafo inmediatamente anterior sobre las asignaciones de cuatrocientas ochenta unidades tributarias anuales, y por la parte que exceda de esta suma y no pase de seiscientos cuarenta unidades tributarias anuales, 10%;

La cantidad que resulte del párrafo inmediatamente anterior sobre las asignaciones de seiscientos cuarenta unidades tributarias anuales, y por la parte que exceda de esta suma y no pase de ochocientas unidades tributarias anuales, 15%;

La cantidad que resulte del párrafo inmediatamente anterior sobre las asignaciones de ochocientas unidades tributarias anuales, y por la cantidad que exceda de esta suma y no pase de mil doscientas unidades tributarias anuales, 20%;

La cantidad que resulte del párrafo inmediatamente anterior sobre las asignaciones de mil doscientas unidades tributarias anuales, y por la cantidad que exceda de esta suma, 25%.

Las tasas marginales de la escala progresiva son distintas dependiendo de la relación de parentesco o familiar entre difunto, donante y heredero o donatario. Además, se contemplan tramos exentos que también dependen del grado del parentesco o familiar. En términos del citado artículo 2 de la LSIHAD:

- Las asignaciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge y a cada ascendiente, o adoptante, o a cada hijo, o adoptado, o a la descendencia de ellos, están exentas de este impuesto en la parte que no exceda de cincuenta unidades tributarias anuales. Asimismo, las donaciones que se efectúen a las personas antes señaladas, están exentas de dicho impuesto en la parte que no exceda de cinco unidades tributarias anuales. En consecuencia, la escala a que se refiere el inciso primero del artículo 2 de la LSIHAD, se aplica a estos casos desde su primer tramo a las cantidades que excedan de los mínimos exentos;
- La unidad tributaria, para los efectos de la LSIHAD, es la que rige al momento de la delación de la herencia o de la insinuación de la donación según el caso;

- Cuando los asignatarios o donatarios tengan con el causante un parentesco colateral de segundo, tercero o cuarto grados, las asignaciones o donaciones que reciban están exentas del impuesto en la parte que no exceda de cinco unidades tributarias anuales. En consecuencia, la escala se aplicará desde su primer tramo a las cantidades que excedan de este mínimo exento;

- Cuando los asignatarios o donatarios tengan con el causante o donante, respectivamente, un parentesco colateral de segundo, tercero, o cuarto grados, se aplica la escala indicada en el inciso primero del artículo 2 de la LSIHAD recargada en un 20%, y el recargo será de un 40% si el parentesco entre el causante o donante y el asignatario o donatario fuere más lejano o no existiere parentesco alguno; y

- El impuesto determinado de acuerdo con lo antes dicho, se expresará en unidades tributarias mensuales, según su valor vigente a la fecha de la delación de la respectiva asignación o de la insinuación de la donación, y se pagará según su valor en pesos a la fecha en que se efectúe el pago del tributo. Además, las sumas que se hubieren pagado provisionalmente se expresarán en unidades tributarias mensuales, según su valor vigente a la fecha de pago, para los efectos de imputarlas al monto del impuesto definitivo expresado también en unidades tributarias mensuales.

Ahora bien, para los efectos del referido impuesto:²⁶⁴

- Lo que se deja al albacea fiduciario se estima como asignación a favor de persona sin parentesco con el causante, pero si se acreditaré el parentesco efectivo del beneficiario y que éste ha percibido la asignación, se paga la tasa correspondiente a ese parentesco;

- Cuando se suceda por derecho de representación, se paga el impuesto que habría correspondido a la persona representada; y

- Para determinar el monto imponible deben sumarse las diversas asignaciones que perciba en la herencia el beneficiario.

Asimismo, para los efectos del reseñado impuesto, se entiende por asignación líquida lo que corresponda al heredero o legatario, una vez deducidos del cuerpo o masa de bienes que el difunto ha dejado:²⁶⁵

- Los gastos de última enfermedad adeudados a la fecha de la delación de la herencia y los de entierro del causante;

²⁶⁴Vid., el artículo 3 de la LSIHAD.

²⁶⁵Vid., el artículo 4 de la LSIHAD.

- Las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, las demás anexas a la apertura de la sucesión y de posesión efectiva y las de partición, incluso los honorarios de albacea y partidores, en lo que no excedan a los aranceles vigentes; las deudas hereditarias;²⁶⁶

- Las asignaciones alimenticias forzosas; y
- La porción conyugal a que hubiere lugar.²⁶⁷

Cuando el gravamen con que se defiera una asignación o se haga una donación consista en un usufructo en favor de un tercero o del donante, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto de acuerdo con lo siguiente:²⁶⁸

- Si el usufructo es por tiempo determinado, un décimo de la cosa fructuaria por cada cinco años o fracción que el usufructo comprenda;
- Si el usufructo es por tiempo indeterminado, por estar su duración sujeta a condición o a plazo que signifique condición, la mitad del valor de la cosa fructuaria; y
- Si el usufructo es vitalicio, la fracción de la cosa fructuaria que resulte de aplicar la siguiente escala, según sea la edad del beneficiario:

Edad del beneficiario	Fracción de la cosa
Menos de 30 años	9/10
Menos de 40 años	8/10
Menos de 50 años	7/10
Menos de 60 años	5/10
Menos de 70 años	4/10
Más de 70 años	2/10

²⁶⁶ Podrán deducirse incluso aquellas deudas que provengan de la última enfermedad del causante, pagadas antes de la fecha de la delación de la herencia, que los herederos acrediten haber cancelado de su propio peculio o con dinero facilitado por terceras personas.

No podrán deducirse las deudas contraídas en la adquisición de bienes exentos del impuesto establecido por la LSIHAD, o en la conservación o ampliación de dichos bienes.

²⁶⁷ Ello sin perjuicio de que el cónyuge asignatario de dicha porción pague el impuesto que le corresponda.

²⁶⁸ Vid., el artículo 6 de la LSIHAD.

Las asignaciones o donaciones de derechos litigiosos están sujetas al pago del Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, desde el momento en que el juicio termine por sentencia ejecutoriada o transacción. El impuesto se paga sobre el valor que resulte tener el crédito o derecho, con deducción de los gastos judiciales.²⁶⁹

Por lo que hace a las asignaciones o donaciones de crédito contra personas declaradas en quiebra o concurso o de notoria insolvencia, es de indicar que no están sujetas al pago del aludido impuesto; pero, en caso de pago total o parcial de la deuda, el asignatario o donatario deberá pagar el impuesto correspondiente.²⁷⁰

A lo anterior, es de apuntar que están exentas del reseñado impuesto las siguientes asignaciones y donaciones:²⁷¹

- Las que se dejen o hagan a la Beneficencia Pública Chilena, a las Municipalidades de la República y a las corporaciones o fundaciones de derecho público costeadas o subvencionadas con fondos del Estado;
- Las donaciones de poca monta establecidas por la costumbre;
- Las que consistan en cantidades periódicas destinadas a la alimentación de personas a quienes el causante o donante esté obligado por la ley a alimentar;²⁷²
- Las que se dejen para la construcción o reparación de templos destinados al servicio de un culto o para el mantenimiento del mismo culto;
- Aquellas cuyo único fin sea la beneficencia, la difusión de la instrucción o el adelanto de la ciencia en el país;
- La destinada exclusivamente a un fin de bien público y cuya exención sea decretada por el Presidente de la República; y
- Las asignaciones hereditarias que cedan en favor de alguna de las entidades consideradas beneficiarias, para los efectos de la Ley de Donaciones con Fines Culturales.

²⁶⁹En esos casos, al efectuarse el pago de la cosa debida, deberá acreditarse el entero del impuesto correspondiente. Vid., el artículo 13 de la LSIHAD.

²⁷⁰Vid., el artículo 14 de la LSIHAD.

²⁷¹Vid., el artículo 18 de la LSIHAD.

²⁷²Cuando, a juicio del Servicio de Impuestos Internos, la pensión pareciere excesiva, podrá pedir a la justicia ordinaria que determine cuál es la parte exenta del impuesto.

También es de señalar que el impuesto en comento debe declararse y pagarse simultáneamente dentro del plazo de dos años, contado desde la fecha en que la asignación se defiera.²⁷³

Si no se declarare y pagare dentro de ese plazo, se adeudará, después del segundo año, el interés penal del uno y medio por ciento mensual por cada mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago del todo o de la parte que adeudare.²⁷⁴

Si transcurrido el plazo de dos años, no se hubiere pagado totalmente la contribución adeudada, el Servicio de Impuestos Internos, con el valor del inventario y demás antecedentes que tenga, procederá a liquidar y girar el impuesto.²⁷⁵

Es de anotar que cada asignatario deberá declarar y pagar el impuesto que grava su asignación. Cualquier asignatario podrá declarar y pagar el impuesto que corresponda a todas las asignaciones, extinguiendo la totalidad de la deuda por concepto del impuesto que establece esta ley.

El asignatario que hubiere efectuado el pago, tendrá derecho a repetir en contra de los demás obligados a la deuda.²⁷⁶

Por lo demás, es de advertir que los notarios no podrán autorizar las escrituras públicas de adjudicaciones de bienes hereditarios o de enajenaciones o disposiciones en común, que hagan los asignatarios, ni los Conservadores inscribirlas, sin que en ellas se inserte el comprobante de pago del Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, a menos que la adjudicación se hubiere hecho en juicios de partición constituidos legalmente o que los asignatarios hubieren otorgado garantía para el pago de la contribución. No obstante, se exceptúan de esta regla las escrituras de partición y la de cesión de derechos hereditarios.²⁷⁷

Finalmente, es de señalar que el Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones representa, cuanto más, el 0,2% de los ingresos tributarios totales.²⁷⁸

2.3.4.3 Impuesto al Comercio Exterior

En Chile, los impuestos que gravan las operaciones de comercio exterior, están directamente relacionadas con las importaciones, dado que las exportaciones se encuentran exentas de este tributo.

²⁷³ Vid., el artículo 50 de la LSIHAD.

²⁷⁴ Ese interés se calculará sobre valores reajustados en la forma señalada en el inciso primero del artículo 53 del Código Tributario.

²⁷⁵ Vid., el artículo 53 de la LSIHAD.

²⁷⁶ Vid., el artículo 50 bis de la LSIHAD.

²⁷⁷ Vid., el artículo 54 de la LSIHAD.

²⁷⁸ Vid., JORRATT, Michael De Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 24.

En el caso de las importaciones, se cobran derechos de aduana que gravan en su gran mayoría todos los bienes y productos con una tasa general de un 6% del valor de la importación o valor aduanero.²⁷⁹

En la actualidad, existen reducciones bilaterales y regionales para algunos productos. Además, Chile ha firmado tratados de libre comercio con México; Canadá; Estados Unidos de América; la Asociación Europea (EFTA) y la Unión Europea, así como un tratado con Corea del Sur, que tienden a eliminar los derechos de aduanas entre los países partícipes dentro de plazos establecidos en el respectivo tratado.

También hay acuerdos bilaterales y de complementación económica con Colombia, Venezuela, Perú, Argentina y Ecuador tendientes a la eliminación de derechos de aduanas. Y como Chile pertenece al MERCOSUR como país asociado y ha negociado reducciones y eliminaciones inmediatas y graduales de los derechos de aduana.²⁸⁰

En algunos casos, dependiendo de la naturaleza de la mercancía, se requiere pagar impuestos especiales, sobre la misma base impositiva, ejemplo: automóviles de lujo, objetos suntuarios, bebidas alcohólicas, combustibles, etc.

En otras ocasiones, las mercancías están afectas a derechos específicos, de acuerdo a los rangos que en cada caso se establecen (por ejemplo: trigo y azúcar).

En los casos en que se autoriza su importación, las mercancías usadas pagan un recargo adicional del 3% sobre su valor, además de los tributos a los que están afectas, según su naturaleza.²⁸¹

Es de añadir que los impuestos al comercio exterior representaron en 2003 el 4,6% de la recaudación tributaria.

Asimismo, es de agregar que, aunque el arancel de tasa de 6% grava la importación de bienes, la tasa media efectiva está en torno al 2%, como resultado de los diversos acuerdos comerciales que el país ha suscrito.

Finalmente, es de señalar que para el 2007, según información de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, los impuestos al comercio exterior recuraron solamente un 2% del total de los ingresos tributarios.²⁸²

²⁷⁹ Vid., Descripción del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² Vid., CUEVAS OZIMICA, Alberto, Op. Cit., p. 98.

2.4 Nivel de recaudación

El nivel de recaudación de Chile, en comparación con otros países latinoamericanos y del Caribe, está en un rango medio.

Ese nivel, parece satisfacer los objetivos económicos y administrativos deseables del sistema impositivo chileno.

Al respecto, es de mencionar que un estudio llevado a cabo por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) denominado: La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, presentado durante el Trigésimo tercer periodo de sesiones de la CEPAL, en Brasilia, el 31 de mayo de 2010,²⁸³ deja ver el nivel medio de ingresos tributarios de Chile (en una escala de más a menos), pues lo sitúa en el lugar veinte de entre treinta y cuatro países de América Latina y el Caribe, en porcentajes relacionados con el PIB, en los años 1990, 2000 y 2008.²⁸⁴

A continuación, transcribimos los cuadros VII.1 y VII.2 del referido estudio de la CEPAL, enfatizando el caso de Chile, y el de México, que en la tabla ocupa el último lugar de ingresos tributarios:

Cuadro VII.1
AMÉRICA LATINA: INGRESOS TRIBUTARIOS DEL GOBIERNO CENTRAL,
INCLUIDAS LAS CONTRIBUCIONES AL SEGURO SOCIAL
(En porcentajes del producto interno bruto)
1990 2000 2008)

	1990	2000	2008
Argentina a	20,0	21,5	20,8
Bolivia (Estado Plurinacional de) a	9,3	17,9	11,7
Braza a	16,8	20,4	16,1
Chile a	15,5	18,0	20,0
Colombia b	9,1	14,8	18,1
Costa Rica a	10,9	10,9	11,1
Cuba	—	27,5	17,7
Ecuador	10,1	11,6	14,5

El Salvador	10,5	12,4	14,4
Guatemala	7,6	10,9	11,6
Haití	7,1	7,5	9,5
Honduras	10,9	14,5	15,1
México	11,4	11,0	9,4
Nicaragua	9,0	17,5	11,7
Panamá	14,7	18,0	19,0
Paraguay	9,9	12,0	12,7
Perú	11,7	14,1	17,4
Rep. Dominicana	7,1	11,2	15,4
Uruguay	21,2	22,5	23,1
Venezuela (República Bolivariana de)	18,7	18,6	18,7
Promedio de América Latina (no incluye a Cuba)	12,9	15,7	18,4
Promedio de América Latina:	12,9	15,3	18,7

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras oficiales. a. Corresponde al gobierno general. b. La cifra de 2008 corresponde a 2007.

²⁸³ Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, Op. Cit., p. 248.

²⁸⁴ Para la CEPAL, los sistemas fiscales de América Latina y el Caribe se caracterizan actualmente por tres aspectos:

- Baja presión tributaria;
- Tributación regresiva; y
- Orientación deficiente del gasto público.

La CEPAL considera que si bien se han registrado ciertos avances frente a esas limitaciones, aún persiste una estructura tributaria altamente concentrada en los impuestos al consumo; elevados niveles de evasión y elusión; una escasa recaudación de impuestos directos como los que recaen sobre la renta —sobre todo de aquellos que provienen de las personas físicas—, en comparación con los países desarrollados; y una relevancia poco significativa o nula de los gravámenes de tipo patrimonial. De esta forma, lejos de funcionar como un mecanismo que favorece la distribución más equitativa del ingreso, los sistemas tributario y de gasto público de la región, están presionando hacia una mayor desigualdad. Ídem., pp. 250 – 251.

Cuadro VII.2
EL CARIBE: INGRESOS TRIBUTARIOS DEL GOBIERNO CENTRAL, SIN INCLUIR
CONTRIBUCIONES AL SEGURO SOCIAL a
(En porcentajes del producto interno bruto)

	1990	2000	2008
Antigua y Barbuda	18,4	15,8	21,3
Bahamas b	15,7	15,5	15,5
Barbados b c	28,2	31,1	34,1
Belice b	...	23,9	21,2
Dominica b	22,9	24,9	28,9
Granada	22,3	22,7	23,7
Guyana	27,6	29,1	32,0
Jamaica	20,7	22,6	26,5
Saint Kitts y Nevis	19,9	21,2	27,0
San Vicente y las Granadinas	24,0	24,0	28,1
Santa Lucía	26,0	22,5	27,1
Suriname b	...	34,1	22,8
Trinidad y Tabago (sic) b	22,4	25,3	33,8
Promedio del Caribe	22,6	24,0	26,3

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras oficiales.

a. Años fiscales. Las cifras no incluyen contribuciones a la seguridad social.

b. Las cifras de 1990 en el caso de las Bahamas y Barbados corresponden a 1995, de Dominica a 1993 y de Trinidad y Tabago (sic) a 1999. Los valores de 2000 de Belice y Suriname corresponden a 2001.

c. Sector público no financiero.

De las cifras de la CEPAL, es palpable el porcentaje medio de recaudación de Chile y el muy bajo nivel de México.²⁸⁵ Ello porque de un grupo de veinte países de América Latina y catorce del Caribe, en el año de 2008 Chile se situó en vigésimo sitio, en tanto que México ocupó el último lugar (treinta y cuatro) incluso por debajo de Haití y Guatemala.²⁸⁶

En contraste, se nota que los países latinoamericanos con mayores ingresos tributarios son Brasil con 35.5% y Argentina con 30.6% del PIB. En ambos casos, la recaudación ha aumentado en el transcurso de casi dos décadas. Los países del Caribe con mayor nivel de ingresos recaudados fueron Barbados y Trinidad y Tobago, seguidos por Guyana.

Por lo que hace al bajo nivel de recaudación de México, es de mencionar que ya se observaba desde décadas anteriores. Por ejemplo, en el año de 1980, los ingresos tributarios (sin incluir en Impuesto Especial de Productos y Servicios, IEPES, de gasolinas) fueron del orden del 9.63% del PIB; en 1990, alcanzaron la cifra de 11.4%; después, en 1998, bajaron al 9.19%; en el año 2000 fueron del 11.0%; y en 2008 se redujeron a un 9.4% del PIB.²⁸⁷

En cuanto al nivel medio de ingresos tributarios de Chile, es de observar que su carga tributaria ha ido en ascenso, ya que en 1990, alcanzó la cifra de 15.5%; en el año 2000 llegó al 18.9%; y en 2008 aumentó a un 20.9% del PIB.²⁸⁸

²⁸⁵En opinión de la CEPAL, una forma de evaluar si el nivel de recaudación y la estructura tributaria son “adecuados” es comparando la relación entre impuestos y PIB en un amplio número de países. La situación de América Latina y el Caribe respecto de otras regiones del mundo es muy reveladora. En 2007, la carga tributaria de la OCDE representó casi dos veces la de América Latina como porcentaje del PIB. Por otra parte, en diferentes estudios sobre la materia, se muestra que el nivel potencial de recaudación de los países de la región es considerablemente más alto que el efectivo. De acuerdo con un trabajo reciente de Gómez Sabaini, Jiménez y Podestá (2010), solo en la Argentina, el Brasil, el Estado Plurinacional de Bolivia y Nicaragua existe una presión tributaria elevada en relación con el PIB per cápita, mientras que en el Uruguay y Costa Rica la carga tributaria parece compatible con su grado de desarrollo. En los demás países de la región, incluido Chile, se registra una presión tributaria claramente inferior a la que deberían tener de acuerdo con sus niveles de desarrollo. Esto quiere decir que hay margen para aumentar los ingresos públicos y, con ello, la capacidad redistributiva del Estado gracias a la provisión de mayores recursos. Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, Op. Cit., p. 248.

²⁸⁶En el documento: Panorama General del Gasto Público en América Latina y México, de Paunovic, Igor, presentado en la Conferencia que dictó en la Cámara de Diputados, el 14 de mayo de 2007, señaló que en 1990 México recaudó un 12.6%; en 1995 un 11.3%; en el año 2000, un 12.1%; y, en el 2005, un 11.0%. Vid., PAUNOVIC, Igor, Panorama General del Gasto Público en América Latina y México, Cámara de Diputados, el 14 de mayo de 2007.

²⁸⁷Vid., RUIZ, Tomás, El sistema fiscal mexicano: avances y retos. Propuestas para una reforma fiscal integral, Revista Mercado de Valores, Nacional Financiera, México, Distrito Federal, Año LIX, 7 de julio de 1999, p. 4.

²⁸⁸Con su 20.9% de ingresos tributarios de 2008, Chile se ubicó entre los países de América Latina que está por encima del promedio de la región que es de 18.4%.

De esa carga, es de indicar que:

- En los 80s la carga tributaria promediaba un 19,2%, cercana al 20% del PIB, reflejo de una estructura tributaria más gravosa, que estuvo vigente desde principios de esa década;
- Para el período de 1988-1990, hubo un descenso de la carga hasta un nivel de 15,5% en 1990. Este descenso fue consecuencia de una serie de reducciones de impuestos, efectuados en una época de bonanza fiscal y previa al plebiscito de 1989;
- En el año 1993, la carga tributaria ascendió a un nivel de 16,8% del PIB;
- En 1996 la carga tributaria en Chile ascendió a 18,7% del PIB;²⁸⁹
- Para el año 1997, la carga tributaria neta alcanzó un 18,5% del PIB;²⁹⁰
- Para el 2000 llegó al 18.9%;
- En el 2003, el Gobierno Central recolectó impuestos por un valor equivalente a 16,3% del PIB, cifra levemente inferior al 16,8% del año 1993;
- Para el 2008, aumentó hasta llegar a un 20.9% del PIB.

Ahora bien, en el referido estudio de la CEPAL, dicho organismo puso de relieve las dificultades que tienen los gobiernos subnacionales para recaudar tributos propios. Pudo observar lo ocurrido con el impuesto predial, que suele ser el tributo más importante con el que cuentan los gobiernos locales. A ello, notó que en América Latina su recaudación se sitúa en promedio alrededor del 0,4% del producto; es decir, la quinta parte de lo percibido por los países desarrollados. Sin embargo, la situación varía entre los países, dado que en algunos este indicador es inferior al 0,2% del PIB, como en México, mientras que en Chile, Argentina, Bolivia, Colombia y el Uruguay se encuentra entre el 0,5% y el 0,7% del producto.²⁹¹

²⁸⁹ Vid., JORRATT, Michael y BARRA, Patricio, Un análisis del sistema tributario chileno, Op. Cit., p. 27.

²⁹⁰ Esa carga se ubicó por debajo de la carga tributaria de los países desarrollados y por encima de la carga tributaria de la mayoría de los países de Latinoamérica, aunque no del Caribe. La componente tributaria local chilena alcanzó a un 0,9% del PIB en 1997, por lo que descontando dicha componente, se obtuvo una carga global para el gobierno central en 1997 de 17,6% del PIB.

²⁹¹ Esos resultados ponen de relieve la necesidad de fortalecer el impuesto sobre los bienes inmobiliarios en los niveles subnacionales de los países de la región, ya sea mediante menores exenciones, la eliminación de las amnistías y los perdones fiscales, y mejoras en la administración tributaria, por ejemplo en las actividades de catastro, la actualización del valor de las propiedades y la cobranza del impuesto. Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, p. 152.

También pudo apreciar que tres son los factores que inciden en la capacidad de recaudación fiscal y en la forma en que se distribuye la captación de estos recursos a lo ancho de la sociedad: la carga tributaria, su estructura y el control de la evasión de impuestos. Igualmente, notó que la evolución de la carga tributaria entre 1990 y 2008 muestra que la presión media de la región creció apreciablemente del 12,9% en 1990, al 18,4% en 2008.²⁹²

Por otra parte, de la estructura tributaria de Chile, es de observar que presenta una gran preponderancia de los impuestos al consumo y una menor participación de los impuestos a la renta.

En la recaudación de los impuestos al consumo, predomina el IVA, el cual tiene pocas exenciones y tasas especiales.

Respecto del Impuesto a la Renta, las utilidades de las empresas se hallan gravadas actualmente con una tasa relativamente pequeña, que es del 17%, pero que era menor en años anteriores, y su tributación, además, está integrada con el impuesto personal, evitando la doble imposición.²⁹³

2.5 Órganos de administración y justicia tributaria en Chile

2.5.1 Servicio de Impuestos Internos

Los recursos del Gobierno Central chileno son recaudados por el Servicio de Impuestos Internos (SII).

A ese Servicio corresponde la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos establecidos o que se establecieron, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente.²⁹⁴

A dicho Servicio compete:

- Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias; fijar normas; impartir instrucciones; y dictar órdenes, a fin de asegurar su aplicación y fiscalización;
- Supervigilar el cumplimiento de las leyes tributarias que le han sido encomendadas; conocer y fallar como tribunal de primera instancia los reclamos que

²⁹² Ídem., 247.

²⁹³ Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

²⁹⁴ Vid., el artículo 1 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, cuyo texto se fija por el decreto con fuerza de ley n° 7, de Hacienda, de 30 de septiembre de 1980.

presenten los contribuyentes; y asumir la defensa del Fisco ante los Tribunales de Justicia en los juicios sobre aplicación e interpretación de leyes tributarias; y

- En lo que se refiere a los contribuyentes, tiene que crear conciencia tributaria, informarlos sobre el destino de los impuestos y las sanciones a que se exponen por el no cumplimiento de sus deberes.

Tal Servicio depende del Ministerio de Hacienda y está constituido por la Dirección Nacional, y su Dirección de Grandes Contribuyentes, ambas con sede en la capital de la República, y por las Direcciones Regionales.²⁹⁵ La Dirección de Grandes Contribuyentes tiene competencia sobre todo el territorio chileno y ejerce jurisdicción sobre los contribuyentes calificados como “Grandes Contribuyentes” por Resolución del Director, cualquiera fuere su domicilio. Ello sin perjuicio de la jurisdicción territorial de los Directores Regionales.²⁹⁶

La misión del referido Servicio, como Institución del Estado, radica en administrar con equidad y justicia el sistema de tributos internos de destino fiscal, facilitando el cumplimiento voluntario mediante la provisión de servicios de calidad, adecuados a cada tipo de contribuyente; velando por el correcto cumplimiento tributario con estricto apego a la legalidad vigente y focalizando el esfuerzo fiscalizador en los contribuyentes con comportamiento tributario riesgoso.²⁹⁷

La visión del SII reside en ser percibido por sus clientes como una institución de excelencia, transparente, que ejecuta su labor con equidad y estricto apego a las leyes y normas vigentes, que provee servicios de calidad, que facilitan el cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, ser reconocido como un actor relevante en el quehacer económico y participa activamente en el campo internacional, y mantener valiosos vínculos con otras instituciones relacionadas, a la vez que dará apoyo permanente a las tramitaciones legislativas de proyectos tributarios.²⁹⁸

Los objetivos del SII consisten en:

- Mejorar la comunicación y la atención al contribuyente;
- Adaptar el SII a los cambios en la nueva justicia tributaria;
- Perfeccionar el control de la evasión mediante la fiscalización segmentada;

²⁹⁵Vid., el artículo 2 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

²⁹⁶Vid., el artículo 3 bis de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

²⁹⁷Vid., la página del SII en: http://www.sii.cl/sobre_el_sii/acerca/historia.htm (consultada en febrero de 2011).

²⁹⁸Vid., la página del SII en: http://www.sii.cl/sobre_el_sii/acerca/historia.htm (consultada en febrero de 2011).

- Modernizar la función Normativa Tributaria;
- Desarrollar innovaciones e intensificar el uso de tecnologías informáticas, haciendo de la Web el canal principal de comunicación del SII con los contribuyentes; y
- Focalizar las políticas hacia una gestión moderna de las personas y promover una cultura colaborativa e integradora entre áreas.

Los principios y valores del SII son:²⁹⁹

- El respeto estricto a la normativa vigente y a los derechos de los contribuyentes;³⁰⁰
- La probidad, destacándose el SII por ser un organismo transparente, por eso se exige a sus funcionarios los más altos estándares de probidad en el desarrollo de su labor cotidiana;³⁰¹
- Búsqueda permanente de mejores prácticas y mayor eficiencia y eficacia en sus procesos;³⁰²
- Colaborar con las instituciones de la Administración Tributaria y otros aliados estratégicos;³⁰³
- Búsqueda permanente de la calidad en la interacción con sus clientes;³⁰⁴

²⁹⁹Vid., la página del SII en: http://www.sii.cl/sobre_el_sii/acerca/historia.htm (consultada en febrero de 2011).

³⁰⁰El respeto a la ley y la normativa vigente es un sello que marca el accionar del SII, desarrollando diversas acciones para asegurar su cumplimiento. Entre estas destacan: procesos permanentes de capacitación a los funcionarios; revisión y ajuste de la normativa generada por el SII, para adecuarla a los cambios legales que se producen en el país; y acciones de auditoría interna a los procesos del SII, para verificar que su funcionamiento se ajusta a las leyes y reglamentos correspondientes.

³⁰¹Asimismo, el SII privilegia las acciones de prevención en materia de probidad, tales como capacitación a los funcionarios, establecimiento de normas y reglas claras de conducta y procesos lo más simples y transparentes posible para reducir los riesgos de acciones que vayan contra la probidad.

³⁰²El SII mantiene procesos permanentes de revisión de sus procedimientos, comparándose con aquellas organizaciones que realizan labores similares al SII y muestran tener las mejores prácticas, ya sean públicas, privadas, nacionales o extranjeras. Estos procesos de búsqueda, significan también innovar, creando nuevos estándares, en caso de no encontrar procesos que puedan ser imitados en otras organizaciones.

³⁰³El SII privilegia una acción coordinada y cooperativa con la Tesorería General de la República, el Servicio Nacional de Aduanas y otras instituciones públicas (Carabineros, Investigaciones de Chile, Banco Central, SRCel, etc.). Estableciendo mecanismos expeditos de cooperación en temas comunes, tales como desarrollo de sistemas, procedimientos y políticas aplicadas, definiendo contrapartes claras que ayuden al proceso modernizador de la Administración Tributaria en su globalidad y acrecentar los niveles de confianza entre las instituciones y sus integrantes.

³⁰⁴El SII revisa continuamente los servicios que ofrece a sus clientes y sus procedimientos de fiscalización, con el fin de perfeccionarlos para asegurar que cumplan con estrictos estándares de calidad y sean valorados positivamente por quienes los reciben.

- Asumir un rol activo en el desarrollo de la comunidad;³⁰⁵ y
- Trabajo colaborativo.³⁰⁶

A lo anterior, es de añadir que un funcionario con el título de “Director”, es el Jefe Superior del SII. Tal funcionario es nombrado por el Presidente de la República, siendo de su exclusiva confianza.³⁰⁷

A ese funcionario corresponden, entre otras, las siguientes atribuciones, responsabilidades y obligaciones:³⁰⁸

- Planificar las labores del Servicio y desarrollar políticas y programas que promuevan la más eficiente administración y fiscalización de los impuestos;
- Promover el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias mediante el establecimiento de sistemas de premios o incentivos al público en general, en la forma que estime conveniente, y sin sujeción a otra limitación que las disponibilidades presupuestarias;
- Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos;
- Asesorar al Ministerio correspondiente en la negociación de Convenios Internacionales que versen sobre materias tributarias; interpretar sus disposiciones; impartir instrucciones para su aplicación; y adoptar las medidas necesarias y mantener los contactos con el extranjero que sean convenientes para evitar la elusión y la evasión de impuestos en el ámbito internacional;
- Dirigir, organizar, planificar y coordinar el funcionamiento del Servicio, dictar las órdenes que estime necesarias o convenientes para la más expedita marcha del mismo; supervigilar el cumplimiento de las instrucciones que imparte y la estricta sujeción de los dictámenes y resoluciones a las instrucciones que sobre las leyes y reglamentos emita la Dirección;

³⁰⁵El SII mantiene un compromiso activo y constante con la sociedad, con una permanente mirada de futuro, promoviendo acciones educativas, inculcando valores cívico-tributarios o impulsando políticas que ayuden a estimular el crecimiento de algún subsector económico en particular.

³⁰⁶La cultura de trabajo del SII debe apuntar a mantener permanentemente una red de cooperación y colaboración entre las diversas áreas que potencien el cumplimiento de los objetivos institucionales.

³⁰⁷Ese Director es seleccionado, nombrado y remunerado conforme a las normas establecidas en el Título VI, de la ley N° 19.882, que Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos, sujetándose en todo a las reglas a que se refiere el citado Título. Subrogan a ese Director, los Subdirectores o los Directores Regionales, en el orden de precedencia que determine el Director. Vid., el artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

³⁰⁸Vid., el artículo 7 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

- La representación del Fisco, cuando fuere necesario, en la aplicación y fiscalización de los impuestos;
- Representar al Servicio en todos los asuntos, incluidos recursos judiciales en que la ley le asigne la calidad de parte, y los recursos extraordinarios que se interpongan en contra del mismo Servicio con motivo de actuaciones administrativas o jurisdiccionales;
- Ejercer el cuidado administrativo de los casos en que se hubieren cometido infracciones fiscales sancionadas con multa y pena corporal, respecto de los cuales el Servicio efectuó la recopilación de antecedentes destinada a fundamentar la decisión correspondiente;
- Decidir si ejercerá la acción penal por las infracciones sancionadas con multa y pena corporal, y, de resolver ejercerla, determinar si formulará denuncia o interpondrá querrela, por sí o por mandatario, o, de estimarlo necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado;
- Administrar los bienes del Servicio;
- Encargar al personal, además de las obligaciones y funciones propias del cargo, el cumplimiento de otras obligaciones y funciones de acuerdo con la Ley Orgánica del Servicio;
- Autorizar a los Subdirectores, Directores Regionales o a otros funcionarios para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando “por orden del Director”, sin otras limitaciones que las que determine el propio Director;
- Nombrar al personal y poner término a sus funciones en cualquier momento; destinarlo y asignarle comisiones de servicios o de estudio, y dictar toda otra disposición sobre administración de personal y las relativas a régimen interno que, a su juicio exclusivo, se requieran para garantizar la marcha eficiente del Servicio;
- Designar a los subrogantes del Director, Subdirectores, Contralor, Directores Regionales, Secretario General, Jefes de Departamentos, y de cualquiera otra jefatura o cargo del Servicio, estableciendo el orden de precedencia, mediante resoluciones genéricas o particulares que serán habilitantes respecto de la persona o del cargo, según se indique;
- Dictar resoluciones destinadas a hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios fiscales;

- Fijar horarios de trabajos ordinarios y ordenar la ejecución de trabajos extraordinarios;

- Celebrar contratos de prestación de servicios a honorarios, con personas naturales o jurídicas, para la ejecución de labores específicas, con entera independencia de toda otra autoridad y sin sujeción a otro requisito que las disponibilidades presupuestarias;

- Fijar y modificar la organización interna de las unidades del Servicio, asignándoles el personal necesario, fijarles y modificarles sus sedes, jurisdicciones territoriales y sus dependencias, y sus atribuciones y obligaciones, sin que el ejercicio de esta facultad pueda originar modificaciones de la Planta y estructura del Servicio;

- Ejecutar los actos y celebrar los contratos que estime necesarios para el cumplimiento de los fines del Servicio y, entre otros, comprar, construir, reparar, arrendar y dar en arrendamiento, y mantener toda clase de bienes muebles e inmuebles, y vender servicios, con entera independencia de toda otra autoridad y sin sujeción a otro requisito que las disponibilidades presupuestarias;

- Asesorar e informar al Ministro de Hacienda, cuando éste lo requiera en materias de competencia del Servicio y en la adopción de las medidas que a su juicio sean necesarias para la mejor aplicación y fiscalización de las leyes tributarias; y proponerle las reformas legales y reglamentarias que sean aconsejables; y

- Las demás atribuciones y deberes que se señalan en la Ley Orgánica del Servicio, en el Código Tributario³⁰⁹ y en las demás disposiciones legales vigentes o que se dicten.

Si en el ejercicio de las facultades exclusivas de interpretación y aplicación de las leyes tributarias que tiene el Director de Impuestos Internos, se originaren contiendas de competencia con otras autoridades, ellas serán resueltas por la Corte Suprema.³¹⁰

Del SII, es de agregar que sus antecedentes se remontan al año de 1902, año en que el Gobierno del Presidente Germán Riesco estableció el impuesto a la producción de alcoholes y promulgó la Ley N° 1.515, que creó la “Administración de los Impuestos sobre Alcoholes”, un servicio público encargado de fiscalizar el nuevo tributo. En 1912, esa Administración se transformó en la Dirección General

³⁰⁹Vid., el artículo 6 del Código Tributario. Asimismo, Vid., el artículo 43 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

³¹⁰Igual norma se aplica respecto de las funciones que en virtud del Código Tributario y del Estatuto Orgánico del Servicio deben o pueden ser ejercidas por los Directores Regionales o por los funcionarios que actúen "por orden del Director" o "por orden del Director Regional", en su caso. Vid., el artículo 7 del Código Tributario.

de Impuestos y cuatro años después, en 1916, a su nombre se le agregó el vocablo “Internos”. Posteriormente, en 1969, un Decreto con Fuerza de Ley estableció el Rol Único Tributario -sistema de identificación único para todos los contribuyentes de Chile; su confección, mantenimiento y permanente actualización se encomendaron a la Dirección Nacional del Servicio. Ulteriormente, siguiendo las recomendaciones de la Misión Kemmerer, norteamericana, por Decreto del Ministerio de Hacienda en 1972 se organizó la Dirección General de Impuestos Internos, dándole una determinada estructura con su primer reglamento orgánico. Con los años, una reforma en su estructura le dio el nombre a Servicio de Impuestos Internos.³¹¹

Finalmente, es de señalar que en Chile se asigna al SII un presupuesto de un 0,07% del PIB, el cual es menor no sólo al de los países más desarrollados, sino también al de países sudamericanos.

2.5.2 Servicio Nacional de Aduanas

En materia aduanera, Chile cuenta con el Servicio Nacional de Aduanas (SNA), que tiene una larga historia, y juega un importante papel en el desarrollo del comercio exterior y en la fiscalización del ingreso y salida de mercancías de ese país.

En virtud de la inserción internacional de Chile y de los nuevos Tratados de Libre Comercio y Acuerdos Comerciales suscritos por dicho país, la función que atañe al SNA no sólo radica en la recaudación de los derechos aduaneros y de impuestos de carácter interno a las importaciones, sino también en implementar la puesta en marcha de dichos acuerdos internacionales, siendo un ente facilitador del comercio exterior.³¹²

Tal Servicio es público y dependiente del Ministerio de Hacienda, encargado de vigilar y fiscalizar el paso de mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República de Chile; de intervenir en el tráfico internacional, para los efectos de la recaudación de los impuestos a la importación, exportación y otros

³¹¹ El SII, en sus 106 años de existencia, solamente ha tenido 18 Directores, designados por el Presidente de la República y de su exclusiva confianza. El promedio de permanencia, de seis años, es superior al registrado en la mayor parte de los países de Latinoamérica.

³¹² El Servicio Nacional de Aduanas cumple funciones claves para el desarrollo de Chile, teniendo un rol preponderante en materia de comercio exterior, especialmente, en la facilitación y agilización de las operaciones de importación y exportación, a través de la simplificación de trámites y procesos aduaneros. Asimismo, debe resguardar los intereses de Chile y de la ciudadanía, fiscalizando dichas operaciones, de manera oportuna y exacta, determinando los derechos e impuestos vinculados a éstas y verificando que no ingresen al país mercancías que puedan ser consideradas peligrosas. Vid., la siguiente página: http://www.aduana.cl/prontus_aduana/site/artic/20090414/pags/20090414104545.html (consultada en febrero de 2011).

que determinen las leyes; y de generar las estadísticas de ese tráfico por las fronteras, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes³¹³

El SNA está constituido por la Dirección Nacional, las Direcciones Regionales y las Administraciones de Aduanas. A su vez, la Dirección Nacional está formada por las siguientes Subdirecciones: Técnica, Jurídica, de Fiscalización, de Recursos Humanos, Administrativa y de Informática.³¹⁴

La administración del SNA corresponde al Director Nacional de Aduanas, y a los Subdirectores, Directores Regionales y Administradores de Aduanas, en el ámbito de su jurisdicción.³¹⁵

El Director Nacional es el Jefe Superior del SNA: Su nombramiento compete al Presidente de la República, siendo de su exclusiva confianza.³¹⁶

Dicho Director Nacional tiene la autoridad, atribuciones y deberes inherentes a su calidad de Jefe Superior del SNA y, en consecuencia, sin que ello implique limitación, le corresponden las siguientes atribuciones, responsabilidades y obligaciones:³¹⁷

- Planificar, organizar, dirigir, coordinar y supervigilar el funcionamiento del Servicio;
- Fijar y modificar la organización interna de las Unidades del Servicio, asignándole el personal necesario, fijándoles sus atribuciones, obligaciones y dependencias;³¹⁸
- Ordenar que cualquier Aduana sea intervenida por los funcionarios que designe al efecto;

³¹³ Vid., el artículo 1 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 329, de 1979, del Ministerio de Hacienda publicado en el Diario Oficial de 20 de junio de 1979.

³¹⁴ Con sujeción a la Planta del Servicio, el Director Nacional establece los Departamentos que dependen de las Subdirecciones, y los que dependen directamente de él. También hay un Comité Asesor y Consultivo, constituido por el Director Nacional, que lo presidirá; por un representante de la Dirección del Litoral y Marina Mercante, de la Dirección de Aeronáutica, de la Dirección General de Carabineros y de la Empresa Portuaria de Chile, respectivamente, cuya función es proponer las normas para coordinar las acciones que desarrolle el Servicio de Aduanas con las funciones que corresponden a las referidas instituciones en materia de tráfico y servicio aduanero. Vid., el artículo 2 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.

³¹⁵ Vid., el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.

³¹⁶ Vid., el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.

³¹⁷ Vid., el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.

³¹⁸ Ello sin que el ejercicio de esa facultad pueda originar modificaciones en la planta, funciones y estructura del SNA dentro de las normas establecidas por la ley.

- Asesorar e informar al Ministerio de Hacienda en los asuntos propios de la competencia del Servicio y presentarle dentro del primer trimestre de cada año una memoria del Servicio, y dentro de los primeros quince días de cada mes, un estado de las entradas aduaneras del mes anterior;
- Convocar y presidir el Comité Asesor y Consultivo, y dictar con acuerdo de éste las normas para su funcionamiento;
- Dictar, de conformidad a la ley y el reglamento, las resoluciones de nombramiento de los Agentes de Aduana y ejercer la jurisdicción disciplinaria sobre ellos;
- Interpretar administrativamente, en forma exclusiva, las disposiciones legales y reglamentarias de orden tributario y técnico, cuya aplicación y fiscalización correspondan al Servicio, y en general, las normas relativas a las operaciones aduaneras y dictar órdenes e instrucciones necesarias para darlas a conocer a todos los empleados de Aduanas, que estarán obligados a cumplirlas;
- Dictar las normas de régimen interno y los manuales de funciones o de procedimiento, órdenes e instrucciones para el cumplimiento de la legislación y reglamentación aduanera y para la buena marcha del Servicio, y supervigilar el cumplimiento de todos ellos;
- Proponer al Ministerio de Hacienda la emisión de los reglamentos cuya aplicación corresponda al Servicio;
- Disponer, mediante resolución fundada, la habilitación de lugares especiales de almacenamiento fiscal de mercancías que por su naturaleza no puedan ser depositadas en los recintos fiscales destinados al efecto, por ser éstos insuficientes o carecer de elementos materiales adecuados;
- Proponer la contratación de personas ajenas al Servicio para atender las operaciones aduaneras en puntos de escasa importancia, las que dispondrán para el desempeño de sus funciones de las facultades, atribuciones y responsabilidades que se le otorguen;
- Fallar los asuntos contenciosos que se le entregan a su conocimiento, de conformidad a la ley;
- Proponer al Ministerio de Hacienda la designación de expertos especializados en calidad de asesores, a contrata o a honorarios, para estudios, labores docentes u otros trabajos que sean necesarios para el Servicio;
- Habilitar extraordinariamente a empleados para que desempeñen las funciones de fiscalizador, cuando así lo requieran las necesidades del Servicio;

- Dictar las resoluciones generales o particulares que fueren necesarias en materias relativas a personal;³¹⁹
- Fallar en última instancia los reclamos sobre clasificación arancelaria y aplicación de derechos, impuestos y tasas cuyo cálculo o percepción se haga por las Aduanas;³²⁰
- Determinar la naturaleza y cuantía de las cauciones que estime conveniente exigir en las tramitaciones, actuaciones y gestiones aduaneras y dictar las normas para hacerlas efectivas;
- Delegar en los funcionarios directivos que estime pertinentes, las facultades que le confieren las leyes o reglamentos, cuando las necesidades del Servicio lo requieran;
- Atender la publicación de un Boletín Oficial de Aduanas en que se inserten disposiciones y normas relacionadas con el Servicio, como asimismo, las materias de divulgación aduanera que se consideren de interés;³²¹
- Presentar al Ministerio de Hacienda, el presupuesto de gastos del Servicio, así como los planes y programas para el siguiente año;
- Constituir comités internos de trabajo;
- Establecer en las Zonas Secundarias, perímetros fronterizos de vigilancia especial, en los cuales las existencias y tráfico de mercancías estarán sujetos a las prohibiciones y restricciones que se establezcan para dicho efecto;
- Dispensar, con aprobación del Presidente de la República, total o parcialmente del cumplimiento de las disposiciones aduaneras, al tráfico fronterizo que efectúen las personas que viven al oriente de las aduanas terrestres, con el objeto de abastecerse de las mercancías necesarias para su subsistencia;³²²
- Efectuar los actos y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines del Servicio, con cargo a los recursos que legalmente le hayan sido asignados;

³¹⁹ Ello de conformidad al Estatuto Administrativo y demás disposiciones legales vigentes.

³²⁰ El fallo que expida el Director Nacional será sin ulterior recurso y regirá en todas las Aduanas no pudiendo ser desconocido ni invalidado por autoridad, sin perjuicio de las acciones judiciales que procedan.

³²¹ El director responsable del Boletín será el Subdirector que determine el Jefe Superior del Servicio.

³²² En la misma forma, podrá establecer modalidades especiales para el cobro de los derechos que correspondan.

- Celebrar contratos de concesión y arrendamiento respecto de los bienes inmuebles que hubieren sido destinados al Servicio, o que éste hubiere adquirido para sí o para el Fisco y que estén destinados a dicho Servicio;
- Convocar a propuestas públicas, aceptarlas o rechazarlas, de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias;
- Administrar los bienes del Servicio y velar por su buen uso y conservación, sometiéndose, en todo caso, a las normas que rigen la materia;
- Ejercer las demás facultades y atribuciones que la Ordenanza de Aduanas u otras leyes conferían a la Junta General de Aduanas, con excepción de aquellas que le corresponden a dicha Junta como Tribunal; y
- Representar al Servicio en todos los asuntos, incluidos los judiciales, en que la ley le asigne la calidad de parte, o de víctima en los delitos aduaneros, y en los recursos extraordinarios que se interpongan en contra del mismo Servicio con motivo de actuaciones administrativas o jurisdiccionales, así como deducir, querellas o denuncias.³²³

De tal Servicio, es de añadir que cuenta con 1.420 funcionarios, que se distribuyen entre la Dirección Nacional, con sede en Valparaíso, diez Direcciones Regionales y seis Administraciones de Aduana. La Institución se hace presente en un total de 90 puntos de control, incluyendo puertos, aeropuertos y avanzadas fronterizas.

2.5.3 Tribunales Tributarios y Aduaneros

En Chile existen Tribunales Tributarios y Aduaneros (TTA) que constituyen la primera instancia ante reclamaciones presentadas por los contribuyentes en la correcta determinación de sus obligaciones y derechos tributarios. Frente a las sentencias de primera instancia que dicten estos tribunales, los contribuyentes pueden recurrir a los Tribunales Superiores de Justicia, ya sea a la Corte de Apelaciones que opera como segunda instancia y la Corte Suprema de Justicia, que opera como instancia superior.³²⁴

Esos órganos se encuentran reglados, primordialmente, por la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros, Ley N° 20.322, del 13 de enero, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera (publicada en el Diario Oficial de 27 de enero 2009).

³²³Ello por los delitos contemplados en el artículo 7 de la ley N 18.480; artículo 7 de la ley N 18.708; y artículos 29, 30 y 31 de la ley N 18.634, para cuyo efecto dicho funcionario podrá, cuando lo estime necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado.

³²⁴Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

Se trata de órganos jurisdiccionales letrados, especiales e independientes en el ejercicio de su ministerio, cuyas funciones, en el ámbito de su territorio, consisten en:³²⁵

- Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes;³²⁶
- Conocer y fallar las denuncias a que se refiere el artículo 161 del Código Tributario y los reclamos por denuncias o giros contemplados en el número tercero del artículo 165 del mismo cuerpo legal;³²⁷
- Resolver las reclamaciones presentadas conforme al Título VI del Libro II de la Ordenanza de Aduanas y las que se interpongan de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 186 y 187 de esa Ordenanza;³²⁸
- Disponer, en los fallos que se dicten, la devolución y pago de las sumas solucionadas indebidamente o en exceso a título de impuestos, reajustes, intereses, sanciones, costas u otros gravámenes;
- Resolver las incidencias que se promuevan durante la gestión de cumplimiento administrativo de las sentencias;
- Conocer del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos a que se refiere el párrafo 2º del Título III del Libro Tercero del Código Tributario;
- Conocer del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos establecido en el párrafo 4 del Título VI del Libro II de la Ordenanza de Aduanas; y
- Conocer de las demás materias que señale la ley.

Al respecto, se entiende por "Juez Tributario y Aduanero", el titular del Tribunal Tributario y Aduanero correspondiente al territorio jurisdiccional respec-

³²⁵Vid., el artículo 1 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³²⁶Ello de conformidad al Libro Tercero del Código Tributario.

³²⁷El artículo 161 del Código Tributario señala que las sanciones por infracción a las disposiciones tributarias, que no consistan en penas corporales, serán aplicadas por el Director Regional competente, o por los funcionarios que designe conforme a las instrucciones que al respecto imparta el Director, previo el cumplimiento de los trámites que ese mismo dispositivo indica. A su vez, el número tercero del artículo 165 del mismo cuerpo legal establece que notificado el giro de las multas a que se refiere el numeral 1 de dicho precepto, o las infracciones de que trata el numeral 2, el contribuyente podrá reclamar por escrito, dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación del giro o de la infracción, en su caso, ante el Director Regional de su jurisdicción.

³²⁸Es de señalar que la Ordenanza de Aduanas fue promulgada por el Ministerio de Hacienda el 18 de octubre de 2004, siendo publicada el 4 de junio de 2005. Su última modificación data del 27 de enero de 2009.

tivo. En el caso de los TTA que existan ambos cargos, las referencias al "Secretario Abogado", se entienden, indistintamente, respecto del "Secretario Abogado Tributario" y del "Secretario Abogado Aduanero".³²⁹

En Chile existe un TTA con asiento en cada una de las siguientes comunas del territorio de la República, con la jurisdicción territorial que en cada caso se indica: ³³⁰

- Arica, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la XV Región de Arica y Parinacota;
- Iquique, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la I Región de Tarapacá;
- Antofagasta, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la II Región de Antofagasta;
- Copiapó, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la III Región de Atacama;
- La Serena, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la IV Región de Coquimbo;
- Valparaíso, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la V Región de Valparaíso;
- Rancagua, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la VI Región del Libertador General Bernardo O'Higgins;
- Talca, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la VII Región del Maule;
- Concepción, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la VIII Región del Bío Bío;
- Temuco, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la IX Región de la Araucanía;
- Valdivia, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la XIV Región de Los Ríos;

³²⁹Ese concepto es para los fines de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros; del Código Tributario; de la Ordenanza de Aduanas; y demás leyes tributarias y aduaneras, salvo que de sus textos se desprenda un significado distinto. Vid., el artículo 2 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³³⁰Vid., el artículo 3 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

- Puerto Montt, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la X Región de Los Lagos;

- Coyhaique, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la XI Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; y

- Punta Arenas, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Asimismo, con asiento en la Región Metropolitana de Santiago, existen los siguientes TTA:³³¹

- Primer Tribunal, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de las comunas de Santiago, Independencia y Recoleta;

- Segundo Tribunal, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de las comunas de Cerro Navia, Colina, Curacaví, Estación Central, Huechuraba, Lampa, Lo Prado, Pudahuel, Quilicura, Quinta Normal, Renca, Til Til, Conchalí, Maipú, Cerrillos, Padre Hurtado, Peñaflores, Talagante, El Monte, Melipilla, San Pedro, Alhué y María Pinto;

- Tercer Tribunal, con un juez, cuyo territorio jurisdiccional es el de las comunas de San Miguel, La Cisterna, San Joaquín, Pedro Aguirre Cerda, Lo Espejo, La Granja, San Ramón, La Pintana, San Bernardo, Calera de Tango, Buín, Paine y El Bosque; y

- Cuarto Tribunal, con dos jueces, cuyo territorio jurisdiccional abarca el de las comunas de Providencia, Las Condes, Vitacura, Lo Barnechea, Ñuñoa, La Reina, Macul, Peñalolén, La Florida, Puente Alto, Pirque y San José de Maipo.³³¹

El Juez Tributario y Aduanero y el Secretario Abogado del TTA son nombrados por el Presidente de la República, de una terna propuesta por la respectiva Corte de Apelaciones. Tal terna se forma de una lista de un mínimo de cinco y un máximo de diez nombres, propuesta por el Consejo de Alta Dirección Pública. El resto del personal de los TTA es nombrado por el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, previo concurso público.³³³

³³¹Vid., el artículo 3 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³³²La distribución de las causas entre los jueces del Cuarto Tribunal se realiza de acuerdo a un procedimiento objetivo y general, que es establecido mediante auto acordado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

³³³Vid., el artículo 5 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

Para los cargos de Juez Tributario y Aduanero y Secretario Abogado son requisitos:

- Poseer título de abogado;
- Haber ejercido la profesión un mínimo de cinco años; y
- Tener conocimientos especializados o experiencia en materias tributarias o aduaneras.

En el caso de los:

- Secretarios abogados, se les pueden requerir específicamente conocimientos o experiencia en materias tributarias o aduaneras, según el cargo que se trata de proveer;
- Los resolutores deberán poseer título de abogado; y
- Los profesionales expertos deben poseer un título profesional de una carrera de por lo menos diez semestres de duración, otorgado por una universidad del Estado chileno o reconocida por éste, preferentemente de abogado, contador auditor o de ingeniero comercial, con conocimientos especializados en materia tributaria.³³⁴

Antes de asumir sus funciones, los Jueces Tributarios y Aduaneros deben prestar juramento o promesa de guardar la Constitución y las leyes de la República de Chile ante el Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones.³³⁵

A lo anterior, es de añadir que los Jueces Tributarios y Aduaneros:³³⁶

- Son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones;
- Permanecen en sus cargos durante su buen comportamiento;³³⁷ y

³³⁴ Vid., el artículo 6 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³³⁵ Vid., el artículo 7 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³³⁶ Vid., el artículo 8 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³³⁷ En todo caso, la Corte Suprema, por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordar su remoción por la mayoría del total de sus integrantes. Estos acuerdos se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento.

- Cesan en sus funciones al cumplir 75 años de edad; por renuncia o incapacidad legal sobreviniente, o, en caso de ser depuestos de sus destinos, por causa legalmente sentenciada.

También es de señalar que los Jueces Tributarios y Aduaneros podrán perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o recusación declaradas.³³⁸

Asimismo, es de indicar que son de competencia de los TTA las reclamaciones en contra de las siguientes actuaciones del Servicio Nacional de Aduanas:³³⁹

- Liquidaciones, cargos y actuaciones que sirvan de base para la fijación del monto o determinación de diferencias de derechos, impuestos, tasas o gravámenes;

- Clasificación y/o valoración aduanera de las declaraciones de exportación, practicada por el Servicio de Aduanas;

- Actos o resoluciones que denieguen total o parcialmente las solicitudes efectuadas; y

- Las demás que establezca la ley.

Finalmente, es de apuntar que:

- Las Cortes de Apelaciones conocerán en segunda instancia de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones del Tribunal Tributario y Aduanero;

- Conocerá de estos recursos la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el tribunal que dictó la resolución apelada;³⁴⁰ y

- La Corte Suprema conocerá de los recursos de casación en la forma y en el fondo que se deduzcan contra las sentencias de segunda instancia dictadas por las Cortes de Apelaciones.³⁴¹

³³⁸ Eso en virtud de las causales contempladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Para estos efectos, se aplican, en lo pertinente, los artículos 199 a 202, 204 y 205 del mismo Código.

³³⁹ Vid., el artículo 117 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³⁴⁰ Vid., el artículo 118 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

³⁴¹ Vid., el artículo 119 de la Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.

2.6. Complejidad del sistema tributario chileno

Diversos autores chilenos critican al sistema tributario chileno por su alta complejidad, sobre todo en lo que hace a la regulación del impuesto a la renta.

En ese sentido, Michael Jorratt asevera que el sistema tributario chileno está lejos de ser un sistema óptimo, porque persisten una serie de situaciones particulares que ocasionan ineficiencias; existe una marcada inequidad en el tratamiento tributario de las rentas del capital y del trabajo; y, sobre todo, hay mucho por hacer en cuanto a la simplificación de la estructura tributaria, particularmente en relación con el Impuesto a la Renta, que es la mayor fuente de complejidad.

Michael Jorratt explica que los sistemas simples son más fáciles de fiscalizar y que existen al menos tres razones que aconsejan buscar un sistema tributario más simple:³⁴²

La primera, es que los sistemas tributarios modernos son de autodeclaración, por lo que conviene que sean simples, para facilitar la correcta declaración de los contribuyentes. La segunda razón, es que los sistemas complejos obligan a las personas y empresas a gastar más recursos para poder cumplir con sus obligaciones tributarias, los cuales en otras circunstancias podrían destinarse a actividades productivas. La tercera razón, y tal vez la más importante, es que los sistemas tributarios complejos facilitan la evasión y elusión de los impuestos, con todos los efectos negativos que esto conlleva. En relación con este punto, se debe destacar que los sistemas tributarios simples aparecen como más justos, lo que favorece un mayor cumplimiento tributario. La complejidad del sistema tributario genera mayores costos, tanto para el contribuyente como para la administración tributaria. el contribuyente debe invertir mayor tiempo y dinero para poder cumplir con sus obligaciones tributarias.

El citado autor critica al sistema tributario chileno, señalando que es excesivamente complejo, especialmente por lo que hace al impuesto a la renta, donde incluso hay la necesidad de utilizar el Registro de Fondos de Utilidades Tributables, que es un registro tal vez único en el mundo, y que a juicio de muchos expertos tributarios es el aspecto más complejo del impuesto.

Michael Jorratt proporciona ejemplos de esa complejidad que atañe al sistema tributario chileno:³⁴³

- La gran cantidad de incentivos que establece;
- La coexistencia de regímenes distintos de tributación para las empresas;

³⁴²Vid., JORRATT, Michael, Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno, Op. Cit.

³⁴³Ibid.

- Las variadas franquicias;³⁴⁴
- Las variadas exenciones;
- La brecha que existe entre la tasa de impuesto a las empresas (17%) y la tasa marginal máxima de los impuestos personales (40%);³⁴⁵ y
- El que las franquicias, regímenes especiales, exenciones, etc., por lo general se vean reflejados en leyes e instructivos más extensos, en mayor número de formularios y líneas de declaración, y en cálculos más sofisticados para determinar las obligaciones tributarias de los contribuyentes y para someterlas a fiscalización.

Michael Jorratt indica que el tratamiento preferencial a las rentas empresariales tiene una serie de problemas y desventajas que deben ser considerados; ello porque, en primer lugar, aumenta la complejidad del impuesto a la renta, lo que implica mayores costos de cumplimiento y de administración; y en segundo lugar, crea incentivos a la elusión, que deben ser frenados con normas legales, que a su vez agregan más complejidad al sistema tributario.

A ello, estima que:³⁴⁶

- En el ámbito de la política tributaria, una reforma para una mayor equidad debería contemplar, como ideas matrices: la derogación de la mayoría de las franquicias tributarias actuales; la homogenización de la tributación de los distintos tipos de renta; un incremento moderado de la tasa del impuesto a las empresas; y una reducción de las tasas marginales de los impuestos personales; y
- En el plano de la administración tributaria, se debería abandonar la segmentación de contribuyentes por tamaño, reemplazándola por otra que tome en cuenta las características tributarias y los riesgos particulares de cada grupo.

³⁴⁴ Michael Jorratt explica que el número de franquicias ha venido aumentando apreciablemente en Chile. A modo de ejemplo, basta ver lo ocurrido durante 1999, en que se promulgaron las leyes 19.606 y 19.622. La primera, conocida como Ley Austral, para establecer franquicias tributarias a las empresas que realicen inversiones en las regiones XI y XII y en la provincia de Palena. La segunda, contempla una rebaja a la renta por el pago de dividendos en la adquisición de viviendas nuevas. Estas franquicias hallan justificación por los incentivos a la inversión en zonas extremas, en un caso, o por los beneficios o estímulos a la reactivación de la economía chilena. *Ibíd.*

³⁴⁵ Michael Jorratt dice que una característica particular del impuesto a la renta es la brecha que existe entre la tasa del Impuesto de Primera Categoría (17%) y la tasa marginal máxima del Impuesto Global Complementario (40%). Esta brecha, más la tributación de las utilidades sobre base retirada, genera incentivos a la elusión, que deben ser frenados a través de normas tales como la presunción de retiros o la tributación especial sobre gastos rechazados. *Vid., JORRATT, Michael de Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Op. Cit., p. 35.*

³⁴⁶ *Ibíd.*, p. 35.

Otro experto en sistemas tributarios, Samuel Vergara Hernández, reprocha la excesiva complejidad del sistema tributario chileno, particularmente en cuanto a los tributos establecidos en la LSIR, y dice que ello tiene una alta correlación con los niveles de evasión, además de generar mayores costos, tanto para el cumplimiento del contribuyente como para la fiscalización que realiza la administración tributaria.³⁴⁷

Samuel Vergara Hernández refiere que el sistema tributario chileno es muy complejo, ya que:

- Contempla distintos impuestos, regímenes, beneficios, franquicias, exenciones, créditos, etc., algunos de ellos innecesarios, inconvenientes e ineficientes;
- Sus normas están dispersas en distintos textos legales, algunos de ellos totalmente desconocidos;³⁴⁸
- Sus normas no están correctamente redactadas, sino que, en muchos casos, son ininteligibles, incluso para los especialistas, por estar redactadas con palabras ambiguas, que permiten diversas interpretaciones, y vagas, pues no se sabe con precisión cuál es su alcance (es decir, cuál es su ámbito de aplicación), o por ser contradictorias o incompletas, caracterizadas por una defectuosa técnica legislativa;
- Son frecuentes las modificaciones legales, con el fin, por ejemplo, de cubrir supuestos vacíos legales o evitar la elusión;
- Hay cantidad de leyes, con una proliferación de normas jurídicas, muchas de ellas innecesarias, contradictorias o reiterativas, generando inflación legislativa, que afecta frecuentemente a los operadores jurídicos, ya que tienen que verificar si una norma está o no derogada tácitamente. Además, produce inseguridad jurídica;
- Son comunes las interpretaciones antojadizas y contrarias al sentido y espíritu de la ley, efectuadas por la Administración Tributaria, vulnerando el principio de legalidad;

³⁴⁷ VERGARA HERNÁNDEZ, Samuel, Complejidad del Sistema Tributario Chileno, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile, 2008, pp. 38 a 52.

³⁴⁸ El citado autor afirma que el Código Tributario chileno no puede considerarse un verdadero Código, pues no reúne sistemáticamente las distintas materias tributarias en un solo texto, sino que, por el contrario, regula parcialmente el Derecho Tributario Administrativo, el Derecho Tributario Procesal y el Derecho Tributario Penal. Por consiguiente, el Derecho Tributario sustancial o material se halla disperso en distintas leyes, a saber: Ley sobre Impuesto a la Renta, Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, Ley sobre Impuesto Territorial, Ley sobre Impuesto a las Herencias y Donaciones, Ley de Timbres y Estampillas, etc.

- Existe una falta de armonización de las distintas leyes tributarias que conforman el sistema;
- Coexisten 14 regímenes distintos de tributación para las empresas;
- La tributación de las ganancias de capital varía en función del tipo de activo que genera la ganancia, del tipo de contribuyente que la percibe y de la habitualidad de la operación;
- La tributación de las rentas de capitales mobiliarios varía según el tipo de activo que genera la renta y según el tipo de contribuyente que la percibe. Hay rentas afectas y rentas exentas, rentas con retención y rentas sin retención, etc.;
- La tributación de las rentas de arrendamiento de bienes raíces varía dependiendo de quién percibe la renta, del tipo de bien raíz, de la calidad en que se explota, del avalúo fiscal del bien raíz y del monto de la renta en relación con su avalúo fiscal;
- Hay una brecha entre la tasa de impuesto a las empresas (17%) y la tasa marginal máxima de los impuestos personales (40%). De esta característica del impuesto a la renta deriva también la necesidad de utilizar el Registro de Fondos de Utilidades Tributables, un registro que a juicio de muchos expertos tributarios es el aspecto más complejo del impuesto a la renta; y
- Las reformas de la LSIR, desde su introducción en los 70s, parecen haber seguido una tendencia contraria a la simplificación.

El citado experto, reflexiona que:

- La complejidad del sistema tributario genera ineficiencia, porque produce mayor resistencia a cumplir voluntariamente las obligaciones tributarias, hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones tributarias, por un lado; y, por el otro, porque dificulta la función fiscalizadora y, consiguientemente, la recaudación fiscal, conduciendo a una mayor evasión y elusión tributarias; y
- La complejidad del sistema origina situaciones de inequidad tributaria, ya que los contribuyentes, por desconocimiento o por no comprender el sentido y alcance de la normativa tributaria, no pueden aprovechar todos los beneficios, franquicias, exenciones y regímenes impositivos establecidos en su favor, con el fin de hacer más justo el sistema.

Samuel Vergara Hernández plantea que el modo de eliminar la alta complejidad del sistema tributario chileno reside en:

- Utilizar una técnica legislativa adecuada; es decir, la correcta redacción de las leyes tributarias, de manera que sean entendidas por cualquier contribuyente, sin necesidad de tener que contratar asesoría especializada;
- Efectuar una verdadera codificación del Derecho Tributario, reuniendo sistemática y armónicamente las distintas leyes tributarias en un solo texto;
- Evitar modificaciones legales que no guarden correspondencia o armonía con el resto del sistema;
- Eliminar todas las ineficiencias del sistema tributario, como beneficios o regulaciones que no se justifiquen; y
- Mantener la equidad del sistema tributario con las regulaciones o tratamientos tributarios especiales que sean estrictamente necesarios y convenientes.

A lo anterior, es de concluir que en el sistema tributario chileno hay un trecho muy largo que recorrer rumbo a su simplificación, especialmente en lo que al Impuesto a la Renta se refiere, lo que lleva a que, hoy por hoy, sea calificado como excesivamente complejo, fuente de ineficiencias, inequidades, y generador de evasión y elusión fiscal.

2.7 Explicación de por qué Chile ha podido incrementar su recaudación en las últimas dos décadas

Como señalamos anteriormente, un estudio de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), presentado el 31 de mayo de 2010, dejó ver el nivel medio de ingresos tributarios de Chile, situándolo en el lugar veinte (en una escala de más a menos) de entre treinta y cuatro países de América Latina y el Caribe, en porcentajes relacionados con el PIB, en los años 1990, 2000 y 2008.

Ese estudio evidenció que los ingresos tributarios de Chile fueron ascendiendo en las últimas dos décadas, ya que en 1990 alcanzaron la cifra de 15,5% del PIB; en el año 2000, el 18,9%; y en 2008, el 20,9%.

La pregunta es ¿cuál es la explicación de ese incremento?

La respuesta, la encontramos, en principio, en el aumento de impuestos ocurrido en las última dos décadas en Chile, a saber:

- En los 90s el impuesto a la renta de las empresas que comprende el Impuesto de Primera Categoría tenía una tasa de 15%. Durante los años calendarios del 2002 y 2003 la tasa subió al 16% y 16,5%, respectivamente.

Finalmente, esa alícuota escaló al 17%, a partir del 1 de enero del 2004.

De ese modo, en la última década, la tasa se elevó del 15% al 17%;

- A finales de los 80s la tasa del IVA era del 16%. En los 90s la tasa subió para ubicarse en un 18%. Más adelante, por reforma del 13 de agosto del 2003, esa tasa se elevó al 19%, a contar del 1 de octubre de ese año. Y aunque se suponía que a partir del 1 de enero del 2007 la tasa regresaría al 18%, continúa en el mismo 19% hasta la actualidad.

De ahí resulta que en las últimas dos décadas, la tasa del IVA haya subido del 16% al 19%; y

- Por lo que hace al Impuesto a los Tabacos Manufacturados las alícuotas han ido aumentando, siendo que las anteriores eran del rango siguiente: el 51% para cigarros puros; el 50,4%, para cigarrillos; y el 47,9% para tabaco elaborado, sea en hebra, tableta, pastas o cuerdas, granulados, picadura o pulverizado.

Hoy los cigarros puros pagan un impuesto de 52,6% sobre su precio de venta al consumidor.

Por su parte, los paquetes, cajas o envoltorios de cigarrillos pagan un impuesto específico equivalente a 0,0000675 unidades tributarias mensuales por cada cigarrillo que contengan; y, además, un impuesto de 62,3%, que se aplica sobre el precio de venta al consumidor.

A su vez, el tabaco elaborado, sea en hebra, tableta, pastas o cuerdas, granulados, picadura o pulverizado, paga un impuesto de 59,7% sobre el precio de venta al consumidor. A esto, es de indicar que el impuesto al tabaco, para el período comprendido de 1990 a 2006, representó entre un 3% y un 4,2% de la recaudación total.

A lo anterior, no pasa inadvertido que en las últimas dos décadas, en Chile también ha habido disminuciones en tributos, que han sido compensados, en cierta medida, por el alza de aumentos mencionada, pero que de ninguna manera esas rebajas igualan a los aumentos señalados. Así:

- En el impuesto de Segunda Categoría, que se aplica a rentas del trabajo, y que tenía en los años 90s una tasa marginal máxima del 45%, bajó manteniéndose hasta la actualidad en el 40%; y

- La tasa del impuesto que grava las importaciones bajó de un 15% al 6% en la actualidad.³⁴⁹

Tampoco pasa desapercibido que en un estudio realizado por Michael Jorratt acerca de la tributación directa en Chile, referido a la década de 1996 a 2006, expone que en esos años la mayor recaudación no se explica por el incremento a Impuesto a la renta sino, fundamentalmente, por los mejores resultados de las empresas mineras de cobre.³⁵⁰

Tal estudio abarca sólo a los impuestos directos, no así a los impuestos indirectos, cual es el caso del IVA. Por lo tanto, no toma en cuenta la mayor recaudación derivada del incremento al citado gravamen ocurrido en la última década. Por consiguiente, la conclusión de Michael Jorratt sólo revela que la mayor recaudación en la referida década, no se debe a los incrementos experimentados por el Impuesto a la Renta, sino a los mejores resultados de las empresas mineras.

Por lo que hace al IVA es de considerar que en la actualidad aporta al menos el 40% de la recaudación total en Chile.

Ello sin soslayar que ese nivel de recaudación tiene que ver con la circunstancia de que haya subido tres puntos porcentuales, para ubicarse en su tasa actual de 19%.

De lo anterior, podemos concluir que en Chile el que la recaudación haya pasado de la cifra de 15.5% del PIB, en 1990, al 18.9%, en el año 2000, al 20.9%, en el 2008, no encuentra su explicación en una política tributaria que hubiese ampliado la base de contribuyentes.

Tampoco encuentra su justificación en un gran crecimiento económico que haya producido un aumento significativo de la tributación.

En realidad, el aumento de la recaudación ocurrido en las últimas dos décadas en Chile se debe al incremento de impuestos (particularmente del IVA). Ello aunado a que las empresas mineras de cobre han tenido mejores resultados en los últimos años, por la subida de precio de ese metal, con la consecuente mayor recaudación derivada de esa circunstancia.³⁵¹

³⁴⁹ Ello sin desconocer que debido a la firma de acuerdos comerciales con distintos países el arancel promedio efectivo está en torno al 2%.

³⁵⁰ Vid., JORRATT, Michael De Luis, La tributación directa en Chile: equidad y desafíos, Serie Macroeconomía del desarrollo, N° 92, septiembre de 2009, p. 33.

³⁵¹ El alto precio del cobre en el último tiempo, que ha producido un aumento significativo de la tributación a la renta de las empresas mineras privadas.

CONCLUSIONES

1. La Constitución de la República de Chile establece las pautas fundamentales en materia tributaria. Con apoyo en ella, en Chile se han expedido diversas leyes en materia tributaria: unas básicas y otras complementarias. Asimismo, se han celebrado tratados internacionales en esa materia.

2. En Chile, la estructura tributaria comprende una amplia y extensa gama de tributos. El sistema tributario está constituido por impuestos directos e impuestos indirectos. Dentro los directos se encuentra el Impuesto a la Renta. Dentro de los indirectos se ubica el Impuesto a las Ventas y Servicios (IVA);

3. El Impuesto a la Renta, se divide en: de primera categoría, de segunda categoría y el global complementario, aunque hay otros gravámenes, como el impuesto adicional.

4. En el impuesto de primera categoría, la fuente generadora de las rentas es el "capital", como elemento preponderante e indispensable en el desarrollo de la actividad. En este se aplica una tasa de 17%. Esa tasa antes del 2002, era del 15%.

5. El impuesto de Segunda Categoría se aplica a rentas del trabajo. La tasa del impuesto a trabajadores dependientes se aplica de acuerdo a una escala progresiva, donde la tasa marginal mínima es del 5%, y la máxima es del 40%. Para los trabajadores por honorarios se aplica una sola tasa.

6. El Impuesto Global Complementario grava todas las rentas obtenidas por la persona en un año determinado (honorarios, retiros de empresas, dividendos, ganancias de capital, etc.) con una escala progresiva de tasas, excepto las del trabajo dependiente, que pagan el impuesto de Segunda Categoría en carácter de único. Tratándose de personas no residentes, el Global Complementario es sustituido por el impuesto Adicional, que aplica una tasa fija de 35% a las remesas al extranjero.

7. En Chile hay un Impuesto adicional que afecta a las personas naturales o jurídicas que no tienen residencia ni domicilio en Chile, y opera sobre las utilidades distribuidas o retiradas por la vía de remesas hacia el exterior, de fuente chilena.

8. En Chile hay un Impuesto Específico que afecta a la Renta Operacional de la Actividad Minera.

9. En Chile el Impuesto a las Ventas y Servicios (IVA) es el principal en la estructura tributaria. Su tasa es del 19% y aporta alrededor del 40% de la recaudación total.

10. En Chile hay los siguientes impuestos adicionales al IVA: el impuesto específico a productos suntuarios; impuestos a bebidas alcohólicas, analcohólicas y productos similares; e impuestos específicos a los productos derivados de hidrocarburos líquidos o gaseosos.

11. Otros impuestos en Chile son: el Impuesto de Timbres y Estampillas el; Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones; y el Impuesto al Comercio Exterior.

12. El sistema tributario chileno es altamente complejo, sobre todo en lo que hace al impuesto a la renta.

13. Los recursos del Gobierno Central chileno son recaudados por el Servicio de Impuestos Internos (SII), que es un órgano al que corresponde la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente.

14. En materia aduanera, Chile cuenta con el Servicio Nacional de Aduanas (SNA), que tiene una larga historia, y juega un importante papel en el desarrollo del comercio exterior y en la fiscalización del ingreso y salida de mercancías de ese país.

15. En Chile existen Tribunales Tributarios y Aduaneros (TTA) que constituyen la primera instancia ante reclamaciones presentadas por los contribuyentes en la correcta determinación de sus obligaciones y derechos tributarios.

16. El nivel de recaudación de Chile, en comparación con otros países latinoamericanos y del Caribe, está en un rango medio. En ese nivel, Chile (en una escala de más a menos), se sitúa en el lugar veinte de entre treinta y cuatro países de América Latina y el Caribe, en porcentajes relacionados con el PIB, en lo recaudado en los años 1990, 2000 y 2008.

17. De los ingresos tributarios de Chile, es de observar que su carga tributaria ha ido en ascenso, ya que en 1990, alcanzó la cifra de 15.5%; para el año 2000 llegó al 18.9%; y en 2008 aumentó a un 20.9% del PIB.

18. El que en Chile la recaudación se haya incrementado de 1990 al 2008, se explica por el aumento de las tasas de impuestos ocurridos en las últimas dos décadas, sobre todo en lo que atañe al IVA, así como por los mejores resultados de las empresas mineras, con la consecuente mayor recaudación a ese sector.

BIBLIOGRAFÍA

- CUEVAS OZIMICA, Alberto, Tendencias internacionales en materia de impuestos al valor agregado y otros impuestos al consumo. Una mirada desde el sistema chileno, en la obra *Tributación en un Mundo Globalizado*, Santiago de Chile, Editor Jorge Espinosa, Departamento de Control de Gestión y Sistemas de Información del Centro de Estudios Tributarios de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, 2008.
- HENRÍQUEZ YÁÑEZ, José, *Doble Tributación Internacional*, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile. Disponible en <http://www.cetuchile.cl/n-2-marzo-2010/doble-tributacion-internacional> (consultado en febrero de 2011).
- IBACETA RIVERA, Harry, *Medidas tributarias del Plan Chile Compite*, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile, 2008
- INFANTE B., Ricardo y SUNKEL, Osvaldo, Chile: hacia un desarrollo inclusivo, *Revista CEPAL* 97, abril de 2009.
- JAQUE L., Javier ¿Cómo funciona el sistema tributario chileno? Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.cnnchile.com/economia/2010/04/15/como-funciona-el-sistema-tributario-chileno/> (consultado en febrero de 2011).
- JORRATT, Michael, *Diagnóstico del Sistema Tributario Chileno*, marzo de 2000, Disponible en la siguiente dirección: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/tributarios16.htm(consultado en marzo de 2011).
- JORRATT, Michael de Luis, *La tributación directa en Chile: equidad y desafíos*, Serie Macroeconomía del desarrollo, Santiago de Chile, N° 92, septiembre de 2009.
- JORRATT, Michael y BARRA, Patricio, *Un análisis del sistema tributario chileno*, Santiago de Chile, Servicio de Impuestos Internos, Subdirección de Estudios, junio de 1998.
- PAUNOVIC, Igor, *Panorama General del Gasto Público en América Latina y México*, Cámara de Diputados, el 14 de mayo de 2007.
- RUIZ, Tomás, *El sistema fiscal mexicano: avances y retos. Propuestas para una reforma fiscal integral*, *Revista Mercado de Valores*, Nacional Financiera, México, Distrito Federal, Año LIX, 7 de julio de 1999.
- SERRA, Pablo, *La reforma al sistema tributario chileno: una tarea inconclusa*. Disponible en: www.cepchile.cl (consultada en febrero de 2011).
- VILLEGAS, Héctor, *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2000.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de la República de Chile.
- Código Tributario.
- Ley sobre Impuesto a la Renta.
- Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios.
- Ley Sobre Impuesto a los Tabacos Manufacturados.
- Ley sobre Impuesto de Timbres y Estampillas.
- Ley sobre el Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.
- Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.
- Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.
- Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros.
- Ley De Presupuestos para el Sector Público, correspondiente

al año 2011.

OTRAS FUENTES

- CENSO 2002, Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, Santiago de Chile, Marzo de 2003.
- Censo de población y Vivienda 2010, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, México, Marzo de 2011.
- Chile es calificado como el país más transparente de Latinoamérica. Disponible en la siguiente página: <http://www.thisischile.cl/reviews.aspx?SEC=97&ID=5583&eje=negocios&idioma=1><http://www.thisischile.cl/reviews.aspx?SEC=97&ID=5823&eje=negocios&idioma=1> (consultada en enero de 2011).
- Descripción General de los Impuestos aplicados en Chile, Base de Datos de Tributación del CIAT. Disponible en la siguiente dirección: http://actualicese.com/editorial/recopilaciones/SistemasTributarios/SistemasTributariosInternacionales/dcl_sistema_tributario_chile.pdf (consultado en febrero de 2011).
- Descripción del Sistema Tributario Chileno. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.gntconsultoria.cl/publicaciones/gntsistematributario.pdf> (consultado en febrero de 2011).
- La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Estudio presentado durante el Trigésimo tercer periodo de sesiones de la CEPAL. Coordinado por Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, con la colaboración de Antonio Prado, Secretario Ejecutivo Adjunto, y Martín Hopenhayn, Director de la División de Desarrollo Social, Brasilia, 31 de mayo de 2010.
- Reporte Tributario, N° 11, Diciembre/2010, análisis tributario-económico de la Ley 20.241 de 19.01.2008, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile, 2010.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2010, Edición del Vigésimo Aniversario, 4 de noviembre de 2010.
- Reforma tributaria y distribución del ingreso en Chile: una aplicación de equilibrio general computable, Disponible en: <http://www.bcentral.cl/conferencias-seminarios/seminarios/pdf/cmardones.pdf> (consultada en febrero de 2011).
- Santiago entre las ciudades que mejor superaron la crisis. Disponible en <http://www.thisischile.cl/reviews.aspx?SEC=97&ID=5823&eje=negocios&idioma=1> (consultada en febrero de 2011).

**LA FALSEDAD DE DECLARACIONES COMO
INSTRUMENTO DE OBSTRUCCIÓN DE JUSTICIA
ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LOS CASOS DE
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y MÉXICO**

MTRO. JESÚS RUIZ MUNILLA

* Maestro en Amparo, por la Universidad Autónoma de Durango. Director de Estudios de Constitucionalidad, del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de diputados.

INTRODUCCIÓN

En México se tiene la percepción generalizada de que impera una enorme impunidad¹ en la investigación y, sobre todo sanción, de delitos y conductas que dañan a la sociedad.

Para algunos investigadores sociales, en México se toleran la impunidad y la corrupción como males necesarios, aunque no dejan de ser cuestionadas y criticadas:²

Ambos conceptos son distintos, sin embargo:

*Se encuentran íntimamente ligados porque, en un sistema en que se permite la corrupción, ésta puede logra la impunidad, aunque no necesariamente la impunidad implica la corrupción.*⁴

Desde luego investigar todas las causas e implicaciones de la impunidad excede el objetivo de este trabajo de investigación, razón por la que sólo nos ocuparemos de hacer un análisis descriptivo de una sola de las causas señaladas como causantes de la impunidad: el escaso o inexistente castigo a la falsedad de declaraciones.

Haremos un análisis descriptivo de cómo esta conducta está regulada, y en caso, sancionada, en los Estados Unidos de América, así como en México, para arribar a las conclusiones pertinentes.

Mentirle a una autoridad es en México un delito frecuente pero poco castigado.

Del año 2006 al 2008, el delito de perjurio —conocido en el país como falsedad en declaraciones rendidas ante una autoridad judicial— ocupó el noveno lugar entre 40 delitos federales. Según datos del Consejo de la Judicatura Federal, la PGR acusó de este delito a 2 mil 280 personas, equivalentes al 1.7 por ciento de los reos federales. Sin embargo, no hay una sanción significativa, pues se establece una pena de dos a seis años de cárcel, pero ni siquiera así se conoce de casos en que se aplique. A nivel estatal, sólo el Distrito Federal califica el delito como grave, mientras que en 12 entidades, la pena máxima es conmutable por multa³

¹La palabra “impunidad” proviene del latín “impunitas-atis” cuyo significado literal sería “sin castigo”.

²Buelna, María Elvira, 2001, “Orígenes de la impunidad en México”. Disponible en el ARCHIVO de Tiempo y Escritura en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/tye/origenesdelaimpunidadenmexico.htm>

³Idem.

⁴ Periódico El Norte, Monterrey, N.L., 20 de Enero de 2009, p. 18-A.

Sin embargo, en México aún no hay un sistema estadístico confiable que permita saber cuántas averiguaciones previas se iniciaron por el delito de falsedad en declaraciones, ni mucho menos cuántos de esos casos terminaron en sentencia definitiva ejecutoriada.

Según el diputado Arturo Zamora Jiménez :⁵

En México, la impunidad llega casi a 94 por ciento, lo que significa que de cada 100 delitos realmente se castigan seis, y en el caso de Estados Unidos de cada 100 ilícitos que se denuncian terminan por sancionarse poco más de 90⁶

En la encuesta sobre “Estado de Derecho” realizada en el año 2009 por el World Justice Project,⁷ se afirma lo siguiente:

México obtuvo el lugar 34 de 35 en términos de la efectividad del sistema judicial, en parte, debido a las deficiencias en los sistemas de investigación criminal y procesos judiciales; discriminación prevalente en contra de grupos vulnerables; y corrupción en los cuerpos policiales.

De acuerdo con una encuesta realizada por el World Justice Project a 1,000 personas en el Distrito Federal, Guadalajara y Monterrey en el 2009, solo 7% de los casos de robo a casa habitación terminaron en el encarcelamiento del autor del ilícito, un número bastante bajo si se le compara con el 12% promediado por el resto de los países.

México obtuvo posiciones que oscilaron entre los lugares 13 y 34, dependiendo del factor analizado entre los 35 países: poderes limitados del gobierno (21); ausencia de corrupción (32); leyes claras, publicitadas y estables (17); orden y seguridad (27); derechos fundamentales (24); gobierno abierto (13); reglamentación y cumplimiento (31); acceso a la justicia civil (30), y justicia penal eficaz (34).

De acuerdo con el estudio, que evalúa 37 distintas dimensiones del estado de derecho, México se colocó último entre siete países latinoamericanos en términos de acceso al sistema de justicia civil (de resolución de disputas). A pesar del buen desempeño al garantizar medios accesibles de asistencia legal, las personas en México que acuden a las cortes enfrentan procesos más largos que individuos en otros países latinoamericanos. El país quedó en el sitio 24 en derechos fundamentales, el puesto 32 en lo relacionado con corrupción y 30 en acceso a la justicia civil

En el presente trabajo, haremos una investigación de tipo descriptiva, para saber cuántos tipos de conductas tendientes a la falsedad de declaraciones puede haber, así como ver cómo está regulado en los Estados Unidos de América

⁵ Diputado Federal por el distrito electoral 4 de Jalisco, con cabecera en Zapopan, perteneciente al Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, en la LXI Legislatura, integrante de las comisiones de Defensa Nacional, Justicia, Gobernación y Jurisdiccional.

⁶ Periódico La Jornada, Jueves 3 de junio de 2010, p. 5

⁷ <http://www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>

y posteriormente en México, para poder determinar si acaso el problema reside en la sanción misma por la comisión del delito, o bien en la forma de aplicar las sanciones correspondientes.

1. LA FALSEDAD DE DECLARACIONES EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En USA, a este delito se le conoce como “perjuro”, que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es una palabra que proviene del latín “periurium” y quiere decir “juramento en falso” o “quebranto de la fe jurada”.⁸

Aunque mucha gente considera que perjurar y mentir son términos intercambiables, en realidad son diferentes.

El perjuicio es un delito federal, y como todos los delitos federales, deben cumplirse ciertos requisitos para que una persona sea culpable de perjuicio.

El delito federal de perjuicio se define en el Código de los Estados Unidos en el título 18, parte 1, capítulo 79, del Código de los Estados Unidos. De acuerdo con esa ley, una persona comete perjuicio si:⁹

⁸http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=perjuicio

⁹http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sec_18_00001621----000-.html

Title 18. Part 1. Chapter 79.

1621. Perjury generally

(1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or

(2) in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true;

is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States.

1622. Subornation on perjury

Whoever procures another to commit any perjury is guilty of subornation of perjury, and shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

1623. False declarations before grand jury or court

(a) Whoever under oath (or in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code) in any proceeding before or ancillary to any court or grand jury of the United States knowingly makes any false material declaration or makes or uses any other information, including any book, paper, document, record, recording, or other material, knowing the same to contain any false material declaration, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

(b) This section is applicable whether the conduct occurred within or without the United States.

(c) An indictment or information for violation of this section alleging that, in any proceedings before or ancillary to any court or grand jury of the United States, the defendant under oath has

- Ha prestado juramento ante un tribunal competente, funcionario, o persona;
- En cualquier caso en que la ley de los Estados Unidos autorice que deba efectuarse un juramento;
- Que testifique, declare, deponga, o certifique que es verdad, o que suscriba cualquier testimonio por escrito, declaración, deposición o certificación afirmando que es cierta; y,

knowingly made two or more declarations, which are inconsistent to the degree that one of them is necessarily false, need not specify which declaration is false if—

(1) each declaration was material to the point in question, and

(2) each declaration was made within the period of the statute of limitations for the offense charged under this section.

In any prosecution under this section, the falsity of a declaration set forth in the indictment or information shall be established sufficient for conviction by proof that the defendant while under oath made irreconcilably contradictory declarations material to the point in question in any proceeding before or ancillary to any court or grand jury. It shall be a defense to an indictment or information made pursuant to the first sentence of this subsection that the defendant at the time he made each declaration believed the declaration was true.

(d) Where, in the same continuous court or grand jury proceeding in which a declaration is made, the person making the declaration admits such declaration to be false, such admission shall bar prosecution under this section if, at the time the admission is made, the declaration has not substantially affected the proceeding, or it has not become manifest that such falsity has been or will be exposed.

(e) Proof beyond a reasonable doubt under this section is sufficient for conviction. It shall not be necessary that such proof be made by any particular number of witnesses or by documentary or other type of evidence.

Traducido libremente por el autor, diría más o menos así:

1621. Generalidades del Perjurio

El que-

(1) haber prestado juramento ante un tribunal competente, funcionario o persona, en cualquier caso en que una ley de los Estados Unidos autoriza un juramento para ser administrado, que va a testificar, declarar, deponer o certificar realmente, o que ningún testimonio escrito, la declaración, la deposición, o certificado suscrito por él, es cierto, deliberadamente y en contra de tales estados juramento o suscriba cualquier cuestión material que él no cree para ser verdad, o

(2) en cualquier otra declaración, certificado de verificación, o una declaración bajo pena de perjurio según lo permitido bajo la sección 1746 del título 28 , Código de Estados Unidos, se suscribe voluntariamente como verdadero cualquier cuestión material que él no cree que es verdad;

es culpable de perjurio y, excepto en los casos expresamente previstos por la ley, será multado bajo este título o encarcelado por no más de cinco años, o ambas cosas. Esta sección es aplicable si la declaración o la suscripción se realiza dentro o fuera de los Estados Unidos.

1622. Soborno de perjurio.

El que induzca a otro a cometer perjurio, es culpable de soborno de perjurio y será multado bajo este título o encarcelado por no más de cinco años, o ambas cosas.

1623. Falsas declaraciones ante el gran jurado o un tribunal

(A) El que bajo juramento (o en cualquier otra declaración, certificado de verificación, o una declaración bajo pena de perjurio según lo permitido bajo la sección 1746 del título 28 , Código de Estados Unidos) en cualquier proceso ante o auxiliar a cualquier tribunal o jurado de las Naciones Unidas Estados sabiendas haga cualquier declaración material falsa o presente o se utiliza cualquier otra información, incluyendo cualquier libro, papel, documento, registro,

- Contrario a dicho juramento, intencionalmente declare o suscriba cualquier material que sepa que no es la verdad.

En consecuencia, no toda mentira constituye perjurio. Una persona debe haber rendido un juramento prometiendo que diría la verdad o falsedad de un hecho material. Por ejemplo, si una persona miente acerca del número de hijos que tiene, ocultando el hecho de que tiene un hijo ilegítimo y que ese hecho no es pertinente con el caso de un accidente automovilístico en el que testifica, entonces el hecho probablemente no será considerado material y el cargo de perjurio no se justificará.

Los Estados de la Unión tienen ordenamientos similares acerca del perjurio que son aplicables si el perjurio tuvo lugar en un juramento rendido ante un tribunal estatal o en un procedimiento de un tribunal estatal.

grabación, o de otro material, sabiendo que el mismo contiene una declaración material falsa, será multado bajo este título o encarcelado por no más de cinco años, o ambas cosas.

(B) Este punto se aplicará si la conducta ocurrió dentro o fuera de los Estados Unidos.

(C) Una acusación o información por la violación de esta sección, alegando que, en ningún procedimiento antes o auxiliares a cualquier tribunal o jurado de los Estados Unidos, el acusado bajo juramento, a sabiendas, realizó dos o más declaraciones, que son incompatibles con el grado que uno de ellos es necesariamente falso, no es necesario especificar que la declaración es falsa si-

(1) cada declaración era material para el punto en cuestión, y

(2) cada declaración se hizo en el plazo de la prescripción para el delito imputado en esta sección.

En cualquier enjuiciamiento en virtud de esta sección, la falsedad de una declaración que figura en la acusación o la información se establecerán suficiente para la condena de la prueba de que el acusado, mientras que bajo juramento hizo declaraciones contradictorias irreconciliablemente material hasta el punto de que se trata en cualquier proceso ante o auxiliares de las cualquier tribunal o jurado de acusación. Será una defensa a una acusación o información de conformidad con la primera frase de este apartado que el acusado en el momento en que hizo cada declaración creía que la declaración era verdad.

(D) Cuando, en el continuo mismo tribunal o de un gran jurado en el que se haga una declaración, la persona que hace la declaración admite que dicha declaración es falsa, tal admisión impedirá enjuiciamiento en virtud de esta sección si, en el momento de la admisión se hace, la declaración no ha afectado sustancialmente el procedimiento, o no se ha hecho evidente que la falsedad como ha sido o va a estar expuestos.

(E) La prueba más allá de una duda razonable en virtud de esta sección es suficiente para la condena. No será necesario que dicha prueba sea hecha por un número determinado de testigos o por documentos u otro tipo de pruebas

1.1. Castigos penales posibles para un caso de perjurio

A nivel federal, la pena usual para un caso de perjurio consiste en una multa, un tiempo de cárcel que no exceda de cinco años, o en ambas. Existen diferentes sentencias para aquellos convictos de perjurio de acuerdo con las leyes estatales.

Es importante hacer notar que el perjurio, como cualquier delito, requiere que un fiscal presente una demanda contra el acusado ante un tribunal. No es suficiente que un abogado reclame que se cometió perjurio. A fin de ser sentenciado, el inculpado debe ser acusado formalmente por ese delito y tiene derechos como los de cualquier otro delincuente acusado incluyendo el derecho a un juicio por jurados.

1.2 Antecedentes célebres

Como antecedentes de la importancia que reviste el delito de perjurio, basta con recordar a los ex presidentes Richard Milhous Nixon (1913-1994) y William Jefferson Clinton.

El primero efectivamente fue involucrado en el escándalo conocido popularmente como “Watergate”, ocurrido en junio de 1972, cuando algunas personas allanaron las oficinas del Partido Demócrata, en la oposición, y después se supo que trabajaban en el Comité para la reelección del Presidente Nixon, del Partido Republicano. El Presidente mintió cuando se le señaló conocedor de la operación, y el Congreso norteamericano comenzó el proceso de juicio político conocido como “impeachment”¹⁰. Como era seguro que iba a perder la votación en el Senado, el Presidente Nixon prefirió renunciar a la presidencia el 9 de agosto de 1974. Adicionalmente, el Colegio de Abogados de California, donde residía Nixon, lo expulsó, cancelando así la posibilidad de que éste ejerciera la abogacía nuevamente.

En el caso del Presidente William Jefferson Clinton (1946), el “impeachment” se originó cuando la becaria de la Casa Blanca, la psicóloga Mónica Lewinsky acusó al Presidente de haber sostenido relaciones íntimas con ella en su despacho de la Casa Blanca, lo que fue negado bajo juramento por Clinton. Una vez iniciado el proceso en la Cámara de Representantes, y aprobado el formular la acusación respectiva ante el Senado por 258 a favor y 176 en contra el 8 de octubre de 1998. Pasado un tiempo, el Presidente Clinton admitió haber tenido un

¹⁰ Procedimiento en el que la Cámara de Representantes presenta la acusación, y el Senado es quien finalmente juzga. El eventual castigo es la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar futuros cargos públicos. Véase el art. 1º de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

“comportamiento físico impropio” pero negó haber cometido perjurio. El 12 de febrero de 1999, el Senado declaró a Clinton “no culpable” del delito de perjurio por 55 votos contra 45, debido a que los demócratas tenían la mayoría en dicha Cámara, y para que fuera aprobada la inculpación se necesitaba una mayoría de dos tercios de los integrantes, de acuerdo con el artículo Primero de la Constitución.

Sin embargo, al igual que con Nixon, Clinton perdió su licencia para ejercer la abogacía.¹¹

En Estados Unidos de América es tan severa la aplicación de la pena –aunque no necesariamente la pena misma– Incluso, en *United States v. Mandujano* (425 U.S. 564, 96 S.Ct.1768 (1976))¹², la Corte Suprema de los Estados Unidos estimó posible el castigo por perjurio al imputado que, habiendo declarado falsamente (en su perjuicio) ante el Gran Jurado (bajo la fe del juramento), logró obtener posteriormente una sentencia absolutoria, probando en el juicio público que su primera declaración era falsa.

2. LA FALSEDAD DE DECLARACIONES EN MÉXICO

En México, a nivel federal, el delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, está contenido en los artículos 247, 247-Bis, 248, y 248-Bis del Código Penal Federal, en los siguientes términos:

CAPITULO V

Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad

Artículo 247.- *Se impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa:*

I.- *Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad.*

II. *Se deroga.*

III.- *Al que soborne a un testigo, a un perito o a un intérprete, para que se produzca con falsedad en juicio o los obligue o comprometa a ello intimidándolos o de otro modo;*

IV.- *Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado y faltare a la verdad en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubie-*

¹¹ En los Estados Unidos de América, igual que en casi el resto de países del mundo, la Colegiación es obligatoria, y la licencia para ejercer la profesión la expide el respectivo Colegio profesional, quien también está facultado para suspenderla o cancelarla.

¹² Ensayo titulado INFORME SOBRE DELITOS DE PERJURIO Y OTRAS MATERIAS, por Jean Pierre Matus Acuña, disponible en: <http://jpmatus.cl/>

re suscrito el documento o afirmando un hecho falso o alternando o negando uno verdadero, o sus circunstancias sustanciales.

Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado;

V.- Al que en juicio de amparo rinda informes como autoridad responsable, en los que afirmare una falsedad o negare la verdad en todo o en parte.

Artículo 247 Bis.- Se impondrán de cinco a doce años de prisión y de trescientos a quinientos días

multa:

Al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras circunstancias que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictamen, ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal, o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan.

Cuando al sentenciado se le imponga una pena de más de veinte años de prisión por el testimonio o peritaje falsos, la sanción será de ocho a quince años de prisión y de quinientos a ochocientos días multa.

Artículo 248.- El testigo, perito o intérprete que retracte espontáneamente sus falsas declaraciones rendidas ante cualquier autoridad administrativa o ante la judicial antes de que se pronuncie sentencia en la instancia en que las diere, sólo pagará de 30 a 180 días multa, pero si faltare a la verdad al retractar sus declaraciones, se le aplicará la sanción que corresponda con arreglo a lo prevenido en este capítulo, considerándolo como reincidente.

Artículo 248 Bis.- Al que con el propósito de inculpar a alguien como responsable de un delito ante la autoridad, simule en su contra la existencia de pruebas materiales que hagan presumir su responsabilidad, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a trescientos días multa.

Como vemos, estas conductas tipificadas como delito se refieren mayoritariamente a supuestos en que los particulares mienten en sus declaraciones ya sea verbales o bien por escrito, salvo lo establecido por la fracción V del artículo 247, que se refiere a la autoridad responsable en un juicio de amparo.

Vemos también que las penas son altas, de 4 a 8 años de cárcel, de 5 a 12 años, y de 1 a 5 años. El problema es que no se castiga a nadie por la comisión de estos delitos.

Existe otra categoría de delitos, también en el Código Penal Federal, y que son delitos cometidos por servidores públicos, y tienen relación con la falsedad de declaraciones:

CAPITULO II

Ejercicio indebido de servicio público

Artículo 214.- *Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:*

V.- *Por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos,*

Al infractor de las fracciones III, IV, V y VI se le impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

También contamos en nuestra legislación federal con un delito específico cometido por abogados, patronos y litigantes:

Delitos de abogados, patronos y litigantes

Artículo 231.- *Se impondrá de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente para ejercer la profesión, a los abogados, a los patronos, o a los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan algunos de los delitos siguientes:*

I.- *Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas; y*
III.- *A sabiendas y fundándose en documentos falsos o sin valor o en testigos falsos ejercite acción u oponga excepciones en contra de otro, ante las autoridades judiciales o administrativas; y*

Sin embargo, y a pesar de que ser castigados con penas relativamente altas, al no ser considerados ninguno de estos delitos como graves, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, por “no afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad”, alcanzan libertad bajo caución, y el juicio respectivo se sigue en libertad. Dicho artículo establece:

Artículo 194.- *Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:*

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- 4) Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;
- 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.
- 13) *Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis.*
- 14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;
- 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;
- 16) El desvío u obstaculización de las investigaciones, previsto en el artículo 225, fracción XXXII;

- 17) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;
- 18) Se deroga.
- 19) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;
- 20) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- 21) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;
- 22) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;
- 23) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- 24) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- 25) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV, XVI y XVII;
- 26) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;
- 27) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;
- 28) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;
- 29) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
- 30) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;
- 31) Los previstos en el artículo 377;
- 32) Extorsión, previsto en el artículo 390;
- 33) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y
- 33) Bis. Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.
- 34) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.
- 35) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.
- 36) En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

- 1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;
- 2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;
- 3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;
- 4) Los previstos en el artículo 84, y
- 5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 30. y 50.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

- 1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y
- 2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

VIII Bis.- De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 30. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.

XV. De la Ley General de Salud, los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, y en los artículos 475 y 476.

XVI. De la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5 y 6.

XVII. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas, y

XVIII. De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

Es decir, que de acuerdo con la regulación vigente a nivel federal, la falsedad en declaraciones, tanto de particulares como de servidores públicos, así como las mentiras vertidas por abogados dentro de procesos legales, “no afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad”.

2.1 Propuestas más recientes de reforma legal

Durante la LIX Legislatura del Congreso de la Unión, se recibieron de la Cámara de Senadores dos minutas, para reformar la legislación penal, en los siguientes términos:

Minuta de la Cámara de Senadores con proyecto de decreto, por el que reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal.

Enviada por la Cámara de Senadores.

Turnada a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Gaceta Parlamentaria, número 1836-I, miércoles 7 de septiembre de 2005. (1906)

Artículo 214.- ...

I.- a V.- ...

Al que cometa alguna de las infracciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le impondrán de tres días a un año de prisión, de quince a ochenta días multa y destitución en su caso, e inhabilitación de un mes a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Al infractor de las fracciones III, IV o V, se le impondrán de dos a siete años de prisión, y de **quince a ochenta días multa** y destitución e inhabilitación de dos a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Minuta de la Cámara de Senadores con proyecto de decreto, por el que se reforman y adicionan los artículos 15, 52, 72 y 73 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; y 214, fracción V, del Código Penal Federal.

Enviada por la Cámara de Senadores.

Turnada a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Dictaminada y aprobada en la Cámara de Diputados con 373 votos en pro, el martes 18 de abril de 2006. Votación.

Devuelta a la Cámara de Senadores para los efectos del inciso e) del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dictaminada y aprobada en la Cámara de Senadores con 74 votos en pro, el miércoles 26 de abril de 2006.

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 30 de junio de 2006.

Gaceta Parlamentaria, número 1972, miércoles 22 de marzo de 2006. (2756)

ARTÍCULO TERCERO.- Se adiciona una fracción V, recorriéndose en su orden la vigente y se reforma el párrafo final del artículo 214 del Código Penal Federal, para quedar como sigue:

Artículo 214. Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que

I. a IV....

V. Por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos, y

VI.- Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.

Al infractor de las fracciones III, IV, V y VI se le impondrán de dos años a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Es decir, la primera Minuta proponía disminuir la sanción pecuniaria por la comisión de delito de falsedad en declaraciones rendidas ante autoridad, del vigente que va de los 30 a los 300 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, a sólo un rango de 15 a 80 días multa.

La segunda Minuta se aprobó y es derecho vigente al día de hoy.

Por otra parte, la iniciativa siguiente fue sólo para corregir un error de redacción en el artículo 247 del Código Penal Federal:

Que reforma el artículo 247 del Código Penal Federal.

Presentada por el diputado Roberto Antonio Marrufo Torres, PRI.

Turnada a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Dictaminada y aprobada en la Cámara de Diputados con 358 votos en pro y 8 abstenciones, el jueves 29 de abril de 2004. Votación.

Dictaminada y aprobada en la Cámara de Senadores con 104 votos en pro, el martes 6 de marzo de 2007. Con modificaciones.

Devuelta a la Cámara de Diputados para los efectos de lo dispuesto en el artículo 72, inciso e) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Minuta 60:422, jueves 8 de marzo de 2007).

Turnada a la Comisión de Justicia.

Dictaminada y aprobada en la Cámara de Diputados con 329 votos en pro y 3 abstenciones, el miércoles 30 de abril de 2008. Votación.

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 20 de junio de 2008.

Gaceta Parlamentaria, número 1458, jueves 18 de marzo de 2004. (250)

*Por lo anterior me permito poner a consideración de esta H. Cámara de Diputados, la iniciativa de decreto que adiciona la palabra "**PRISIÓN**", al párrafo del artículo 247 del Código Penal Federal.*

Que dice:

- *Se impondrá de dos a seis años (sic) y multa de cien a trescientos días de multa*
Y deberá decir
- *Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días de multa*

Por su parte, el diputado César Amín González Orantes propuso reducir la pena en dicho delito, de la vigente que va de los 4 a los 8 años de prisión, a una pena que va de 2 a 6 años.

Que reforma el artículo 247 del Código Penal Federal.

Presentada por el diputado César Amín González Orantes, PRI.

Turnada a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Gaceta Parlamentaria, número 1961-I, martes 7 de marzo de 2006. (2739)

Artículo Único.- *Se reforma el artículo 247 del Código Penal Federal para quedar como sigue:*

"Artículo 247.- *Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días de multa:*

- I. ...
- II. ...
- III. ...
- IV. ...
- V. ..."

Es decir, si hacemos un balance de los propuesto y aprobado durante la LIX Legislatura (2003-2006), el tema de la falsedad de declaraciones no era una preocupación notoria para los señores diputados, pues se recibieron 2 minutas del Senado, y en los 3 años de ejercicio de la Legislatura, sólo se presentaron 2 iniciativas de reforma al Código Penal, una para corregir una palabra, y otra para disminuir la pena.

De lo anterior, se aprobaron solamente una Minuta del Senado que reforma la fracción V del artículo 214, y la iniciativa de un diputado que corregía un error de redacción en el artículo 247, ambos del Código Penal Federal.

Durante la LX Legislatura del Congreso de la Unión (2006-2009), se vivió la particularidad de que se reformó, entre otros, el artículo 69 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³; para quedar como sigue:

Artículo 69.- *En la apertura de Sesiones Ordinarias del Primer Periodo de cada año de ejercicio del Congreso, el Presidente de la República presentará un informe por escrito, en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país. En la apertura de las sesiones extraordinarias del Congreso de la Unión, o de una sola de sus cámaras, el Presidente de la Comisión Permanente informará acerca de los motivos o razones que originaron la convocatoria.*

Cada una de las Cámaras realizará el análisis del informe y podrá solicitar al Presidente de la República ampliar la información mediante pregunta por escrito y citar a los Secretarios de Estado, al Procurador General de la República y a los directores de las entidades paraestatales, quienes comparecerán y rendirán informes bajo protesta de decir verdad. La Ley del Congreso y sus reglamentos regularán el ejercicio de esta facultad.

Lo anterior se originó en el descontento reinante entre los legisladores por las mentiras dichas por diversos funcionarios federales cuando eran citados para comparecer, ya fuera ante el Pleno, o ante diversas Comisiones internas. Lo que se buscó es que los Secretarios de Estado, el Procurador General de la Re-

¹³ Decreto publicado en el D.O.F. el 15 de Agosto de 2008, en vigor al día siguiente de su publicación.

pública y los directores de las entidades paraestatales, cuando comparecieran y rindieran informes ante las Cámaras del Congreso de la Unión, lo hicieran bajo protesta de decir verdad, para que en caso de que mintieran, se les pudiera iniciar la averiguación previa por el delito correspondiente.

En la misma reforma constitucional se estableció que “La ley del Congreso y sus reglamentos regularán el ejercicio de esta facultad”.

En vista de que no existe tal Ley del Congreso, y que los reglamentos para el gobierno interior eran omisos al respecto, la Junta de Coordinación Política de la Cámara de Diputados emitió el “Acuerdo por el que se establece el procedimiento para la presentación, formulación y envío al Ejecutivo Federal, de las preguntas por escrito que realice la Cámara de Diputados, con objeto de ampliar la información, en el marco del análisis del Segundo Informe de Gobierno, conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, de fecha 23 de octubre de 2008.

Sin embargo, ya desde el día 16 de Octubre, el diputado Alfredo Adolfo Ríos Camarena, del Grupo Parlamentario del PRI, había hecho llegar, por su cuenta, varias preguntas al Titular del Poder Ejecutivo Federal, Licenciado Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, situación que ameritó que el Subsecretario de Enlace Legislativo de la Secretaría de Gobernación, licenciado Cuauhtémoc Cardona Benavidez, respondiera al diputado Ríos Camarena mediante oficio de fecha 13 de noviembre, diciendo sustancialmente, que la facultad de formular preguntas debía ser regulada por un acuerdo parlamentario, situación del todo irregular, pues nunca un acuerdo parlamentario puede estar por encima de lo que establece la Constitución Política Federal.

Por todo lo anterior, el 26 de marzo de 2009, fue publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados una iniciativa del diputado Manuel Portilla Diéguez, del Partido Verde Ecologista de México, para regular en la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, y en el Reglamento para el gobierno interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos tanto la formulación de la denominada “pregunta parlamentaria” como de las comparecencias e informes rendidos por diversas autoridades ante el Congreso, así como para considerar delito de falsedad en declaraciones y ser castigado las posibles mentiras que se dijeran ante las Cámaras del Congreso de la Unión, y que textualmente dice:

Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, del Código Penal Federal y de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Presentada por el diputado Manuel Portilla Diéguez, PVEM.

Turnada a las Comisiones Unidas de Régimen, Reglamentos y Prácticas Parlamentarias, de Justicia y de la Función Pública.

Gaceta Parlamentaria, número 2725-III, jueves 26 de marzo de 2009. (2869)

QUE REFORMA Y ADICIONA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DEL REGLAMENTO PARA EL GOBIERNO INTERIOR DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, A CARGO DEL DIPUTADO MANUEL PORTILLA DIÉGUEZ, DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PVEM. Manuel Portilla Diéguez, diputado a la LX Legislatura del honorable Congreso de la Unión, del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, con fundamento en los artículos 71, fracción II, 72, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 55, fracción II, y 64 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, somete a la consideración del Pleno de la Cámara de Diputados de la LX Legislatura del honorable Congreso de la Unión, el presente proyecto de decreto con base a la siguiente

Exposición de Motivos

El 15 de agosto de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman los artículos 69 y 93 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estas reformas se realizaron por la necesidad de crear un nuevo formato para la entrega del Informe presidencial.

En estas reformas constitucionales se modificó la relación del Ejecutivo con el Legislativo, dando por terminado el acto protocolario para la presentación del Informe Presidencial, medida que obliga a los secretarios de estado, al procurador general de la República y a los directores de las entidades paraestatales a comparecer ante los legisladores bajo protesta de decir verdad.

Es así que se suprimió la necesidad de que el Ejecutivo federal se presente personalmente al Congreso de la Unión, para sólo entregar por escrito el informe en el que se detalla el estado de la administración pública. Incorporando la constitucionalización de la potestad del Congreso para citar a comparecer, bajo protesta de decir verdad, a los secretarios de estado, al procurador general de la República y a los directores de las entidades paraestatales durante el análisis del informe.

La funcionalidad de la democracia requiere hábitos consecuentes con el nuevo paradigma. Los partidos y el Congreso son instituciones fundamentales para el buen gobierno. El debate, la propuesta y la crítica, a partir de la pluralidad, no sólo son inevitables sino que expresan la vigencia de un arreglo auténticamente democrático.

Precisamente por estas consideraciones es necesario que los actores tengan claridad sobre temas de acuerdo, y disenso, así como las formas institucionales de su expresión. La democracia no hace desaparecer al antagonismo, más bien le da cauce para que se transforme en diferencias legítimas.

Actualmente, existen incongruencias y vacíos jurídicos en los ordenamientos que regulan la nueva presentación del informe presidencial, principalmente en el sentido de la entrega del informe y en la falta de establecimiento de penas a las que se harán acreedores a quienes bajo protesta de decir verdad omitan, oculten o falseen información relativa al estado que guarda la administración pública federal, lo que ocasiona un perjuicio a la representación popular.

La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos discierne en los numerales uno, dos y tres, de su artículo 7, con relación a las reformas constitucionales referidas, ya que este artículo a la letra dice:

Artículo 7

1. El 1 de septiembre de cada año, a la apertura de las sesiones ordinarias del primer periodo del Congreso, asistirá el presidente de la República y presentará un informe, de conformidad con el artículo 69 de la Constitución.

2. Antes del arribo del presidente de la República hará uso de la palabra un legislador federal por cada uno de los partidos políticos representados en el Congreso. Estas intervenciones se realizarán en orden creciente, en razón del número de diputados de cada grupo partidista, y cada una de ellas no excederá de quince minutos.

3. El Presidente del Congreso contestará el informe en términos concisos y generales, con las formalidades que correspondan al acto. Esta sesión no tendrá más objeto que celebrar la apertura del periodo de sesiones y que el presidente de la República presente su Informe; en tal virtud, durante ella no procederán intervenciones o interrupciones por parte de los legisladores.

4. ...

5. ...

Como podemos observar, la Ley Orgánica del Congreso General contempla la asistencia del presidente de la República para la presentación del Informe del Estado General que guarda la Administración Pública del País; esta situación genera conflictos, puesto que en las modificaciones constitucionales de agosto de 2008 se estableció que la obligación de rendir el informe, por parte del presidente de la República, se debería hacer de manera escrita sin requerir de su asistencia a la sesión ordinaria de apertura del primer periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión.

Es así que nosotros como legisladores tenemos en nuestras manos la responsabilidad de mejorar la legislación secundaria para ser congruentes y dar lógica a nuestra Constitución; asimismo, establecer mecanismos que permitan a nuestra nación fortalecerse. Por tal motivo, es necesario hacer las modificaciones necesarias para dar congruencia a la obligación del Ejecutivo federal para la entrega de su informe.

Considerando que el Informe Presidencial tiene como fin que el Congreso compruebe, inspeccione, verifique, examine y valore la actividad del Ejecutivo; es necesario generar instrumentos jurídicos que aseguren la transparencia en este análisis, para dar certidumbre al procedimiento. La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 45, faculta a las comisiones ordinarias de las Cámaras para solicitar información y llamar a comparecer a los titulares de las dependencias, conforme al artículo 93 constitucional.

Sin embargo, en el artículo 45 de la ley no se establece la forma de estas comparecencias, deja a la Junta de Coordinación Política de ambas Cámaras el establecimiento de acuerdos para la ejecución de estas.

Dicha situación trajo consigo que en la Cámara de Senadores, el 4 de septiembre de 2008, se aprobara el acuerdo por el cual se establecen las normas para el análisis del Informe de la Administración Pública de México; con tres objetivos.

a) Análisis en la Cámara de Senadores del Informe Sobre el Estado General que guarda la Administración Pública del País presentado por el presidente de la República.

b) Fijar los criterios generales para el desahogo de las comparecencias de los servidores públicos en el Senado de la República para rendir informes bajo protesta de decir verdad

c) Establecer la forma de expresar las preguntas parlamentarias por escrito al presidente de la República, para ampliar la información; todo lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A su vez se aprobaron dos acuerdos más, el 23 y 24 de septiembre de 2008.

Por su parte, la Junta de Coordinación Política de la Cámara de Diputados presentó, el 11 de septiembre de 2008, el acuerdo relativo al desahogo del análisis del segundo Informe de Gobierno del presidente de la República, licenciado Felipe Calderón Hinojosa, en materia de política exterior, económica y social. Modificándose, con acuerdos generados el 24 de septiembre y el 2 y 14 de octubre de 2008.

Por tal motivo, es necesario que se establezcan reglas claras para el análisis y comparecencias de los titulares de las dependencias. En este sentido, nuestra propuesta es que se anexe al Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, un título denominado "De las comparecencias", en donde se determinen las características propias para la ejecución de las comparecencias de los secretarios de estado, del procurador general de la República y los directores de las entidades paraestatales durante el análisis del informe.

En otro orden de ideas, con las modificaciones realizadas al artículo 69 constitucional, se consigna que aquellos que comparezcan ante cualquiera de las Cámaras del honorable Congreso de la Unión lo hagan bajo protesta de decir verdad; sin incluir las consecuencias si faltasen a esta obligación en la legislación secundaria.

No obstante que los Códigos Federales de Procedimientos Civiles y Penales en sus artículo 273 y 119, respectivamente, y la Ley de Amparo en su artículo 116 involucran el término bajo protesta de decir verdad, éstos no están suscritos bajo el término que hace referencia el artículo 69 constitucional. Por tal motivo, el único precepto por recurrir en caso de que los secretarios de estado, el procurador general de la República y los directores de las entidades paraestatales faltasen a la verdad, sería el párrafo 10 del artículo 130 de la propia Constitución, que a la letra dice "la simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley".

Por ende, es importante establecer cuáles son las obligaciones y responsabilidades administrativas de los servidores públicos que comparecerán ante cualquiera de las Cámaras del honorable Congreso de la Unión, en términos del artículo 69 constitucional.

Por lo cual, y conforme a que la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos es la ley reglamentaria en la materia, se propone la adición de una fracción en el artículo 8 que refiere a "las obligaciones de los servidores públicos", y al artículo 13 que indica "las sanciones por faltas administrativas".

Asimismo, se adiciona una fracción al artículo 214 del Código Penal Federal, puesto que este se refiere al ejercicio indebido del servicio público.

Estas sanciones penales, que se deriven del incumplimiento a la protesta de decir verdad, deben obedecer a lo establecido en el primer párrafo del artículo 111 Constitucional, que a la letra dice:

Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el jefe del Gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República y el procurador general de Justicia del Distrito Federal, así como el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.

De esta forma, tenemos que las principales bondades de esta iniciativa consisten en dar congruencia a las leyes secundarias con las reformas constitucionales, establecer un marco jurídico para la realización de las comparecencias que den cabida al Informe Presidencial, y generar las obligaciones y sanciones que se otorgan a los servidores públicos con motivo de la presentación del Informe presidencial.

En atención a lo anteriormente expuesto, los integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México en esta soberanía sometemos a la consideración de este honorable Pleno la siguiente iniciativa con proyecto de

Decreto por el que se reforma el artículo 7 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, adiciona el título "De las comparecencias" en el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, se reforma el artículo 214 del Código Penal Federal y los artículos 8 y 13 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

Artículo Primero. Se reforma el artículo 7 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 7.

1. El primero de septiembre de cada año, a la apertura de las sesiones ordinarias del primer periodo del Congreso, el presidente de la República presentará un informe, de conformidad con el artículo 69 de la Constitución.

2. Antes de recibir el Informe del Estado de la Administración Pública, hará uso de la palabra un legislador federal por cada uno de los partidos políticos representados en el Congreso. Estas intervenciones se realizarán en orden creciente, en razón del número de diputados de cada grupo partidista y cada una de ellas no excederá de quince minutos.

3. El Presidente del Congreso, a la entrega del informe, hará uso de la palabra en términos concisos y generales, con las formalidades que correspondan al acto. Esta sesión no tendrá más objeto que celebrar la apertura del periodo de sesiones, y que el presidente de la República entregue su informe; en tal virtud, durante ella no procederán intervenciones o interrupciones por parte de los legisladores.

4. ...

5. ...

Artículo Segundo. Se adiciona el título "De las comparecencias" del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

De las comparecencias

Artículo 198. Cuando el presidente de la República haga entrega del Informe Presidencial, como se marca en el artículo 69 de la Constitución, cada una de las cámaras determinará que titulares de las dependencias y entidades del gobierno federal deberán comparecer ante el Congreso.

Artículo 199. Los secretarios de estado, el procurador general de la República o los directores de las entidades paraestatales, harán uso de la palabra antecediendo la protesta de decir verdad ante el presidente del Congreso.

Artículo 200. Los legisladores de los diferentes grupos parlamentarios podrán realizar dos intervenciones hasta por cinco minutos cada una, con la finalidad de formular los cuestionamientos derivados del Informe Presidencial.

El orden para las intervenciones se determinará dependiendo del número de escaños que tenga cada grupo parlamentario en el Congreso.

La Junta de Coordinación Política podrá establecer, mediante acuerdo, intervenciones adicionales, debido a la naturaleza y materia de la comparecencia.

Artículo 201. Los secretarios de estado, el procurador general de la República o los directores de las entidades paraestatales y legisladores podrán hacer uso del derecho de réplica hasta por dos minutos.

Artículo 202. En el caso de que alguna de las Cámaras requiera información adicional respecto al Informe Presidencial, podrá solicitar al presidente de la República ampliar la información mediante pregunta por escrito, la cual será regulada por la Junta de Coordinación Política en cada una de las Cámaras del honorable Congreso de la Unión

Artículo Tercero. Se adiciona la fracción VII del artículo 214 del Código Penal Federal.

Artículo 214. ...

I al VI. ...

VII. Bajo protesta de decir verdad, ante el honorable Congreso de la Unión se le demostrara falsedad u omisión de declaración.

...

Al infractor de las fracciones III, IV, V, VI y VII se le impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Artículo Cuarto. Se adiciona la fracción XXV del artículo 8 y se reforma el artículo 13 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Artículo 8. ...

I. al XXIV. ...

XXV. Proporcionar de manera oportuna, bajo protesta de decir verdad, toda la información y los datos que se les soliciten, en cualquiera de las Cámaras del honorable Congreso de la Unión o de sus respectivas comisiones; o mediante pregunta por escrito que deberá ser contestada en los términos y tiempos que marca el artículo 93 de la Constitución.

...

Artículo 13. ...

I al V

...

...

En todo caso, se considerará infracción grave el incumplimiento a las obligaciones previstas en las fracciones VIII, X a XIV, XVI, XIX, XXII, XXIII y XXV del artículo 8 de la ley.

...

...

Transitorios

Primero. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Dado en el Palacio Legislativo de San Lázaro, sede de la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, a 26 de marzo de 2009.

Diputado Manuel Portilla Diéguez (rúbrica)

Poco antes, el 21 de enero de 2009, el diputado Hugo Eduardo Martínez Padilla, del PRD, había propuesto también una iniciativa al respecto, bajo las siguientes consideraciones:

Considerando que el artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, es el precepto que prevé las obligaciones de los servidores públicos federales, se propone adicionar la fracción XXIV para establecer como una obligación de los servidores públicos, proporcionar de manera oportuna, y bajo protesta de decir verdad, la información y los datos que se les soliciten de forma verbal durante las comparecencias ante cualquiera de las Cámaras del honorable Congreso de la Unión o en sus respectivas comisiones; o mediante pregunta por escrito que deberá ser respondida en los términos y los tiempos que marca la normatividad vigente.

La presente iniciativa propone que, en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se reforme el quinto párrafo de la fracción V del artículo 13, para establecer que el incumplimiento de la fracción XXIV del artículo 8, será considerado como una infracción grave. La cual representará una inhabilitación de diez a veinte años y además la destitución del cargo.

*Asimismo, y toda vez que las sanciones penales y administrativas son independientes, la propuesta plantea una adición al artículo 247 correspondiente al Capítulo V Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, del Código Penal Federal, la cual tiene por objeto establecer que **se impondrán de cinco a diez años de prisión y de trescientos a quinientos días multa a los servidores públicos a que se refieren los artículos 69 y 93** que no proporcionen de manera oportuna, completa y veraz, la información y los datos que les soliciten de manera verbal durante las comparecencias ante cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión o de sus respectivas comisiones; o mediante pregunta por escrito que deberá ser respondida en los términos y los tiempos que marca la normatividad vigente.¹⁴*

Durante la actual LXI Legislatura (2009-2012), se han presentado algunas iniciativas para reformar los artículos del Código Penal Federal relativos al delito de falsedad en declaraciones, a saber:

- De la diputada María de Jesús Aguirre Maldonado, del PRI, para establecer como sanción la inhabilitación en forma permanente para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, para los servidores públicos que por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos;

- De la misma diputada, para aumentar la pena por el delito de falsedad de declaraciones establecido en el art. 247 del Código Penal Federal, de los actuales 4 a 8 años de prisión, a una pena de 5 a 12 años de prisión, y de 5 a 15 años en vez de los actuales de 5 a 12, para el delito establecido por el art. 247-Bis del mismo ordenamiento legal; y de 3 a 12 años en vez de los actuales 1 a 5 años, para quien con el propósito de inculpar a alguien como responsable de un delito ante la autoridad, simule en su contra la existencia de pruebas materiales que hagan presumir su responsabilidad.

¹⁴Gaceta parlamentaria número 2680-III, de fecha 21 de Enero de 2009.

Sin embargo, adolece del mismo defecto que comentamos antes, en el sentido de que es omisa en cuanto a considerar como grave tales delitos.

Quien sí ha tocado el punto medular del asunto, es el diputado Mario Alberto di Costanzo Armenta, del Partido del Trabajo, que propuso en octubre de 2010 tipificar como delito, dentro de la fracción II del artículo 247 del Código Penal Federal, la conducta consistente en faltar a la verdad o proporcionar datos inexactos en sus respuestas o informes presentados, por parte de alguna persona interrogada por un legislador, en el marco de lo dispuesto por los artículos 69 y 93 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁵

Del mismo modo, propone adicionar la fracción primera del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, con un numeral 37, para considerar como delito grave el previsto en la fracción II del artículo 247 del Código Penal Federal.

2.2 La falsedad en declaraciones de testigos protegidos

Este es otro caso de graves consecuencias jurídicas. A raíz del operativo de las fuerzas de seguridad conocido como “Michoacanazo”, por el que fuerzas federales y el Ejército detuvieron en el Estado de Michoacán a 10 alcaldes, 17 funcionarios públicos y un juez, el 26 de Mayo de 2009, todo ello sustentado en declaraciones rendidas por un “testigo protegido” que señaló a los detenidos como receptores de sobornos por parte de bandas de la delincuencia organizada¹⁶; y que poco tiempo después, todos excepto uno fueron liberados por desvanecimiento de pruebas, diversos diputados han propuesto castigar más severamente la falsedad de declaraciones de testigos protegidos.

En efecto, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, prevé la creación de la figura de “testigo protegido”. Por tal motivo, desde el año 1996, nuestros legisladores establecieron en los artículos 34 y 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, las figuras del “testigo protegido” y la del “colaborador”, en los siguientes términos:

CAPÍTULO SEXTO DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS

Artículo 34.- *La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta Ley, así se requiera.*

¹⁵ Gaceta Parlamentaria 3112-II, de fecha 7 de Octubre de 2010.

¹⁶ Periódico La Jornada, México, D.F., Miércoles 27 de mayo de 2009, p. 3, nota intitulada: “Inusitada detención en Michoacán de 10 alcaldes, 17 funcionarios y un juez”.

CAPÍTULO SÉPTIMO DE LA COLABORACIÓN EN LA PERSECUCIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Artículo 35.- *El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:*

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

La figura del testigo protegido es la facultad a cargo del procurador general de la República de otorgar apoyo y protección suficiente a las personas cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre los delitos a que se refiere la ley antes mencionada así se requiera.

Por su parte, la figura del colaborador consiste en otorgarles diversos beneficios legales a los miembros de la delincuencia organizada para que presten ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de ésta.

Sin embargo, de 1996 a la fecha, estas figuras han permitido que algunos delinquentes relacionados con el crimen organizado se conviertan en colaboradores o testigos protegidos a cambio de los beneficios que les otorga la ley, pero hasta la fecha se tienen resultados insuficientes.

En México más del 80 por ciento de las investigaciones relacionadas con delincuencia organizada se sustentan en testimonios de colaboradores que se acogen a este beneficio. Sin embargo, la mayoría de los dichos aportados por estos presuntos delincuentes resultan falaces. El perdón jurídico y el subsidio económico compelen al testigo protegido a ofrecer de manera cobarde y deshonestas imputaciones o afirmaciones falsas.

Aunado a lo anterior, existen circunstancias en que hay inculpados que se convierten en falsos testigos protegidos, debido a la inducción dolosa que ejercen sobre ellos algunos funcionarios policiales o ministeriales que, con el fin de resolver un caso en de manera manipulada, los instigan a deponer contra determinadas personas sin elementos que correspondan a la realidad.

Curiosamente, poco antes del operativo conocido como “Michoacanazo”, en el mes de marzo de 2009, los diputados Gerardo Octavio Vargas Landeros y Raúl Cervantes Andrade, del PRI, presentaron una iniciativa de reformas a la legislación penal, para castigar más severamente la falsedad de declaraciones de los testigos protegidos y colaboradores, estableciendo también que tendrían que responder por el daño moral que causaran por sus falsas afirmaciones, en términos de la legislación civil federal, misma que fue aprobada por el Pleno el día 23 de abril de 2009, y enviada a la Cámara de Senadores, donde hasta la fecha sigue sin aprobarse. La iniciativa en comento contiene el siguiente:

Decreto por el que se reforma el artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y se adicionan los artículos 248 Ter, 248 Quáter y 248 Quintus al Código Penal Federal.

Primero. Se reforma el artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada para quedar en los siguientes términos:

Artículo 35. El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de ésta podrá recibir los beneficios siguientes:

I. a IV. ...

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere...

Al testigo protegido que señala el capítulo anterior o al colaborador que incurra en falsedad en declaraciones, así como a los servidores públicos que instiguen a la comisión de ese delito se le impondrán las penas de prisión que señalan los artículos 248 Ter, 248 Quáter y 248 Quintus del Código Penal Federal.

Para efectos de la reparación del daño, se atenderá a lo establecido en los artículos 1915 y 1916 del Código Civil Federal¹⁷, cuando el testigo protegido y el colaborador incurran en falsedad en declaraciones, así como lo relativo en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado para el caso de los servidores públicos.

Segundo. Se adicionan los artículos 248 Ter, 248 Quáter y 249 Quintus al Código Penal Federal para quedar como siguen:

Artículo 248 Ter. *Se impondrán de cinco a doce años de prisión y de trescientos a quinientos días multa al testigo protegido o colaborador que interrogado por autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas, faltare a la verdad.*

Artículo 248 Quáter. *Se impondrán de seis a doce años de prisión y de trescientos a quinientos días multa al que examinado por alguna autoridad judicial teniendo la calidad de colaborador o testigo protegido faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar.*

Artículo 248 Quintus. *Si quien propicie la comisión de los delitos previstos en los artículos 248 Ter y 248 Quáter fuese servidor público, se le incrementará la pena en una tercera parte de las penas señaladas, según corresponda. Además será destituido de su empleo y se le inhabilitará para obtener otro durante un periodo de ocho a doce años.*

Sin embargo, y a pesar de que esta iniciativa trata de subsanar un importante vacío legal en nuestro sistema, sigue sin considerar como grave el delito de falsedad en declaraciones, lo cual hace que siga sin castigarse en forma eficaz.

Por su parte, en septiembre de 2010, la diputada michoacana del PRD, Dolores de los Ángeles Názares Jerónimo, presentó una iniciativa para corregir también esta situación de abuso en la falsedad de declaraciones rendidas por testigos protegidos, mediante la que se adicionaba el artículo 248-Ter, en los siguientes términos:

Artículo 248 Ter. *Al colaborador de una investigación en delincuencia organizada que faltare a la verdad en perjuicio de otro, se le impondrá de cinco a diez años de prisión y de trescientos a quinientos días multa.*

Si el colaborador fuere servidor público se le incrementará la pena hasta en una tercera parte e inhabilitación de ocho a doce años.¹⁸

De igual forma, proponía considerar este delito como grave, al incluirlo como numeral 36 de la fracción I del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales:

¹⁷Se refieren a la obligación de reparar el daño moral causado.

¹⁸Gaceta Parlamentaria 3105-II, de fecha 28 de Septiembre de 2010.

Artículo 194. *Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:*

I ...

1) a 35)...

36) Los previstos en el artículo 248 Ter.

II a XVII...¹⁹

2.3. Las normas internas de los Colegios y Barras de Abogados.

Por principio de cuentas, debemos decir que en México, a diferencia del resto de los países del mundo, la pertenencia obligatoria de los profesionistas, y en este caso, de los abogados, a un colegio, barra, o asociación profesional, no es obligatoria, sino voluntaria.

Por tal motivo, es muy difícil que se tenga un control y auto-regulación de la actividad de los abogados en el ejercicio de su profesión. Así, situaciones como las reseñadas con los ex presidentes norteamericanos Richard Nixon y William Clinton, en donde aunque librados de responsabilidad política, sí fueron sancionados por sus respectivos Colegios de Abogados, con el retiro de su licencia o autorización para ejercer la abogacía, son todavía imposibles en México.

Existen varias asociaciones de abogados, pero las 2 más importantes tanto por su número de miembros activos, como por su antigüedad y prestigio, son el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, fundado en 1760, y la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, surgida en 1922.

En cuanto al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, sus Estatutos internos²⁰ establecen:

CAPITULO I.

Nombre, domicilio, objeto y duración.

3.- Son objetos del Colegio, los siguientes:

XIV.- Vigilar que el ejercicio profesional se realice dentro de las normas que fija el Código de Ética Profesional del Colegio, y aplicar las medidas correctivas que se juzguen pertinentes, llegando incluso a la expulsión del miembro de que se trate, según la gravedad

¹⁹Ibidem.

²⁰<http://www.incam.org.mx/estSocial-cap1.php>

del caso, pero en esta situación, el acuerdo de la Junta de Honor, deberá ser ratificado por la mayoría de los miembros, mientras tanto quedará suspendido de todos sus derechos el miembro de que se trate.

CAPITULO II.

De los socios y miembros.

6°. Para ser socio o miembro del Colegio es indispensable **observar una conducta honorable, tener limpios antecedentes de comportamiento personal y profesional**, ser propuesto por un mínimo de dos socios y admitido.

12°.- Son obligaciones de los socios:

I.- **Observar estrictamente los Estatutos y el Código de Ética**, asistir a las Juntas Ordinarias y demás actos del Colegio.

VI.- **Observar buena conducta, desempeñar honorablemente la profesión conforme al Código de Ética del Colegio.**

19°.- Las calidades de socio y de miembro se pierden:

III.- **Por llevar a cabo actos que lo hagan indigno de seguir perteneciendo a la Institución** en concepto de la Asamblea Ordinaria, previo dictamen de la Junta Menor. En todo caso, toda expulsión será decretada mayoría absoluta, que represente las dos terceras partes de los miembros numerarios del Colegio.

CAPITULO VII

Del Colegio como institución de apoyo y vigilancia profesional.

60°.- Dentro del objeto social, se encuentra el vigilar que el ejercicio profesional se realice dentro de las normas que fija el Código de Ética Profesional del Colegio y aplicar las medidas correctivas que se juzguen pertinentes, de acuerdo con lo que señala la fracción XIV del artículo 3°.

61°.- Presentada alguna queja por escrito, la Junta de Honor deberá reunirse por cita que dirija el Presidente a sus miembros. Reunida la Junta, decidirá por mayoría de votos si hay lugar a instruir averiguaciones o si de plano se desecha la querrela.

62°.- En el caso que se instruya la averiguación, la Junta de Honor nombrará a aquel de sus miembros o a su elección a un socio especializado en la materia, aunque no sea miembro de la Junta, que ha de desempeñar las funciones de su instructor.

63°.- El instructor designado oír al quejoso, y al acusado contra quien se hubiera presentado la queja, recibirá las pruebas y lo consignará todo en un expediente secreto formado al efecto, con el cual dará cuenta a la Junta de Honor en el plazo que ésta haya fijado según las circunstancias del caso. Cuando lo estime conveniente la Junta de Honor podrá prorrogar el plazo, citar directamente a que comparezca ante ella las partes, aplicar declaraciones y allegarse pruebas para mejor proveer.

64°.- El día señalado para la reunión se dará lectura al expediente formado y a la exposición que por escrito haya presentado en su defensa el acusado y enseguida, en escrutinio secreto, la Junta de Honor decidirá:

I.- Si ha lugar a imponer alguna corrección, y,

II.- Cuál será ésta.

65°.- La Junta de Honor tendrá a su disposición los siguientes medios correctivos:

1.- La advertencia privada.

2.- La amonestación.

3.- **La propuesta de expulsión ante la Asamblea Extraordinaria.**

4.- La publicación de la resolución.

La Junta de Honor dará cumplimiento a sus propias resoluciones. Si acordare su publicación la turnara a la Junta Menor para que la realice. **Si la resolución fuere de expulsión se dará cuenta a la Junta Menor, para que convoque a una Junta Extraordinaria**, como previene el artículo 41° fracción II.

66°.- Cuando el quejoso o el acusado fueren miembros de la Junta Menor, no podrán tomar parte en las deliberaciones, ni en las resoluciones del caso.

67°.- **La persona a quien se impusiere la pena de expulsión perderá todos los derechos y beneficios que otorgan los Estatutos y no podrá reclamar devolución de las cuotas que hubiere satisfecho.**

CAPITULO VIII

De la Junta de Honor.

68°.- Forman la Junta de Honor del Colegio, el Presidente en funciones y los últimos ex-Presidentes, en un máximo de seis. Cuando al principio de cada año no pueda integrarse la Junta con un mínimo de tres, por falta, ausencia o impedimento de alguno o algunos de ellos, la Junta Menor propondrá a la Asamblea Ordinaria una lista en que incluya una terna por cada uno de los faltantes, teniendo en cuenta la antigüedad, antecedente en el Colegio y cualidades personales. La Asamblea Ordinaria designará a las personas que cubran los cargos vacantes, escogiéndolas de esta lista.

69°.- Las sesiones de la Junta de Honor serán presididas por el Presidente de la Junta Menor.

70°.- Serán atribuciones de la Junta de Honor:

II.- **Velar por la honorabilidad en el ejercicio de la profesión de abogado entre los individuos que forman el Colegio y con éste fin tendrá a su disposición los medios correctivos a que se refiere el artículo 65 de los presentes Estatutos:**

Por su parte, la **Barra Mexicana, Colegio de Abogados**, en sus Estatutos internos²¹ establece lo siguiente:

CAPÍTULO PRIMERO

Denominación, objeto, duración, domicilio y patrimonio de la Asociación

Art. 2º- *El objeto y fin de la Asociación es:*

II. Pugar por el mejoramiento de la administración de justicia y la correcta aplicación del derecho.

III. Procurar el decoro y la dignidad de la abogacía para que su ejercicio se ajuste estrictamente a las normas de la moral, del derecho y del Código de Ética Profesional adoptados por la Asociación.

CAPÍTULO SEGUNDO

De los Asociados

Art. 11º- *Son deberes de los asociados:*

I. Ejercer la profesión conforme a lo dispuesto por las normas jurídicas aplicables y cumplir con las normas del Código de Ética Profesional de la Asociación.

Art. 15º- Los asociados que violen las normas de ética profesional serán excluidos de la Asociación, mediante acuerdo de la Asamblea General y previo dictamen de la Junta de Honor.

CAPÍTULO TERCERO

De las Asambleas de Asociados

Art. 25º- *La Asamblea Ordinaria se ocupará de los siguientes asuntos:*

II. Admitir y *excluir* asociados.

CAPÍTULO SEXTO

De la Junta de Honor

Art. 35º - *Habrará una Junta de Honor que estará formada por once miembros propietarios y tres suplentes. Los miembros propietarios serán el Presidente del Consejo Directivo, quien también lo será de la Junta, los seis últimos presidentes de la Asociación, el Primer Vicepresidente, y tres asociados designados por el Consejo Directivo. Los miembros suplentes serán tres asociados no consejeros, designados para tal efecto por el Consejo Directivo. Todos los asociados designados durarán en su encargo un período de dos años. Si ocurriere alguna vacante definitiva o por impedimento o excusa, de algún miembro propietario de la Junta de Honor, dicha vacante será ocupada por el suplente que corresponda según el orden de su designación.*

²¹<http://66.51.172.136/Documento.aspx?CveTipoDocumento=2&CveDocumento=157>

Art. 36º- Serán atribuciones de la Junta de Honor:

II. Velar por el decoro y buen nombre de la Asociación y porque la conducta de los asociados no se aparte de las normas que establezca el Código.

III. Conocer, previa queja, de los casos de violación de los estatutos o del Código de Ética por los miembros de la Asociación. La facultad de interponer la queja prescribe en el plazo de dos años, contados a partir de la fecha en que tuvieron lugar los hechos que la motiven.

IV. Conocer de las **quejas o acusaciones** que se formulen:

- a) contra abogados que no sean asociados;
- b) contra quienes formen parte de algún órgano jurisdiccional, especialmente en el caso de resoluciones notoriamente contrarias a derecho.

Como podemos apreciar de las disposiciones estatutarias de ambos gremios que acabamos de transcribir, aunque si bien es cierto que entre sus objetivos está el que sus miembros ejerzan la profesión de abogado en forma ética y con apego a la moral, también existe la sanción de expulsión de la asociación por contravenir esta obligación, en la realidad tales disposiciones no surten efecto práctico, por las siguientes razones:

a) Todos los abogados, en algún momento u otro del ejercicio de su profesión, se han visto en la necesidad de aleccionar testigos, falsear hechos plasmados en una demanda, etcétera;

b) Para que la acusación contra un abogado por falsear la verdad proceda, otro abogado tiene que formularla, situación incómoda para todo abogado, pues nadie quiere convertirse en el primero en lanzar la acusación respectiva;

c) Suponiendo que se procediera a acusar a un abogado de faltar a la verdad, y que esta acusación se probara fehacientemente, y se procediera a la expulsión de tal abogado de su gremio, esta situación no le impide seguir ejerciendo la profesión, puesto que en México, como ya se ha dicho antes, la colegiación no es obligatoria, y de hecho, tan sólo una mínima parte de los abogados y/o licenciados en derecho pertenecen a alguna asociación profesional, y si son expulsados, no les perjudica absolutamente en nada.

CONCLUSIONES

De lo anteriormente tratado en este trabajo de investigación, podemos formular las siguientes conclusiones:

Primera. La falsedad de declaraciones es considerada en los Estados Unidos de América un delito, tanto a nivel federal como estatal, siendo castigado incluso con la pena de cárcel, que a nivel federal, puede llegar a los cinco años.

Segunda. En Estados Unidos de América sí procede la acusación por el delito de perjurio o falsedad en declaraciones, tanto a nivel de tribunales de justicia, como a nivel de juicio político (impeachment). Tan es así, que en los últimos tiempos, al menos dos presidentes de la nación, Richard Nixon en 1974 y William Clinton en 1998, se han visto sometidos a tal procedimiento, por cometer perjurio. Adicionalmente, en los Estados Unidos de América existe la sanción de ser suspendido o inhabilitado para ejercer la profesión de abogado, debido a que la Colegiación es obligatoria, a través de la cancelación de la licencia respectiva.

Tercera. En México, a nivel federal, la falsedad en declaraciones está considerada dentro de tres grandes rubros: falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad; ejercicio indebido de servicios público; y, delitos de abogados, patronos y litigantes. Las penas son relativamente altas, incluso en algunos casos superiores a la penalidad establecida en el vecino país del norte. Sin embargo, al no estar considerado como delito grave dentro de los supuestos establecidos por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, hace que en caso de iniciarse una averiguación previa por la comisión de tal delito, el inculcado alcance la libertad bajo caución.

Cuarta. A nivel legislativo, el interés de los diputados durante las más recientes tres legislaturas, ha sido en el sentido de elevar las penas por la comisión de tal delito, así como, en fecha reciente, la de incluir como delito la falsedad en las declaraciones rendidas por diversos servidores públicos en comparencias o informes ante las Cámaras del Congreso de la Unión, llegando incluso a ser considerada esta última conducta como delito grave. Igual situación se ha propuesto con las declaraciones rendidas dentro de procesos penales relacionados con la delincuencia organizada tanto por testigos protegidos como por colaboradores.

Quinta. Por lo que hace a la Colegiación, en México no es obligatoria, y aunque en principio al menos las dos principales asociaciones profesionales de abogados tienen por objeto el ejercicio ético de la profesión y establecen como causal de exclusión de dichas asociaciones el ejercicio indebido de la abogacía, en la práctica tal sanción sólo es simbólica, pues el responsable no deja de ejercer su profesión, al no serle suspendida ni cancelada la autorización correspondiente.

Sexta. A manera de conclusión general, podemos mencionar que en

términos penales, en México es mucho más específica la regulación penal de la falsedad de declaraciones, con respecto a los Estados Unidos. Sin embargo, en México no está considerado como delito grave, además de que son muy pocas las investigaciones que se inician por la comisión de tal delito, y por consiguiente, son mínimos los casos que llegan a ser sancionados penalmente. Del mismo modo, aunque los servidores públicos obligados a comparecer ante las Cámaras del Congreso de la Unión protestan conducirse con verdad, hasta la fecha, los órganos directivos de ninguna de las Cámaras han presentado alguna acusación por la violación de tal juramento. Adicionalmente, los procesos penales relacionados con la delincuencia organizada, se han visto contaminados con numerosas declaraciones falsas. En estos casos de falsas acusaciones o imputaciones, tampoco existe la obligación de resarcir por el posible daño moral que se cause a los afectados. Del mismo modo, en México la Colegiación profesional de los abogados no es obligatoria, y dichas asociaciones profesionales carecen de facultades para autorizar, suspender o cancelar el ejercicio profesional a sus afiliados que llegaran a incurrir en alguna de las causales señaladas, por lo que no existe un efectivo control del ejercicio profesional de la abogacía.

BIBLIOGRAFÍA

Hemerográficas:

- Periódico El Norte, Monterrey, N.L., 20 de Enero de 2009, p. 18-A.
- Periódico La Jornada, México, D.F. Jueves 3 de junio de 2010, p. 5
- D.O.F. el 15 de Agosto de 2008,
- Gaceta parlamentaria número 2680-III, de fecha 21 de Enero de 2009
- Periódico La Jornada, México, D.F., Miércoles 27 de mayo de 2009, p. 3, nota intitulada: "Inusitada detención en Michoacán de 10 alcaldes, 17 funcionarios y un juez".
- Gaceta Parlamentaria 3105-II, de fecha 28 de Septiembre de 2010.

Recursos de internet:

- <http://www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>
- http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=perjurio
- http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sec_18_00001621----000-.html
- <http://jpmatus.cl/>
- <http://www.incam.org.mx/estSocial-cap1.php>
- <http://66.51.172.136/Documento.aspx?CveTipoDocumento=2&CveDocumento=157>
- Buelna, María Elvira, 2001, "Orígenes de la impunidad en México". Disponible en el ARCHIVO de Tiempo y Escritura en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/tye/origenesdelaimpunidadenmexico.htm>

**POLÍTICAS Y REGULACIÓN EN MATERIA DE APOYO
PARA EL DESARROLLO DE LOCALIDADES EN
EXTREMA POBREZA EN BRASIL**

MTRO. CARLOS NORBERTO VALERO FLORES*

* Licenciado en Economía; y Licenciado y Maestro en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de Estudios Parlamentarios, del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

*El crecimiento económico es un factor necesario,
pero insuficiente para reducir la pobreza.*
Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

INTRODUCCIÓN

La República Federativa del Brasil se encuentra localizada en América del Sur, comprende la mitad oriental del subcontinente y algunos grupos de pequeñas islas en el océano Atlántico. Cuenta con una superficie estimada en más de 8.5 millones de km², ocupando por tanto el quinto lugar a nivel mundial en territorio, como país, sólo superado por Rusia, Canadá, China y Estados Unidos de América; tiene límites fronterizos con casi todos los países Sudamericanos, exceptuando a Chile y Ecuador. Al norte limita con Colombia, Venezuela, Guyana, Surinam y la Guayana Francesa; al sur con Argentina, Uruguay y Paraguay; al este con el océano Atlántico; y al oeste con Bolivia y Perú. Brasil es asimismo el quinto lugar en número de habitantes. En su mayor parte, el país está comprendido entre los trópicos terrestres, por lo que las estaciones climáticas no se sienten de una manera radical en gran parte del mismo. La selva amazónica cubre 3.6 millones de km² de su territorio.

La República Federativa del Brasil es un país urbano industrial con aproximadamente 191 millones¹; de ese total, la población urbana estimada es de poco más de 159 millones de personas, en tanto que la población rural se calcula en 32 millones.

El PIB nacional para el año 2009 fue de US\$1.794 mil billones, inferior al de 2008 que ascendió a US\$1. 849 mil billones,² del cual el sector rural participa sólo con el 5.98%; mientras la contribución de los sectores industrial y de servicios, identificados con actividades urbanas, representa el 94% del PIB total.³

La inquietud de seleccionar a Brasil para llevar a cabo el estudio sobre las políticas públicas destinadas a combatir la extrema pobreza, se derivó del hecho reconocido por los principales organismos internacionales de que Brasil logró un crecimiento económico sostenido durante los dos períodos presidenciales de Luiz Inácio Lula da Silva, quien continuó, intensificándolos, los programas de lucha contra la pobreza desarrollados desde el año de 1994, con el Gobierno de Fernando Henrique Cardoso y que han sido continuados por el actual gobierno de Dilma Rousseff; estos programas le han permitido a Brasil sacar de la pobreza extrema a

¹ 190 millones, 755 mil 799 habitantes; de acuerdo con datos del Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010.

² <http://www.indexmundi.com/g/g.aspx?v=65&c=br&l=es>. (mayo-junio de 2011)

³ BUAINAIN, Antônio Márcio y NEDER, Henrique Dantas, Crisis y pobreza rural en América Latina: el caso de Brasil, Documento de Trabajo N° 38, Programa Dinámicas Territoriales Rurales Rimisp, Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural, Santiago de Chile, 2009, p.6.

más de 28 millones de personas y permitir que 36 millones más de brasileños hayan sido incorporados a la clase media; sin embargo, el reto de la actual administración es buscar que una parte importante de los 16.2 millones de personas que viven con menos de 70 reales (43 dólares) por mes se adhieran a los programas sociales y con ello reducir la enorme brecha que separa a los estratos más bajos ubicados entre los niveles “D” y “E” del resto.

Otro elemento adicional lo representa el hecho de que Brasil y México son las dos principales economías de Latinoamérica, de ahí la conveniencia de conocer, con mayor detalle, los programas que permitieron al país carioca revertir la pérdida del poder adquisitivo, recuperando el menguado salario mínimo, indispensable para el crecimiento de la economía en favor del fortalecimiento del mercado interno y la consolidación de la clase media. Desafortunadamente, en el caso de nuestra nación los resultados no han sido equivalentes; de acuerdo con cifras del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), de 2008 a 2010 la pobreza en México aumentó de 48.8 millones de personas a 52 millones.⁴

En general, se trata de un trabajo de investigación de carácter descriptivo, que analiza el problema de la pobreza en la República Federativa de Brasil; así como los programas gubernamentales en materia de apoyo al desarrollo de las localidades en extrema pobreza.

Haciendo la aclaración que, en vista de que no se encontró durante el proceso de investigación una bibliografía específica sobre la pobreza en Brasil, incluso en la propia Embajada de ese país a la que se acudió por parte del autor; el trabajo se fundamentó en varios documentos realizados por instituciones que tratan el tema de la pobreza en esa nación sudamericana, tales como el Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural, de Santiago de Chile y el Centro de Estudios de Políticas Sociales de la Fundación Getúlio Vargas,⁵ (FGV) de Sao Paolo Brasil.

De ahí que, lo exiguo de la información tuvo que complementarse con el análisis de las diferentes páginas del gobierno brasileño que atienden los programas de pobreza,⁶ en especial el de la Secretaría Extraordinaria de Superación de la Extrema Pobreza; así como de diversas noticias periodísticas y publicaciones recientes relativas a nuestro estudio.

⁴ economista.com.mx/sociedad/.../aumenta-pobreza-MÉXICO-CONEVAL, 29 jul. 2011

⁵ La Fundación Getúlio Vargas, produce una gran cantidad de investigación académica. Los principales temas objeto de estudio comprenden la macro y la microeconomía y en especial las finanzas y los negocios, así como la toma de decisiones, el derecho, la salud, el bienestar, la pobreza, el desempleo, la contaminación y el desarrollo sustentable.

⁶ <http://www.fomezero.gov.br/>; <http://www.brasilemmiseria.gov.br/>; y <http://www.mds.gov.br/>. (mayo-junio 2011)

I. LA POBREZA

Para analizar el problema de la pobreza en cualquier parte del mundo, debemos, por método, definir primero qué se entiende por pobreza.

De acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua Española, el término pobreza es una derivación de “pobre”, que proviene de la voz latina pauper, -ēris, que significa: “Necesitado, que no tiene lo necesario para vivir”⁷.

De donde se deduce, que pobre es toda aquella persona física que no tiene acceso o carece de dominio de los requisitos básicos para mantener un nivel de vida aceptable, dentro del entorno en que vive; lo que significa, en los tiempos actuales, sobre todo en las zonas urbanas, que pobre es aquel que no cuenta con suficiente comida o requiere de acceso a una combinación de servicios básicos de educación, atención de salud, agua potable, sistemas de saneamiento adecuados y un lugar de residencia seguro.⁸

De acuerdo con Morley, la distribución del ingreso en América Latina siempre ha sido muy desigual; lo que implica que los niveles de pobreza en la región superen holgadamente lo que podría esperarse en función de su ingreso per cápita.⁹

A la pobreza de la población, se le sumó la crisis de la deuda de los años ochenta, que dio motivo a las políticas macroeconómicas impulsadas por los organismos internacionales, que redujeron sustancialmente los programas de los Gobiernos, agravando con ello aun más esta situación. Durante esa década, el ingreso de las familias cayó, y se acentuó la desigualdad incrementando exponencialmente el número de personas en condiciones de pobreza que aumentó por lo menos en 40 millones, o sea un 22%. La población en condiciones de pobreza que vivía en zonas urbanas y en ciertos países, como Brasil, Perú y varios países de Centroamérica y el Caribe, cuyas economías dependen fundamentalmente de los recursos naturales, fueron los más afectados por la caída de los niveles de vida. Hay que destacar que esos países concentraron el 85% del total del aumento de la pobreza, aunque en ellos viviera menos de la mitad de la población de la región en 1980. La crisis de ingresos, traducida en número de pobres, aumentó en las zonas urbanas en casi 30 millones o sea el 70% del incremento total.¹⁰

La pobreza reflejó las circunstancias macroeconómicas prevalecientes. Los países que hicieron un ajuste inmediato a sus finanzas públicas y que luego se

⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA, Vígésima segunda edición.

⁸ MORLEY Samuel Estrategia para reducir la pobreza, Washington, D.C., N° SOC-103, marzo 1997, p. 1.

⁹ Idem, p.1.

¹⁰ Ibidem, p.1.

recuperaron fueron Costa Rica y Colombia, quienes lograron reducir sus índices de pobreza durante la década. En cambio, Brasil, Argentina, Perú y Venezuela, tuvieron graves aumentos de la pobreza de sus habitantes al no poder romper el círculo destructivo de inflación y recesión, no pudieron establecer una estrategia de crecimiento eficaz, como si lo lograron Bolivia, Guatemala, Honduras y la República Dominicana. En la actualidad, la reducción o el alivio de la pobreza se ha tornado en una de las tareas más apremiantes para los Gobiernos de la región y del propio Banco Interamericano de Desarrollo (BID).¹¹

Durante la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo que se celebró en El Cairo, Egipto, en 1994 se destacó que:

La pobreza generalizada sigue siendo el principal problema con que se tropieza al efectuar actividades de desarrollo. La pobreza suele ir acompañada de desempleo, malnutrición, analfabetismo, el bajo nivel social de la mujer, riesgos ambientales y un acceso limitado a servicios sociales y sanitarios, incluidos los servicios de salud reproductiva, que a su vez incluye la planificación de la familia. Todos estos factores contribuyen a elevar los niveles de fecundidad, morbilidad y mortalidad, así como a reducir la productividad económica (Naciones Unidas, 1995: 15)¹²

Nos dice Sánchez Ruiz, que aún cuando se ha pretendido homologar la concepción de pobreza, actualmente existen diversas formas de medición, siendo los más conocidos: el Método de Medición Integral de la Pobreza (MMIP) y el Método de Medición de las Necesidades Básicas Insatisfechas (MMNBI), los que parten de la selección de 20 indicadores particulares y en relación a ellos han tratado de generar una aproximación empírica al tema de la pobreza. El método de medición de la pobreza fue elaborado por la CEPAL en los 1980's, y considera que la pobreza se mide por el nivel de insatisfacción de las necesidades básicas de una persona; siendo éstas: la baja calidad y la cantidad de viviendas; malas condiciones sanitarias; falta de otros servicios; carencia del patrimonio básico; gran rezago educativo; exceso de jornada laboral, escaso acceso a la atención a la salud y a la seguridad social; la característica de este método es que identifica a los pobres de una manera directa; es decir, por las carencias y no por sus ingresos, lo que ha sido criticado por algunos investigadores debido a que no considera otras necesidades esenciales que permiten elevar el nivel de vida, como son la alimentación, el vestido y el calzado, entre otros.¹³

Existe otro análisis de la pobreza, que es el relativo al desarrollo humano, utilizado por la ideología política de la social democracia, que se sustenta en tres aspectos esenciales: el ingreso, la educación y la salud.

¹¹ Ídem, p. 1.

¹² SÁNCHEZ RUIZ, Víctor Manuel, Remesas y pobreza Multidimensional en México: El caso de la Población Rural. El Colegio de la Frontera Norte. Tesis para obtener el grado de Maestro en Demografía, México, 2010, p.12, localizable en: <http://docencia.colef.mx/system/files/Copy%20of%20TESIS-VICTOR.pdf>

¹³ Ídem, pp. 19-20.

El Índice de Desarrollo Humano (IDH) comprende tres cuestiones esenciales:

1. *La capacidad de gozar de una vida larga y saludable, medida a través de la esperanza de vida al nacer.*
2. *La capacidad de adquirir conocimientos, medida mediante una combinación del grado de alfabetismo de los adultos y el nivel de asistencia escolar conjunto de niños, adolescentes y jóvenes (de 6 a 24 años).*
3. *La capacidad de contar con el acceso a los recursos que permitan disfrutar de un nivel de vida digno y decoroso, medido por el PIB per cápita ajustado al poder adquisitivo del dólar en los Estados Unidos (CONAPO, 2001).¹⁴*

En el caso de México, el Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL) de la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), ha adoptado una nueva metodología para medir la pobreza a partir de dos enfoques: el bienestar económico (a partir del ingreso per cápita) y los derechos sociales (educación, salud, seguridad social, alimentación, vivienda y sus servicios). Esta metodología multidimensional de la pobreza permite identificar a la población vulnerable tanto por ingresos como por sus carencias sociales. Mediante esta visión multidimensional, se puede deducir que una persona estará en situación de pobreza cuando los ingresos que percibe le son insuficientes para adquirir los bienes y los servicios mínimos para satisfacer sus necesidades elementales y presenta, además, al menos uno de los siguientes seis indicadores: 1. Rezago educativo; 2. Carencia a los servicios de salud; 3. Mínimo acceso a la seguridad social; 4. Baja calidad y reducidos espacios en la vivienda; 5. Nulos servicios básicos en la vivienda (agua potable, drenaje) y 6. Escaso acceso a la alimentación (CONEVAL, 2009)¹⁵

I.1 La importancia del Ingreso

Uno de los principales índices que utilizan los economistas para medir la pobreza es el ingreso de cada persona; porque el contar con un ingreso permanente, cuando las personas tienen empleo fijo, les brinda los medios pecuniarios para asegurar la atención directa a las necesidades básicas. Por tal razón, la mayoría de las estrategias para combatir la pobreza, dedican especial atención a la generación de empleos permanentes como la principal solución del problema. Así pues, desde el punto de vista del ingreso personal, la estrategia básica para la eliminación de la pobreza consiste en ayudar a los pobres a ganar lo necesario para salir de esa situación. Para lograr este objetivo, las políticas económicas deben estar encaminadas, en un inicio, a aumentar el número de empleos dis-

¹⁴Ibidem, p. 20.

¹⁵Ibidem, p. 21.

ponibles de manera permanente y mejorar la productividad con el consiguiente potencial a favor de los de menores ingresos que acceden a esos empleos. Considerando que la mayoría de esos empleos se crearán en el sector privado, al Gobierno le corresponde elegir las políticas públicas, incluyendo los incentivos fiscales (no disminución del ISR) que motiven al sector privado a crear empleos mejor remunerados para los pobres. El gobierno, empero, puede y debe hacer mucho más; no sólo brindar una red de seguridad mínima para los más desprotegidos, sino también a contribuir en la atención directa de las necesidades básicas que definen un nivel de vida adecuado. De esta manera, si el sector privado no está en condiciones de crear los empleos suficientes para reducir el nivel de pobreza, medido por el ingreso, el gobierno debe procurar garantizar la educación básica y el acceso a los servicios de salud para los pobres. De igual manera, puede construir sistemas de agua potable y alcantarillado y garantizar la seguridad pública en los barrios pobres.

En síntesis, el Gobierno, mediante la provisión de bienes públicos, puede ayudar sustancialmente mediante la utilización del sistema de transferencias, sea en dinero o en especie, para mejorar de manera directa las condiciones de vida de los pobres y así contribuir sensiblemente a reducir la tensión social, que se deriva del hecho de que la economía de mercado por sí sola no incrementa los ingresos de los más pobres.¹⁶

I.2 El principio constitucional contra la pobreza

El tema de la erradicación de la pobreza tiene su fundamento constitucional en el artículo 3°. de la Constitución de la República Federativa de Brasil, vigente desde 1988, la que establece en el numeral antes mencionado, que constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: construir una sociedad libre, justa y solidaria (fracc. I), garantizar el desarrollo nacional (fracc. II), erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales (fracc. III); así como, promover el bien de todos, sin distingos de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación (fracc. IV).

Art. 3° *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*
(*Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil*):

I - *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (*construir uma sociedad libre, justa y solidaria*);

II - *garantir o desenvolvimento nacional* (*garantizar el desarrollo -econômico-nacional*);

¹⁶Ibídem, p. 2.

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales);

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (promover el bienestar de todos, sin distinción de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquier otras formas de discriminación).

1.3. El milagro económico

En los años setenta, Brasil transitó por una época de crecimiento económico, conocida como el “milagro económico brasileño”; empero, los resultados no se reflejaron en la mayoría de la población, ni en todo su territorio; ante esta situación, algunos estudiosos del tema como Edmar Bacha, se refirieron al mismo utilizando el término de “Bel-India”, cuya crítica consistía en señalar que los resultados habían creado una estructura socioeconómica desigual, donde una pequeña minoría, los ricos, vivían como en Bélgica en tanto que la inmensa mayoría mantenía niveles de pobreza equiparables a las zonas paupérrimas de la India.

1.4. La desigualdad económica

Cuarenta años después, Brasil ha podido no sólo detener el crecimiento de la desigualdad económica y social que registraba en las décadas del 60 al 90, sino revertir tal tendencia para alcanzar mejores niveles de bienestar, sobre todo en las zonas y regiones menos desarrolladas. De tal manera, que el índice o coeficiente de Gini,¹⁷ que en 1960 era de 0.536 y que se incrementó a un 0.60 en 1990; se pudo recuperar en 2010 para regresar a 0.53, logrando con ello superar el piso histórico de los años 60's.¹⁸ (Ver gráfica 1).

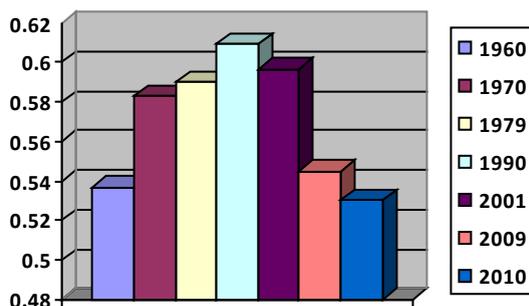
A manera de comparación, valga señalar que la primera meta del milenio, fijada en 1990 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), fue reducir la pobreza mundial a la mitad en un período de 25 años; es decir, de 1990 a 2015, dentro de este período nos encontramos al Gobierno del Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Lula); quien aplicó durante los dos períodos de su mandato (cuatro años

¹⁷El Coeficiente o índice de Gini, es una medida de la desigualdad ideada por el estadístico italiano Corrado Gini. Se utiliza generalmente para medir la desigualdad en los ingresos, pero puede también utilizarse para medir cualquier forma de distribución desigual. El coeficiente de Gini equivale a una fracción de número situado entre el 0 y 1; donde el 0 corresponde a la perfecta igualdad (todos tienen los mismos ingresos) y el 1 a la perfecta desigualdad (una persona tiene todos los ingresos y los demás ninguno). El índice de Gini es el coeficiente de Gini expresado en porcentaje, y es igual al coeficiente de Gini multiplicado por 100.

¹⁸ROMERO, Ricardo, politólogo UBA/ Unsam, Miradas al Sur, Año 3. Edición número 155. Domingo 8 de mayo de 2011, Buenos Aires, Argentina, <http://sur.elargentino.com/notas/brasil-la-hora-de-la-inclusion>. (09-05-2011)

cada uno), varias políticas en pos de dicho objetivo; así, la renta de la mitad más pobre de la población brasileña creció en un 59%, mientras que el decil más rico del país, sólo aumentó su fortuna en un 12.8%; lo que indica una diferencia sustancial entre ambas tasas de crecimiento de cinco veces entre una y otra.

Gráfica 1
Visión de desigualdad a largo plazo – Índice de Gini



Fuente: CPS/FGV a partir de microdatos del Pnad/PYME y Censo/IBGE y Langoni 1973

* Incluye datos de los censos de 1960 y 1970 y las PYMEs desde 2010.

En este sentido, la región más pobre del Brasil, el nordeste, la población incrementó en promedio sus ingresos en un 42%; mientras que en el sudeste, que corresponde a la zona más rica del país, sus habitantes aumentaron su riqueza en un 16%.

Por cuanto a las zonas rurales, la población de éstas vio mejorado sus ingresos en un 49%, frente al 16% de las zonas urbanas. Estos indicadores nos permiten conocer la manera de como se pudo revertir el índice de desigualdad dentro de la nación carioca.

Dentro de los programas sociales, uno de los principales motores de la reconversión -se dice-, lo fue el énfasis que el gobierno de Lula le dio a la educación; además, de desarrollar una fuerte promoción a las actividades productivas, lo que permitió la creación de empleos con una alta formación competitiva, unos ocho millones, en campos clave (informática, farmacéutica, química, aviación, etc.); aunado a un fuerte estímulo a las empresas con alto rendimiento tecnológico; y no tanto a los programas sociales como Fome Zero o Bolsa Familia, que reasignaron tan sólo un 0.6% del PIB anual.¹⁹

¹⁹Ibidem.

Según el politólogo Marcelo Neri, del Centro de Estudios de Políticas Sociales de la Fundación Getúlio Vargas, citado por Ricardo Romero, Brasil alcanzó durante el Gobierno de Lula da Silva el nivel más bajo de desigualdad social en los últimos veinte años y, a la par, consolidó una importante clase media.²⁰

Marcelo Neri, quien se desempeña como economista en Jefe del Centro de Políticas Sociales de la Fundación Getúlio Vargas (FGV), realizó un reporte sobre el tema de la pobreza en Brasil, del que se destacan los siguientes comentarios: en la última década –coincidente con el Gobierno de Lula da Silva (2003-2010), aproximadamente 39.5 millones de brasileños lograron abandonar los estratos los más pobres del país para sumarse a los estratos socioeconómicos de nivel “C” considerados como de la clase media que representan el 46.57% del total de la población, por debajo de los estratos más altos “A” y “B”, pero por encima de las clases más bajas “D” y “E”.

El informe del Jefe del Centro de Políticas Sociales de la FGV, denominado “Los emergentes de los emergentes: reflexiones globales y acciones locales para la nueva clase media brasileña” señala que alrededor de 9.2 millones de personas ingresaron a los niveles de ingresos más ricos de la sociedad carioca. De tal manera que haciendo una sumatoria de los niveles de clase media y alta; éstos lograron un crecimiento conjunto del 47.94%, casi 40 millones de brasileños se integraron a la clase media entre los años 2003 al 2010.²¹

El estudio de la FGV señala, que en la última década 24.6 millones de personas dejaron de pertenecer a la clase “E”, presentando una baja de 54.18%, y que el grupo “D” perdió a su vez, hasta 7.9 millones de personas; es decir un 24.6% menos. Se estima por Marcelo Neri, que actualmente 105 millones de personas integran la clase media o estrato socioeconómico “C”; siendo aquellos que tienen un ingreso familiar de entre 750 y 3,229 USDLS. Mientras que unos 63.6 millones de personas se encuentran todavía en las clases más pobres “D” y “E”; en tanto que 22.5 millones se hallan entre las clases de poder adquisitivo más alto. El crecimiento económico se vio reflejado también en una mayor movilidad de la población hacia los estratos más altos “A” y “B”.²²

Neri considera, que las razones más reconocidas de la intensa movilidad de la pirámide social brasileña, responden a una combinación de factores, el crecimiento económico sostenido, por cerca de una década, del país sudamericano, donde un elemento clave lo es la estabilización de la economía, que permitió sacar a Brasil de una hiperinflación que se prolongó desde la década de los 70 hasta mediados de los años 90; así como la implementación de las políticas sociales pro-

²⁰Ibidem.

²¹<http://www.trazacomex.cl/home/> (30-06-2011)

²²Ibidem.

movidas por el Presidente Lula Da Silva y que se ha propuesto continuar ahora la Presidenta Rousseff, con su programa “Brasil sin miseria”, para llegar a beneficiar a alrededor de 16 millones de personas en pobreza extrema:²³

Otro factor importante -para el economista Neri-, lo es ampliar los programas de educación; puesto que permite crear un acceso a un mejor mercado de trabajo y por lo tanto a superiores salarios; quien destaca la importancia del subprograma “Bolsa Familia”, como parte del programa “Hambre Cero” lanzado por Lula Da Silva. En el marco de este plan, las familias con niños reciben transferencias directas de dinero, obligándose a que sus hijos cumplan con ir a la escuela y reciban las vacunas contra las enfermedades de su edad.

Un resultado a destacar, lo es que en los últimos 10 años los ingresos del 50% de los estratos más pobres aumentaron en promedio un 68%, en tanto que el 10% más rico aumentó en 10%.²⁴ Sin embargo, considero que esta apreciación debe de verse con sumo cuidado, puesto que un pequeño incremento nominal en los niveles de ingresos más bajos aparentan un aumento relativo superior; lo que no sucede con los ingresos de los estratos más ricos, los que siendo superiores nominalmente, relativamente son inferiores por tener una base mayor.

Empero, no es de despreciar los logros macroeconómicos, sobre todo el haber podido, primero, disminuir sensiblemente la inflación –reconociendo aquí los resultados del “Plan Real” del Gobierno de Fernando Henrique Cardoso, previo al Gobierno de “Lula” y mantenerla controlada-, contar con tasas de crecimiento económico sostenido durante la última década, el desarrollo notable en los niveles de educación y la disminución general de las desigualdades entre los cinco estratos económicos. El economista Neri reconoce la importancia de mejorar la educación en las escuelas públicas para reducir la pobreza; y para mantener a la clase media, añadió, es necesario “mejorar los mercados de trabajo, el acceso a los microcréditos, tener una agenda menos asistencialista y tener políticas diferentes de las que están enfocadas hacia los más pobres”. Así, en tanto mejoran las condiciones actuales de vida, mejoran también las expectativas sobre las condiciones a futuro.²⁵

En una escala de 0 a 10, el brasileño da una nota promedio de 8.7 a la “esperanza de satisfacción con la vida en 2014”, una mejor evaluación que en una muestra de 146 países estudiados, cuyo promedio fue de 6.5. En relación con la condición actual de vida, Brasil también lidera el ranking, con una nota promedio de 7.²⁶

²³Se considera pobreza extrema cuando la familia no tiene medios para garantizar las condiciones básicas de supervivencia. Según el Banco Mundial, significa que viven con menos de un dólar al día. <http://www.bancomundial.org/temas/omd/definiciones.htm>.

²⁴<http://www.trazacomex>, Op. cit.

²⁵Ibidem.

²⁶Ibidem.

Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), actualmente hay 16.27 millones de personas en el país con pobreza alimentaria, es decir, no tienen dinero para comprar comida, lo que equivale al 8.5% de la población.

Actualmente, el Gobierno de Dilma Rousseff ha anunciado un nuevo programa, *Brasil Sem Miséria* (Brasil sin miseria), encaminado a la atención de la indigencia, que se estima alcanza un 8%, alrededor de 16 millones de personas en pobreza extrema, tal como lo anunció recientemente su Ministra de Desarrollo Social, Tereza Campello. Este programa articula todas las acciones de los tres órdenes de Gobierno: Federal, Estados y Municipios, destinadas a mejorar la vida de los brasileños en extrema pobreza. El objetivo concreto de este programa son los millones de brasileños cuyos ingresos familiares, divididos entre sus miembros, no sobrepasan los 70 reales mensuales por persona. Del total de pobres a atender, el 59% vive en el Nordeste, 21% en el Sur Sureste y el 20% en el Norte y Centro-Oeste del país. Del total de pobres, se estima que el 40% son menores de 14 años de edad.

Se trata, en sí, de la continuación del programa *Fome Zero* (Pobreza Cero) o *Bolsa Família*, impulsado por el presidente Lula da Silva; y se encuentra bajo la responsabilidad de la *Secretaria Extraordinária de Superação da Extrema Pobreza dependiente del Ministerio do Desenvolvimento Social e Combate á Fome*; el programa *Brasil Sem Miséria*, pretende continuar la política social adoptada por Brasil en los últimos años, que permitió, además del crecimiento económico, que 28 millones de personas salieran de la pobreza y 36 millones se incorporaran a la clase media.

Los programas desarrollados en los últimos 8 años (durante los dos períodos de Lula) fueron decisivos para disminuir las desigualdades sociales, ampliar el mercado interno, fortalecer la economía y acelerar el crecimiento del país.

Con el nuevo Programa *Brasil Sem Miséria*, el Gobierno de la Presidenta Dilma Rousseff asume el reto de continuar las acciones de políticas públicas para disminuir sensiblemente la pobreza; asimismo, se propone ampliar las conquistas sociales a favor de todos los brasileños.

Para dimensionar las acciones de gobierno en este tema, conviene hacer una retrospectiva histórica para conocer el desenvolvimiento de la pobreza en el país sudamericano. Así nos encontramos que si bien, en los años setenta, Brasil transitó por una época de crecimiento económico, conocida como el “milagro económico brasileño”; los resultados macroeconómicos no se reflejaron en la mayoría de la población, ni en todo su territorio; ante esta situación, algunos estudiosos del tema como Edmar Bacha, le aplicaron el término de “Bel-India”, debido a que los resultados macroeconómicos sobresalientes habían creado una estructura socioeconómica desigual, donde una pequeña minoría, los ricos, vivían como en Bélgica; en tanto que la inmensa mayoría, mantenía niveles de pobreza equiparables a las zonas paupérrimas de la India.

De acuerdo con un estudio de BUAINAIN y NEDER del Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural (CLDR), en los últimos 15 años todos los indicadores de pobreza extrema en Brasil (urbana, rural y metropolitana) registraron una reducción paulatina, persistente y significativa. Los programas sociales desarrollados en la última década, han permitido la reducción de la pobreza en general, con un mayor énfasis en el medio rural.²⁷

El estudio referido nos señala, que en el año 2007 poco más de 66 millones de personas, aproximadamente el 35% de la población total brasileña, tenían ingresos por debajo de la línea de la pobreza. Ese porcentaje era aun más elevado en el medio rural, donde el 51% de la población vivía debajo de la línea de pobreza. Se estima, que alrededor de 18.9 millones de personas, el 10.04% de la población total, obtienen ingresos insuficientes para garantizar una ración alimenticia diaria; es decir, presentan una pobreza alimentaria; a esta cifra, habrá que agregarle aproximadamente 46 millones más, que representan el 24.4%, los cuales son considerados como pobres en el sentido patrimonial. La brecha de la pobreza en general en todo el territorio brasileño, de acuerdo con el coeficiente de Gini, es de 0.1561; índice, que en las zonas rurales se incrementa hasta alcanzar un 0.25; sobre todo en ciertas regiones, lo que da como resultado la presencia de grandes desequilibrios regionales: así, el Norte y el Nordeste cuentan con los niveles más elevados de pobreza patrimonial, mientras que en el Sur, Sudeste y Centro-Oeste, la proporción de pobreza es notoriamente menor. Por cuanto a la pobreza rural alimentaria, la encontramos concentrada en un 21.73% en el Nordeste, siendo 5 veces superior a la del Sur con un 4.36%.²⁸

Los pobres en Brasil no tienen características homogéneas entre sí, los hay tanto en los productores agrícolas como en los no agrícolas, en los trabajadores permanentes como en los temporales, así como en las zonas rurales y en las ciudades. En ese contexto, resulta una tarea compleja poder evaluar los posibles impactos de la crisis sobre los más pobres, principalmente los que se asientan en las zonas rurales.

I. 5. Los indicadores macroeconómicos

Los avances de los indicadores macroeconómicos, sobre todo en el crecimiento del PIB, durante la última década en el país sudamericano, se vieron interrumpidos por la crisis financiera internacional, que frenó la vigorosa aceleración que había tenido la economía brasileña. De esta manera, en el último trimestre

²⁷BUAINAIN, Antônio Márcio y NEDER, Henrique Dantas, Crisis y pobreza rural en América Latina: el caso de Brasil, Documento de Trabajo N° 38, Programa Dinámicas Territoriales Rurales Rimisp, Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural, Santiago de Chile, 2009, p. 2.

²⁸Idem, p. 2.

de 2008, la tasa de crecimiento del PIB cayó a un -3.6%, con relación al último trimestre del 2007. Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), se trató de la mayor contracción de la economía desde el año de 1996.²⁹

Los datos macroeconómicos sobre el desempeño de Brasil en el periodo post crisis, confirman el impacto negativo sobre la economía brasileña, con efectos sensibles sobre todo en el nivel de empleo y en los ingresos, en las exportaciones y en las expectativas de los inversionistas privados, que en pocos meses pasaron de la euforia total a un cierto pesimismo.

Sin embargo, las informaciones sobre el comportamiento de los datos duros de la economía brasileña, presentan ya una mejoría en los indicadores macroeconómicos y permiten visualizar mejores tiempos a corto plazo; como por ejemplo, el superávit acumulado de la balanza comercial, hasta la primera semana de abril de 2009, que fue aproximadamente un 10% superior al registrado en el mismo periodo de 2008. El saldo entre los despidos y las contrataciones formales a marzo de 2009, fue positivo: mientras la industria de transformación en el país mantuvo un resultado neto negativo, con una pérdida de 35,775 puestos de trabajo; la construcción civil, los servicios, la administración pública y la actividad agropecuaria tuvieron un buen desempeño. El saldo del empleo formal en la actividad agropecuaria en marzo fue positivo.³⁰

Por lo que respecta al sector agropecuario, las exportaciones de marzo de 2009 superaron el valor registrado en el mismo mes de 2008, alcanzando la cifra de US\$ 4.79 mil millones, impulsadas principalmente por el buen desempeño de las exportaciones de soya que experimentaron un crecimiento del 11.9%; el azúcar y alcohol tuvieron un incremento superior al del 29% en ambos casos.

Es innegable que la economía brasileña enfrenta la actual crisis en condiciones excepcionales, en comparación a la situación del país en el pasado reciente. La posición macroeconómica es bastante sólida, ya sea internamente como en relación a las cuentas externas. De tener el carácter de deudor en los mercados internacionales, Brasil pasó a una posición acreedora a partir de 2007, cuando las reservas internacionales superaron la deuda externa total. La política macroeconómica es consistente con la mantención de los equilibrios macro, y viene siendo ejecutada con relativa autonomía y sostenibilidad. Los sectores productivos han atravesado fuertes ajustes macroeconómicos en el periodo reciente y, a pesar del elevado costo, Brasil está en mejores condiciones para enfrentar el endurecimiento de la competencia externa que en el pasado. El sistema financiero público y privado se muestra bastante sólido, y los bancos públicos están capitalizados y tienen condiciones de financiar inversiones estratégicas con potencial para mitigar los efectos de la crisis. La tasa de interés doméstica es la más elevada del mundo

²⁹ *Ibidem*, p. 2.

³⁰ *Ibidem*, p. 3.

y, por lo tanto, hay un amplio margen para una reducción no inflacionaria y virtuosa desde el punto de vista del incentivo a las inversiones. Por otra parte, pasado el primer momento de rechazo a la posibilidad de que la crisis podía afectar la economía brasileña, el gobierno viene adoptando medidas globales y localizadas para contrarrestar sus efectos. La primera es el movimiento de reducción de la tasa de interés básica de la economía, la *Tasa Selic*, interrumpiendo el movimiento de elevación asociado a presiones inflacionarias presentes en la economía debido al crecimiento de la demanda y al alza de los precios internacionales de los *commodities*. También anticipó el reajuste anual del salario mínimo, protegiendo así el poder de compra de las familias de ingresos más bajos y el mercado doméstico de bienes corrientes de una caída todavía más abrupta en las ventas. Otra medida relevante fue la decisión de acelerar las inversiones previstas en el Programa de Aceleración del Crecimiento, y el lanzamiento de un gran programa de construcción de viviendas. En paralelo, el gobierno federal ha bajado la carga fiscal para algunos sectores claves, como el automotor, contribuyendo a interrumpir la caída en las ventas en el mercado doméstico.

En relación con la actividad agropecuaria, el Gobierno reforzó el financiamiento del sector y promete elevar el financiamiento, aumentar los mecanismos de gestión de riesgo y renegociar las deudas.

I. 6. Factores que determinan el nivel de ingresos

Del análisis de los principales factores que determinan el nivel de ingreso de los hogares rurales: precios de los productos que comercializan, remuneración del trabajo en ocupaciones agrícolas y no agrícolas fuera de la finca, transferencias públicas y producción para el autoconsumo; resulta una visión más bien optimista sobre los impactos posibles de la crisis si ella se mantiene bajo control. En relación a las transferencias públicas, fuentes gubernamentales brasileñas esperan que al menos de inmediato no serán afectadas; puesto que el Gobierno Federal tiene condiciones favorables en sus finanzas públicas para mantenerlas, a pesar de la reducción de la recaudación respecto a la expectativa vigente antes de la eclosión de la crisis, sin comprometer de forma significativa la consistencia de la política macroeconómica.

En relación al nivel de ocupación en el campo, se aprecia un horizonte halagüeño, como consecuencia del escenario de que la agricultura brasileña está en condiciones de enfrentar las eventuales reducciones de precios internacionales en el corto plazo (a mediano plazo los precios mantienen tendencias al alza).

En síntesis, a pesar de la perspectiva de estancamiento/retracción de la economía mundial, las perspectivas inmediatas para la agricultura brasileña, así como para la minería, son muy positivas. Por una parte, es factible mantener el actual nivel de exportaciones, aun con la revaluación del real respecto al dólar

americano, en el periodo reciente; por otra, el mercado interno continuará fortaleciéndose, desempeñando un rol importante en la absorción de la producción agropecuaria.

En el escenario de la crisis internacional y la reacción interna articulada por las políticas del Gobierno de Brasil en apoyo a la población más pobre, que no obstante ser la más beneficiada gracias a las transferencias públicas, a la venta de sus pequeños excedentes de producción, después del autoconsumo, y por los ingresos de los empleos temporales e informales, es paradójicamente la más afectada por su bajo grado de inserción en los mercados.

La decisión del Gobierno de bajar los impuestos al diesel, también traerá beneficios a los programas agrícolas.

Respecto a los programas sociales, el Gobierno de Lula da Silva, reajustó el salario mínimo por encima de la inflación así como el valor de la Bolsa Familia; al mismo tiempo, amplió el periodo de protección al desempleado (seguro de desempleo) y la liberación de recursos para recalificación del cesante. Elementos todos que han permitido sostener el nivel de ingresos de los niveles más bajos. Actualmente, el nuevo Gobierno de la Presidenta Dilma Rousseff ha manifestado su intención de mantener las actuales políticas sociales incluyendo las transferencias públicas hacia los pobres. Entre las políticas públicas se incluye el apoyo a la agricultura familiar –PRONAF– que desempeña actualmente un rol importante en la absorción de la producción de los pequeños agricultores. El control de los efectos de la crisis financiera internacional, prevé una situación optimista por lo que se considera que es posible evitarlos o al menos mitigarlos con políticas públicas que estimulen la producción local y refuercen la competitividad del agro brasileño en el mundo.

I. 7. Los programas sociales³¹

En la mayoría de los países existen instituciones que otorgan prestaciones en los diferentes órdenes de Gobierno, central y locales, que brindan atención directa a las necesidades sociales específicas y acreditadas, que afectan a la población más pobre. Este tipo de prestaciones suelen consistir preferentemente en la transferencia, no condicionada y directa, de ingresos o especies (medicamentos, alimentos, atenciones de salud secundarias, alojamiento transitorio, vivienda, etc.).

³¹PARDO Marcia, Reseña de programas sociales para la superación de la pobreza en América Latina, Estudios estadísticos y prospectivos, serie 20, CEPAL, Santiago de Chile, octubre 2003, pp. 20-29, y anexos del Cuadro A3, pp. 48-51.

En el caso de Brasil, desde el año de 1994, con el Gobierno de Cardoso, se inició la denominada “Estrategia de Desarrollo Social del Plan Real”, que de alguna manera ha sido continuada y fortalecida tanto por los Gobiernos de Lula da Silva como de la actual presidenta Dilma Rousseff, siendo los siguientes:

a) Programa Salud de Familia. (Dependiente del Ministerio de Salud). Iniciado en 1994, y al que se ha dado mayor énfasis a partir de 2000.

Objetivo: Entregar servicios básicos de salud a la población más pobre a través de visitas programadas de un equipo de salud familiar más un asistencia social, en los hogares menos favorecidos.

Cuyas Actividades consisten en:

- 1) atenciones básicas de salud.
- 2) atenciones de salud bucal.
- 3) desarrollo de salud preventiva.

Beneficiarios: aproximadamente el 14% de la población total.

b) Programa Nuevo Empleo-Seguro de Desempleo. (Dependiente del Ministerio de Trabajo y Empleo). Iniciado en 1999.

Objetivo: Apoyar a trabajadores formales desempleados.

Sus Actividades son:

- 1) Bolsa de Empleo. Reducir tiempo de espera en encontrar un nuevo empleo, entregando asistencia y constituyendo una bolsa de trabajo.
- 2) Seguro de Desempleo a pescadores artesanales; prestación que se entrega durante el período de prohibición de pesca para preservación de la especie (veda).
- 3) Pago del Seguro de Desempleo Especial (vigente en São Paulo, Rio de Janeiro, Bello Horizonte, Belem, Salvador, Curitiba, Porto Alegre, Recife, Victoria y Fortaleza).
- 4) Beca de Calificación.

Beneficiarios: pescadores artesanales con registro mínimo de tres años; trabajadores mayores de 30 años, desempleados involuntariamente, por un período de 12 a 18 meses interrumpidos y que hayan reducido el seguro de desempleo tradicional; trabajadores desempleados inscritos en algún curso de capacitación que ofrezca el empleador formal, al menos 6 meses seguidos los últimos 3 años, que no tengan rentas propias ni estén recibiendo prestación continuada de previsión social.

c) Programa Todos los Niños a la Escuela. (Dependiente del Ministerio de Educación y Cultura). Vigencia 2000-2003.

Objetivo: universalizar la enseñanza de educación primaria (8 años de escolaridad), evitar la deserción escolar, el ingreso tardío al sistema educativo y los elevados índices de reprobación escolar.

Beneficiarios: los niños de 6 a 15 años, provenientes de familias de situación de riesgo (ingreso per cápita familiar menor a 90 reales) y que residan en Municipios que se hayan adherido al programa.

Este programa se divide en las siguientes cuatro grandes acciones:

- 1) Programa Nacional de Alimentación Escolar, desde 1953; entrega de ración que cubre el 15% de las necesidades nutricionales diarias, durante los 200 días del calendario escolar. Dirigido a los alumnos de educación preescolar y primarias públicas o filantrópicas registradas en el Consejo nacional de Asistencia Social (CNAS);
- 2) Programa Nacional “Bolsa-Escola”, desde abril de 2001; consistente en el otorgamiento de subsidios a la familia de 15 reales mensuales por hijo –con tope de 3 hijos-, cuyas edades estén entre 6 y 15 años, y que cumplan con un mínimo de 85% de asistencia a clases de educación primaria. El subsidio se otorga a las familias por medio de tarjeta magnética con retiros en cajeros automáticos; se tiene programado beneficiar al 100% de la población objetivo.
- 3) Programa Nacional Biblioteca en la Escuela, desde 1998; destinada a proveer gratuitamente libros de lectura infantil y juvenil; su objetivo es atender a todas las escuelas primarias públicas con matrícula superior a **500 alumnos**.
- 4) Programa Nacional de Salud Escolar, desde 1999; desarrolla programas de detección de problemas visuales y auditivos; destinados a todos los niños de primer grado.

d) Programa Asistencia a un Trabajador. (Dependiente del Ministerio de Trabajo y Empleo).

Objetivo: mejorar las condiciones laborales de trabajadores formales con bajos ingresos.

Que desarrolla las siguientes Actividades:

- 1) Abono Salarial consistente en el pago de un salario mínimo extra anual para los trabajadores que perciban hasta dos salarios mínimos mensuales.

2) Otros apoyos para los trabajadores: ayuda de transporte y otorgamiento de alimentación o refrigerios.

e) Programa de Erradicación de Trabajo Infantil. (Dependiente del Ministerio de Previsión y Asistencia Social). Vigencia 2000-2003.

Objetivo: combatir la deserción escolar y la integración ilegal de niños y jóvenes al mercado laboral en condiciones precarias.

Cuyas Actividades son:

- 1) Bolsa Crianza – Cidadã, referida a un apoyo financiero a las familias con hijos entre 7 y 14 años, siempre que se mantengan en el sistema escolar; consiste en la entrega de un subsidio mensual de 25 reales por niño en zonas rurales y de 40 reales en áreas urbanas.
- 2) Atención a niños y jóvenes en jornada ampliada; se trata de la atención a niños y jóvenes fuera del horario escolar, con actividades de reforzamiento educativo, culturales, recreativas y deportivas.
- 3) Acciones Educativas y de Sensibilización.
- 4) Fiscalización para la erradicación del trabajo infantil.

f) Programa Vivir Mejor, Período 2000-2003, reemplaza al Programa Habitar Brasil y Acción Social en Saneamiento que operó de 1995 a 1999. Dependiente de la Secretaría Especial de Desarrollo Urbano de la Presidencia de la República.

Objetivo: contribuir a la disminución de déficit habitacional de las ciudades de Brasil con la construcción de conjuntos habitacionales en las áreas de mayor riesgo y mejorar el saneamiento básico de las viviendas marginales.

Sus Actividades son:

- 1) Construcción de unidades habitacionales.
- 2) Instalación de servicios de saneamiento básico.
- 3) Mejora de condiciones habitacionales.

Beneficiarios: todas las familias que tienen ingresos inferiores a 3 salarios mínimos como ingreso global.

g) Programa de Niñez y Alimentación Materna. (Dependiente del Ministerio de Salud). Funcionó en el período 2000-2003.

Objetivo: Apoyar a la divulgación de la importancia de la lactancia materna en la salud de los primeros años del niño y disminuir la mortalidad infantil.

Sus Actividades consisten en:

- 1) Vacunación múltiple a todos los niños entre 0 y 5 años.
- 2) Creación de redes de bancos de leche humana.
- 3) Eventos técnicos y de capacitación a los beneficios de la lactancia materna.

h) Programa Atención a personas Portadoras de Deficiencias. (Dependiente del Ministerio de Salud).

Objetivo: apoyar la integración laboral y social de personas discapacitadas, con énfasis en aquellos pertenecientes a grupos de bajos ingresos.

Sus Actividades son:

- 1) Otorgamiento de una ayuda mensual vitalicia equivalente a un salario mínimo.
 - 2) Pago de atenciones de prestación continuada.
 - 3) Atención en redes de asistencia social a personas con discapacidad.
- Beneficiarios: todas las personas discapacitadas con ingreso familiar inferior a un salario mínimo.

i) Programa Brasil Joven. (Dependiente del Ministerio de Previsión y Asistencia Social).

Objetivo: Apoyar a jóvenes pobres en sus desarrollo juvenil, evitando su participación en actividades ilegales.

Sus Actividades están destinadas a:

- 1) Formación de jóvenes como agentes promotores de desarrollo social comunitario.
 - 2) Construcción de centros de atención a jóvenes.
 - 3) Becas de capacitación mensual de 65 reales.
- Beneficiarios: todos los jóvenes entre 15 y 17 años de edad, residentes en comunidades pobres, cuya renta mensual familiar per cápita sea inferior a un salario mínimo.

j) Programa Prestación Continuada. (Dependiente del Ministerio de Previsión y Asistencia Social).

Objetivo. Atender a las necesidades básicas de personas sin ingresos, que por sus condiciones no pueden participar en el mercado laboral.

Desarrolla las siguientes Actividades:

1) Entrega de un apoyo vitalicio de un salario mínimo mensual.

Beneficiarios: adultos mayores de 67 años sin pensión social de vejez, con ingresos inferiores a un salario mínimo mensual. También pueden participar las personas incapacitadas para el mercado laboral.

k) Proyectos de Generación de Rentas. (Dependiente de la Secretaría de Estado de Asistencia Social).

Objetivo: Promover acciones que posibiliten la inserción de personas en el mercado de trabajo o el aumento de la producción o productividad de los trabajadores, que abra nuevas fuentes de trabajo con actividades asociativas compatibles con las potencialidades locales y vocación regional.

Sus Actividades consisten en:

Otorgar Financiamiento a proyectos que garanticen que el 10% de los beneficiarios son personas discapacitadas.

l) Proyectos de Apoyo a la Familia. (Dependiente de la Secretaría de Estado de Asistencia Social).

Objetivo: Brindar mínimos sociales a la población indigente, más vulnerable.

Sus Actividades se realizan a través de:

1) Núcleos de apoyo Familiar, para la entrega de servicios sociales a las familias indigentes.

2) Centros Multiuso, que son estructuras de apoyo comunitario donde se desarrollan proyectos de acuerdo a las necesidades de la comunidad.

3) Albergues, para dar alojamiento a personas con situación de riesgo, asegurándoles condiciones de alimentación e higiene.

4) Centros de Generación de Rentas, que efectúan acciones de inversión económica tendentes a mejorar la calidad de vida de la población involucrada.

5) Abrigo para Población en Situación de Riesgo, que son lugares donde se puede pernoctar en condiciones de higiene, alimentación y vestuario, en el caso de las personas desprotegidas.

Beneficiarios: portadores de SIDA, personas discapacitadas y familias en estado de vulnerabilidad social, pobreza e indigencia.

II) Programa Bolsa – Alimentação (Beca de alimentación). (Dependiente del Ministerio de Salud). Vigente desde 1999.

Objetivo: Partiendo de un enfoque preventivo, se apoya a las familias para que obtengan adecuadas condiciones de salud y nutrición.

A través de las siguientes Actividades:

1) Entrega de un subsidio monetario mensual por un período de 6 meses, con el fin de mejorar la alimentación del grupo familiar; el subsidio es de 15 reales, hasta por 3 beneficiarios por familia.

Beneficiarios: familias sin ingresos o con un ingreso familiar per cápita, inferior a 90 reales, e involucra el traspaso de 15 reales a aquellos miembros del grupo familiar que correspondan a mujeres embarazadas, madres en período de lactancia y sus hijos de hasta 6 meses; así como a los menores de entre 6 meses y 6 años 11 meses, que se encuentren en riesgo nutricional. El tope de beneficiarios aceptados por hogar es de tres, lo que representa un subsidio de 45 reales como monto máximo a percibir mensualmente por familia. La transferencia se realiza con un enfoque preventivo, a fin de garantizar condiciones adecuadas de salud y nutrición, por lo cual su entrega está condicionada a la asistencia a controles de salud prenatal, inmunizaciones y controles de nutrición y desarrollo infantil de los menores. El beneficio se otorga por un máximo de seis meses, renovables en la medida que la familia certifique mantener las condiciones iniciales.

m) Programa Bolsa Familia. (Dependiente del Ministerio de Desarrollo Social). Bolsa Familia, es un programa desarrollado durante el Gobierno de Lula da Silva y consiste en la transferencia directa de ingresos a través del cumplimiento de ciertas condicionalidades y tiene por objeto beneficiar a las familias en pobreza y pobreza extrema.

Objetivo: El programa integra el objetivo Fome Zero (Hambre Cero) que pretende garantizar el derecho a una alimentación adecuada por la seguridad alimentaria y nutricional, y contribuir a la incorporación a las actividades productivas de la población más vulnerable.

Beneficiarios: más de 12 millones de hogares en todo el territorio nacional. Dependiendo de los ingresos familiares mensuales, por persona (limitado a 140 dólares), el número y la edad de los niños, el valor de los beneficios recibidos por la familia puede variar de 32 a 242 reales. Estos valores son el resultado del reajuste anunciado por el Gobierno de Dilma Rousseff, el 1 de marzo de 2011 y aplicables de las prestaciones pagadas en abril de 2011. Varios estudios apuntan la importante contribución de este programa a la reducción de la pobreza y las desigualdades sociales.

³²El IV informe nacional para el seguimiento de los objetivos de desarrollo del Milenio se fijó como meta reducir la pobreza extrema del 12% en 2003, al 4.8% en 2008.

El programa Bolsa Familia tiene tres elementos principales:

- 1) La transparencia de los ingresos transferidos; el ingreso de las transferencias promueve el alivio de la pobreza al incrementar la capacidad de compra de las familias;
- 2) Las condicionalidades para su otorgamiento; las condicionalidades refuerzan el acceso a los derechos sociales básicos en las áreas de educación, salud y asistencia social de los realmente necesitados.
- 3) Los programas complementarios; los programas complementarios tienen como propósito el desarrollo de las familias, para que los beneficiarios puedan superar la situación de vulnerabilidad.

La administración de la Bolsa Familia es descentralizada y concurrente, por la Unión (Federación), los Estados, el Distrito Federal y los municipios; así, los tres órdenes de Gobierno trabajan juntos para mejorar, ampliar y supervisar la aplicación del programa, conforme lo establecido por la Ley 10,836/04; y se encuentran reguladas por el Decreto N° 5,209/04. Por cuanto a los beneficiarios, la lista es pública y puede accederse por cualquier ciudadano.³³

n) Programa Catastro único. (Dependiente del Ministerio de Desarrollo Social).

Forma parte del Programa Bolsa familia y se trata de la elaboración de un catastro (registro) único para el control de los programas sociales.

Es un mecanismo que permite registrar, y por tanto identificar, a las familias con ingresos mensuales de hasta la mitad de un salario mínimo per cápita, o tres salarios mínimos por familia.

El catastro único para los programas sociales, es un instrumento que identifica y caracteriza a las familias con ingresos mensuales de hasta la mitad de un salario mínimo por persona o tres salarios mínimos en total. De esta manera, el catastro único nos permite conocer las realidades socioeconómicas de las familias, generando la información a partir de las características de las familias, hogar, formas de acceso a los servicios públicos esenciales y también los datos de cada componente de la familia.

El Gobierno Federal, a través de un sistema informatizado, consolida los datos recogidos en el catastro único, y, con esta información, formula y aplica las políticas específicas que puedan contribuir a la reducción de las vulnerabilidades sociales a la que estas familias están expuestas.

³³ <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>. (mayo-junio 2011)

Actualmente, se cuenta con un registro de más de 19 millones de hogares. El catastro único, regulado por el Decreto N° 6,135/07, coordinado por el Ministerio de Desarrollo Social y el programa de lucha contra el hambre (MDS), se utiliza para la selección de los beneficiarios y la integración de los programas sociales de Gobierno Federal, como el “Bolsa Familia”.

La información obtenida, también puede ser utilizada por los Gobiernos estatales y municipales, para el diagnóstico socio-económico de las familias registradas; lo que permite el pleno conocimiento de sus principales necesidades.

Los hogares con ingresos superiores a la mitad de un salario mínimo también pueden ser incluidos, siempre que su inserción esté vinculada a mantenerse en los programas sociales aplicados por las autoridades públicas en los tres órdenes de Gobierno.

ñ) Plan Brasil Sem Miséria (Brasil Sin Miseria).

El Plan Brasil Sin Miseria (BSM), es el más nuevo de los planes del Gobierno Federal, que tiene como objetivo disminuir sustancialmente la pobreza extrema. Dicho Plan comprende la transferencia de ingresos hacia los más pobres, el acceso a los servicios públicos y su inserción productiva.

Tiene como objetivo primordial, aumentar los ingresos y el bienestar de la población marginada, mediante su inclusión de manera integral en varios programas sociales, de acuerdo con sus necesidades particulares.

El Director de estudios y políticas sociales del Instituto de investigación económica (IPEA) Janak Castro, en relación con BSM, ha manifestado que no obstante que se han disminuido sensiblemente los índices de desigualdad de la pobreza durante la pasada década, el 57% de los hogares inscritos en este Plan dependen fundamentalmente de los programas de ingresos; de ahí la importancia de las transferencias de recursos monetarios para la supervivencia de una gran parte de la población de bajos ingresos.³⁴

El programa "Brasil sin miseria" fue lanzado el jueves 2 de junio de 2011 por la presidenta brasileña, Dilma Rousseff, y, según subrayó la ministra de Desarrollo Social, Tereza Campello, la iniciativa tiene como objetivo aumentar la renta de los más necesitados y mejorar las condiciones de bienestar de la población.

³⁴ <http://www.brasilsemiserialia.gov.br/> (mayo-junio 2011)

Se considera como pobres, sujetos a los programas del Gobierno brasileño, a quienes viven con ingresos familiares de entre 70 y 140 reales (de 43 a 86 dólares) mensuales.

El Gobierno brasileño tiene presupuestado invertir cerca de 20,000 millones de reales anuales (unos 12,500 millones de dólares) de 2011 hasta 2014, en el programa social que busca sacar de la miseria a 16.2 millones de personas. Parte de ese dinero se destinará a planes de capacitación en oficios técnicos que estarán a cargo de organismos como la estatal Empresa Brasileña de Pesquisa Agropecuaria (EMBRAPA).

La Ministra Tereza Campello, reconoció, que a pesar de que durante la gestión de Luiz Inácio Lula da Silva salieron de la pobreza 28 millones de personas y 36 millones pasaron a formar parte de la clase media, todavía hay 16.2 millones de brasileños que viven con menos de 70 reales (43 dólares) por mes y son ellos el objetivo del nuevo programa.

El plan gubernamental reúne una serie de iniciativas, no sólo para mejorar los ingresos de los que viven en la miseria sino también para quienes les siguen en la base de la pirámide social, que son los considerados pobres, puedan mejorar el acceso a los servicios públicos, a la salud y la educación y puedan beneficiarse de la llamada “inclusión productiva”.

“No queremos que los pobres corran atrás de una ayuda del Estado sino que el Estado vaya donde están los pobres”, dijo Campello al explicar que uno de los ejes del programa “Brasil sin miseria” será la “búsqueda activa” de aquellas personas que no reclaman sus derechos porque no saben que los tienen.

En ese grupo se incluyen quienes viven en las calles, sin domicilio fijo, y que son al menos 50,000 personas en el país, según la ministra, así como los campesinos que habitan en zonas remotas y que ni siquiera saben que existe el programa “Bolsa Família”, bandera de la administración anterior.

I. 8. Los Beneficios de los programas.

Como ya fue comentado, el Programa Bolsa Familia proporciona beneficios financieros a las familias pobres, definidos por la Ley 10,836/04, que se transfieren de manera mensual a las familias beneficiarias.

La información catastral se mantiene en la familia registrada sólo para los programas sociales, y para recibir el beneficio se tienen en cuenta el ingreso per cápita mensual de la familia y también el número de niños y adolescentes hasta los 17 años.

El Ministerio de Desarrollo Social y la lucha contra el hambre (MDS) trabaja con tres tipos de beneficios:

- 1) Beneficios Básicos (70 dólares, pagado sólo a las familias extremadamente pobres con ingreso per cápita igual o inferior a 70 dólares), también pagó US\$32, por familia, de niños de cero a 15 años – limitadas a tres niños por familia).
- 2) Beneficios Variables, vinculados a adolescentes (BVJ) (38 dólares, pagados por familia de jóvenes entre 16 y 17 años – limitados a dos jóvenes por familia).
- 3) Variables de Carácter Extraordinario, (BVCE) que otorga beneficios calculado sobre una base de estudio de caso por caso; estos valores son el resultado del reajuste anunciado por el Gobierno de Rousseff, el 1 de marzo y aplicables de las prestaciones pagadas en abril de 2011.

a) Tarjeta Social Bolsa Familia.

La forma de identificación de los beneficiarios, se hace a través de la tarjeta Social de Bolsa Familia. Esta es personalizada, con medios magnéticos y emitida por familia. Puede ser utilizada en toda la red de la Caixa Económica Federal. Además, la tarjeta permite el acceso a otros servicios relacionados con la plataforma social, como la recepción del seguro de desempleo, subsidio salarial para recibir los extractos de consulta el servicio de fondo (FGTS) de garantía de tiempo y de consulta de saldos y retiros del programa de integración Social (PIS).

b) Sistema de Beneficios del Ciudadano (SIBEC).

Para realizar las actividades de la gestión de estos beneficios se utiliza el Sistema de Beneficios del Ciudadano (SIBEC).

En la gestión descentralizada, el municipio realiza actividades directamente en el módulo de SIBEC municipal. Ya en la gestión centralizada, los municipios que no tienen acceso a actividades y al SIBEC envían sus solicitudes a través de una carta al MDS. El propósito de esta administración de beneficios, es garantizar la continuidad de la transferencia de ingresos a las familias de Bolsa Familia. Son actividades de bloqueo, desbloqueo, cancelación, reversión de cancelación, suspensión y revocación de la suspensión de los beneficios, de conformidad con las disposiciones de la legislación vigente³⁵

³⁵<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/beneficios>. (mayo-junio 2011)

I. 9. Las Condicionalidades

Las condicionalidades son compromisos adquiridos tanto por los hogares adscritos al programa Bolsa Familia como por las autoridades, para ampliar el acceso de las familias participantes a los derechos sociales básicos. Las familias deben asumir y cumplir estos compromisos para seguir recibiendo los beneficios. Las condicionalidades obligan al Gobierno a proporcionar los servicios públicos de salud, educación y asistencia social.

En la asistencia sanitaria, las familias beneficiarias asumen el compromiso de utilizar la tarjeta de vacunación, cuidar el crecimiento y el desarrollo de los niños menores de 7 años. Las mujeres desde los 15 hasta los 44 años, también deben dar seguimiento a los programas de asistencia sanitaria; de igual manera, las mujeres embarazadas o madres lactantes, llevarán a cabo la atención prenatal y la vigilancia de su salud y la de sus bebés.

En materia de educación, todos los niños y adolescentes de entre 6 y 15 años deben ser registrados correctamente y con mantener una asistencia mínima mensual a la escuela del 85%. Por cuanto a los alumnos entre 16 y 17 años de edad, deben contar con una asistencia frecuente de al menos un 75%.

En el área de asistencia social, los niños y adolescentes con edad de hasta 15 años en situación de riesgo o retirados del trabajo infantil (Peti), deben asistir, dependiendo de su edad, a los servicios de guardería y a los programas de fortalecimiento de vínculos (SCFV) y tener al menos una asistencia del 85%.

El Gobierno deberá llevar un control personalizado para identificar las razones del incumplimiento de las condiciones por los beneficiarios; de igual manera, implementar las acciones que permitan monitorear las inconformidades de las familias, en su caso; sobre todo el de las personas en situación de mayor vulnerabilidad social.

Cuando los beneficiarios encuentren dificultades en el cumplimiento de las condicionalidades, deben buscar la orientación del administrador municipal de Bolsa Familia, así como del centro de referencia para la Asistencia Social (CRAS); el centro de referencia especializado de asistencia social personal o Asistencia Social (CREAS). El objetivo de estos encuentros, es ayudar a la familia a superar las dificultades; logrado esto, y resueltas las violaciones de las condicionalidades, la familia interesada puede recuperar el beneficio de Bolsa Familia que ha sido suspendido, bloqueado o incluso cancelado. Toda la información relacionada a las condiciones de las familias pueden encontrarse en el sistema de condiciones del programa Bolsa Familia (SICON).³⁶

³⁶<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/condicionalidades>. (mayo-junio 2011)

I. 10. Los Programas Complementarios

Uno de los ejes de acción de la Bolsa Familia es la vinculación de acciones que promuevan las oportunidades y condiciones de las familias beneficiarias para superar la pobreza de manera sostenible. Abarca diferentes áreas tales como educación, trabajo, cultura, microfinanzas, capacitación y mejora de las condiciones de vivienda. Ejemplos de estas acciones para programas de alfabetización y educación mayor, calificación e inserción profesional, formación de microempresas, microfinanzas, estrategias para apoyar la adquisición, construcción o renovación de la vivienda, la producción y el acceso a la cultura y la emisión de documentos de identificación.

Los programas adicionales están previstos en 3 fases:

1) Diagnóstico; comienza con un estudio de datos socioeconómicos de la población a cumplirse, como vivienda y las condiciones de saneamiento, perfiles de composición de la edad y la familia, ingresos, empleo, etc. Por lo tanto puede identificar amplias situaciones de vulnerabilidad para ser atendidos.

2) Planificación; tiene en cuenta el perfil de los beneficiarios, sus vulnerabilidades y habilidades, además de las acciones y servicios que ya están en desarrollo. Es esencial que los programas complementarios siempre exploten las vocaciones económicas y culturales en cada caso.

3) Ejecución y supervisión de los resultados; la ejecución y el seguimiento de los resultados permite la mejora de los procesos de identificación de fortalezas y debilidades, desarrollar y mejorar los métodos de trabajo, además de ser fundamentales para supervisar la acción y la orientación correcta de su ejecución.³⁷

I. 11. La Gestión Descentralizada

La gestión descentralizada permite que los participantes por parte del Gobierno, la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, compartan entre sí los procesos de toma de decisiones de la Bolsa Familia, creando las bases para una cooperación en la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Esta forma de cooperación está prevista en la Constitución Federal de Brasil. El reto consiste, en articular los distintos actores políticos en la promoción y la inclusión social de las familias beneficiadas. Para ello, se requiere de un modelo de gestión compartida, con responsabilidades específicas para cada una de las entidades federadas.

³⁷<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/programascomplementares>. (mayo-junio 2011)

a) La supervisión de los programas.

El Ministerio de Desarrollo Social y de lucha contra el hambre (MDS) es un instrumento que mide la calidad de la gestión de Bolsa Familia en los órdenes estatal y municipal. Este es el índice de gestión descentralizada (IGD). Este índice toma en cuenta la eficiencia en la gestión del programa, y la información es utilizada por el MDS para la transferencia de recursos que permitan mejorar las acciones de la administración de los Estados y municipios. Basados en el rendimiento de la IGD, el Ministerio ha elaborado un proyecto para supervisar la gestión de los municipios, Estados y el Distrito Federal. Algunos municipios han sido seleccionados para enviar información y recibir la visita del equipo técnico multidisciplinario MDS, con la coordinación estatal de acompañamiento. El objetivo es desarrollar un diagnóstico integral de la administración del municipio supervisado y un plan de acción, que, si se aplica, ayudará a la municipalidad para mejorar la calidad de la gestión de subsidio familiar y del catastro único.³⁸

I. 12. El Control Social

El Control social es la capacidad de la sociedad para intervenir en las políticas públicas para garantizar sus derechos. La Bolsa Familia, se logra a través de instancias de Control Social (ICS) que permiten la participación de la sociedad civil en la planificación, ejecución, supervisión, evaluación y monitoreo de apoyo a los programas. Es, de hecho, una asociación entre el Estado y la sociedad que permite compartir responsabilidades y proporcionar transparencia a las acciones de las autoridades públicas, garantizando el acceso a la información de las transferencias de ingresos a las familias más pobres.

El propósito principal de control social de Bolsa Familia, es ofrecer a los ciudadanos un espacio para el seguimiento del programa, con el fin de garantizar los intereses de la sociedad, así como permitir el acceso a sus demandas ante el Gobierno. Para el seguimiento de ubicación de Bolsa Familia, se establecerán en los municipios Instancias de Control Social, las que deben actuar vigilando a todos los participantes del programa así como al catastro único de los programas sociales, la administración de beneficios, las condicionantes y las oportunidades para el desarrollo de las capacidades de las familias, desarrolladas o articuladas por el municipio, así como a los programas complementarios.³⁹

³⁸ <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/gestaodescentralizada>. (mayo-junio 2011)

³⁹ <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/controlesocial> (mayo-junio 2011)

I. 13. La Fiscalización

La vigilancia es una forma de control encaminada a garantizar la eficacia, y la transparencia en la gestión de la asignación familiar. De este modo, se garantiza que los beneficios lleguen a las familias que reúnen los criterios de elegibilidad del programa, de conformidad con las normas establecidas en cada programa. Cualquier ciudadano puede participar en la vigilancia de Bolsa Familia; denunciar las posibles irregularidades a través de correo electrónico a: ouvidoria@mds.gov.br o por teléfono al 0800-707-2003.

La consulta pública – beneficios es un instrumento eficaz y transparente abierto al público en general, con investigación a nivel municipal. Además, el Ministerio de Desarrollo Social y la lucha contra el hambre (MDS) desarrolla acciones de supervisión in situ y a distancia, basada en la intersección de los datos de catastro único para programas sociales.

Otras acciones de fiscalización son desarrolladas por instancias de control Social de Bolsa Familia (ICSS), que deberán acompañar a las actividades del administrador municipal. Auditorías y medidas de ejecución se realizan también por el control interno y externo de las instituciones del Poder Ejecutivo, que comprenden la supervisión pública (FPR): de las instancias Federal, de los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, la Contraloría General de la Unión (CGU) y Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU).

El trabajo conjunto de estas instituciones, integrado con el del MDS, pretende fortalecer la vigilancia y control de acciones dirigidas a la aplicación de subsidios familiares. Todo este proceso se realiza sin causar injerencia en la autonomía y competencia de cada institución.⁴⁰

I. 14. La Capacitación

En asociación con los Estados miembros de la Federación, el Ministerio de Desarrollo Social y la lucha contra el hambre (MDS) promueve la formación y la divulgación de información a los profesionales que trabajan en la gestión y aplicación del subsidio familiar y el catastro único para los programas sociales. Con esto, el MDS pretende satisfacer las necesidades locales y mejorar los instrumentos para la gestión y la puesta en marcha de estas iniciativas. Los principales objetivos del MDS son: transferir facultades a los Estados, a los municipios y a los organismos de control social y asociados, -dando prioridad a la información sobre los instrumentos normativos-, sistemas y procedimientos operacionales; así como acciones de apoyo encaminadas a cuestiones institucionales y operacionales de subsidio familiar; y el plan de formación permanente y de catastro único.

⁴⁰ <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/fiscalizacao> (mayo-junio 2011)

La estrategia de formación desarrollada por el MDS toma en cuenta la complejidad del subsidio familiar y del catastro único, y se encarga de preparar a los participantes involucrados en el proceso de administración y operación. Las actividades se llevan a cabo en persona o a distancia, y los materiales de apoyo, como presentaciones, vídeos y documentos son proporcionados por el Ministerio. La capacitación y soporte de las exigencias de cumplimiento de MDS por parte de los municipios se lleva a cabo a través de la coordinación estatal de Bolsa Familia. Los municipios deberán remitir las solicitudes de información y capacitación para estos casos, hacer el análisis de la asistencia de los involucrados y enviar al MDS las solicitudes de soporte técnico para la capacitación descentralizada. Para ello, se utilizará un formulario estándar. En el catastro único, el MDS también implementará la capacitación de los entrevistadores y de los operadores del sistema de catastro único en todos los Estados y el Distrito Federal.

CONCLUSIONES

Afirma el Banco Mundial, que la pobreza en sí misma obstaculiza el logro de tasas de crecimiento altas y sostenidas de la economía de un país, generando una variedad de círculos viciosos. Por ejemplo: los estudiantes pobres que asisten a colegios deficientes para obtener beneficios de capital humano, no pueden o invierten poco en su educación; los empresarios pobres, sin acceso a los mercados de capitales, invierten poco en proyectos exitosos; las regiones pobres, carentes de infraestructura en general no pueden atraer inversiones externas; por tanto no cuentan con un número suficiente de personal capacitado para crear o desarrollar nuevas tecnologías.⁴¹

Como ya fue comentado, uno de los principales índices para medir la pobreza es el cálculo del ingreso per cápita, pero de manera permanente; esto es así, porque cuando las personas cuentan con empleo fijo es más factible que puedan programar y darle mejor utilización a los medios pecuniarios para asegurar la atención directa de sus necesidades básicas. En este sentido, la mayoría de las estrategias gubernamentales para combatir la pobreza deben darle especial atención a la generación de empleos permanentes, sobre los temporales, como la principal solución del problema de la pobreza.

Para lograr este objetivo, las políticas económicas estarán encaminadas a aumentar el número de empleos disponibles de manera permanente y a mejorar gradualmente los ingresos; lo que permitirá acrecentar el mercado interno y a darle mayor solidez al crecimiento de la economía.

En paralelo a una política de creación de empleos, casi todos los países cuentan con instituciones que otorgan prestaciones sociales en los diferentes órdenes de Gobierno (federal, local y municipal), que tienen por objeto brindar atención directa a las necesidades colectivas que benefician a la población más pobre.

Este tipo de prestaciones suelen consistir preferentemente en la transferencia no condicionada y directa, de ingresos a personas de escaso recursos y en el otorgamiento de ayudas sociales consistentes en: seguridad social, atención médica y medicamentos, campañas de vacunación, educación pública gratuita, créditos para vivienda, control de precios a alimentos y medicinas, etc.

En el caso concreto de Brasil, destacan los programas de lucha contra la pobreza desarrollados desde el año de 1994, con el Gobierno de Fernando Henrique Cardoso, fortalecidos por el Gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva y continua-

⁴¹PERRY, Guillermo E., ARIAS, Omar S. J., LÓPEZ, Humberto, MALONEY, William F., SERVÉN, Luis, Reducción de la pobreza y crecimiento: círculos virtuosos y círculos viciosos, Banco Mundial y Mayol Ediciones S.A., 2006, p. xi.

dos por el actual gobierno de Dilma Rousseff; que según datos proporcionados por las agencias informativas y del propio gobierno carioca, han permitido sacar de la pobreza extrema a más de 28 millones de personas y permitir que 36 millones más de brasileños pasen a formar parte de la clase media; sin embargo, el reto de la actual administración es buscar que una parte importante de los 16.2 millones de personas que viven con menos de 70 reales (43 dólares) al mes se adhieran a los programas sociales y con ello reducir la enorme brecha que separa a los estratos más desprotegidos ubicados entre los niveles “D” y “E” del resto de la tabla.

Llama la atención la importancia que el gobierno de Brasil, sobre todo durante el gobierno de Lula da Silva, le ha dado a las políticas públicas tendentes a mejorar los ingresos de los trabajadores, incrementando notablemente el salario mínimo general; alrededor del 60 por ciento, según el mismo lo expresó en la conferencia “Desafíos Globales para la Resolución de la Crisis Financiera Internacional y la experiencia de Brasil”, dictada en la 74ª. Convención Bancaria, de la Asociación de Bancos de México, celebrada en la ciudad de Acapulco, Guerrero el día 8 de abril de 2011; lo que le ha permitido a Brasil mejorar los niveles de ingreso de la población, con esta medida lograr ampliar su mercado interno y por ende presentar un crecimiento económico sostenido por cerca de una década, reflejado en el Producto Interno Bruto del país, uno de los más altos en América Latina; que ha situado a Brasil dentro de los países emergentes más importantes⁴² (BRICS), alcanzando ya el sexto lugar mundial por encima de Inglaterra.

Este estudio, de carácter descriptivo, sobre las “Políticas y la regulación en materia de apoyo para el desarrollo de localidades en extrema pobreza en Brasil”, nos permitirá ampliar los conocimientos en el tema de la lucha contra la pobreza, que pudiesen confrontarse vis a vis con las políticas públicas llevadas a cabo en nuestro país.

⁴² El grupo de los BRICS se encuentra compuesto por: Brasil, Rusia, India, China y más recientemente Sudáfrica; representan a los países emergentes con mayor crecimiento en la economía mundial, se estima que en conjunto poseen actualmente más del 40% de la población mundial y se calcula que para el 2014 concentren más del 60% del crecimiento del PIB mundial, según estimaciones del Fondo Monetario Internacional (FMI).

BIBLIOGRAFÍA

BUAINAIN, Antônio Márcio y NEDER, Henrique Dantas, Crisis y pobreza rural en América Latina: el caso de Brasil, Documento de Trabajo N° 38, Programa Dinámicas Territoriales Rurales Rimisp, Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural, Santiago de Chile, 2009

MORLEY Samuel Estrategia para reducir la pobreza, Washington, D.C., N° SOC-103, marzo 1997

PARDO Marcia, Reseña de programas sociales para la superación de la pobreza en América Latina, Estudios estadísticos y prospectivos, serie 20, CEPAL, Santiago de Chile, octubre 2003

PERRY, Guillermo E., ARIAS, Omar S. J., LÓPEZ, Humberto, MALONEY, William F., SERVÉN, Luis, Reducción de la pobreza y crecimiento: círculos virtuosos y círculos viciosos, Banco Mundial y Mayol Ediciones S.A., 2006.

ROMERO, Ricardo, politólogo UBA/ Unsam, Miradas al Sur, Año 3. Edición número 155. Domingo 8 mayo 2011, Buenos Aires, Argentina,

SÁNCHEZ RUIZ, Víctor Manuel, Remesas y pobreza Multidimensional en México: El caso de la Población Rural. El Colegio de la Frontera Norte. Tesis para obtener el grado de Maestro en Demografía, México, 2010.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2011.

Fuentes biblio-hemerográficas

eleconomista.com.mx/sociedad/2011/07/29/aumenta-pobreza-mexico-coneval
<http://sur.elargentino.com/notas/brasil-la-hora-de-la-inclusion.> (09-05-2011)
<http://www.indexmundi.com/g/g.aspx?v=65&c=br&l=es> (mayo-junio 2011)
<http://www.trazacomex.cl/home/> (30-06-2011)

Vínculos

<http://www.brasilemmiseria.gov.br/> (mayo-junio 2011)
<http://docencia.colef.mx/system/files/Copy%20of%20TESIS-VICTOR.pdf>
<http://www.fomezero.gov.br/> (mayo-junio 2011)
<http://www.mds.gov.br/> (mayo-junio 2011)
<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/> (mayo-junio 2011)
<http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/>

INVESTIGADORES INVITADOS

**LA DEPORTACIÓN DE MENORES Y LA VULNERACIÓN
DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES
SUSTENTADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS***

AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS**
CARLOS SEVERIANO DÍAZ REY
RAYMUNDO GARCÍA QUINTANA

* Presentado en su mayor parte como ponencia en el Foro Binacional sobre Desarrollo Humano Transfronterizo, Nogales, Sonora, noviembre de 2011

**Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua y Coordinadora de Docencia del Centro de Investigaciones Jurídicas de la misma facultad, Doctora en Derecho en Investigación Jurídica. Coordinadora del cuerpo Académico de Derecho Civil de dicha facultad, y los restantes miembros del referido cuerpo académico y Profesores de tiempo completo de la misma institución, candidatos al grado de Doctor en Derecho

“Aún nos queda mucho por hacer, por eso nuestra prioridad es la Niñez”¹

ABSTRACT

One of the most high problems of migration is the breakdown of family relations resulting from the removal of members of the nuclear family, who are most affected by this problem, are obviously minors, without understanding the reasons, deprived of the presence of one or both parents, brothers, among others, when they are the lucky ones under the care of grandparents, but in many cases are left in the care of neighbors or known, obviously does not ensure them as befits nor will cover their needs for affection, so families seeking the way of carrying their children on their way to the illegal migration, in order to avoid a breakup that estimate will mark its proper development negatively, resulting in those migrations that when minors are arrested by the immigration authority and the parents aren't, the first will be deported separating them from their family perhaps definitively, and in front of this picture should be analyzed the violation of fundamental rights of these minors to the right of States to regulate migratory flows. Also is called into question the treatment of juvenile offenders given to them under the pretext of illegal immigration.

Key Word

Minors, fundamental rights, migration, deportation, jurisprudence

Resumen

Uno de los problemas más álgidos que afectan a la migración es la ruptura de los vínculos familiares derivado del alejamiento de miembros de la familia nuclear, es innegable que quienes se ven más afectados por éste problema son evidentemente los menores, que sin comprender las razones, se ven privados de la presencia de uno o ambos padres, hermanos mayores, entre otros, quedando, cuando son afortunados, bajo el cuidado de los abuelos, ya que en muchas ocasiones son dejados al cuidado de vecinos o conocidos, que evidentemente no velarán por ellos como corresponde, ni cubrirán sus necesidades de afecto, por ello las familias buscan la manera de viajar con los menores en su camino hacia la migración ilegal, en aras de evitar una desintegración que, estiman marcará su adecuado desarrollo, de manera negativa, resultando como consecuencia que, cuando los menores son detenidos por la autoridad migratoria y los padres no, los primeros serán deportados separándoles de su familia tal vez de manera definitiva, y, ante

¹Lema de la IV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia realizada en Santo Domingo, República Dominicana, los días 29, 30 y 31 de octubre de 2002

éste panorama, debe analizarse la vulneración de los derechos fundamentales de dichos menores frente al derecho de los estados a regular sus flujos migratorios. Igualmente se pone en tela de juicio, el tratamiento de menores infractores que se les da so pretexto de la inmigración ilegal.

Palabras Clave

Menores, derechos fundamentales, migración, deportación, jurisprudencia.

I. Antecedentes

La migración fenómeno unido a la esencia humana, que ha estado presente desde los orígenes de la humanidad, en que los individuos migraban en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades básicas, y que conforme se fue haciendo más compleja la sociedad humana, la motivación de tales migraciones se fue igualmente tornando más intrincada, las personas emigran por cuestiones políticas, religiosas, conflictos bélicos, salen de sus países de origen porque son perseguidos por sus ideas y creencias y deben expatriarse para salvar sus vidas, aunque debemos reconocer que en toda ésta diversidad de causas de la migración persiste y cada vez con mayor frecuencia la migración por pobreza extrema.

Josep Lacomba afirma “los procesos de movilidad y migraciones humanas a lo largo de la historia, nos deparan nuevas dinámicas sociales, demográficas y culturales, que aunque pueden analizarse por separado interactúan entre sí. De esa interacción surgirán nuevos desafíos y nuevos enfoques, que nos permitirán comprender el presente desde el pasado, y plantear escenarios futuros, en los que interacciones humanas sirvan para construir un mundo plural y abierto, de construcción histórica conjunta, en el que nadie quede excluido y donde cada persona puede sentirse protagonista desde su historia individual, a la historia de la humanidad, una historia de migraciones desde sus inicios.”(Lacomba, 2008)

En la migración que se da entre México y los Estados Unidos de Norteamérica el factor detonante lo es la pobreza extrema en la que viven millones de mexicanos y que provoca que, ante la falta de oportunidades de empleo y la ausencia de lo más indispensable para sobrevivir, los flujos migratorios sean cada vez mayores, y, si bien muchas de esas personas emigran ingresando de manera legal a los Estados Unidos, es claro que su permanencia más allá de lo que permite la ley los convierte rápidamente en ilegales.

La ilegalidad de la migración en tales condiciones ha sido puesta en tela de juicio en una cantidad infinita de foros, congresos y mesas de discusión, no sólo a efecto de denostarla, que resulta en extremo sencillo, sino en la búsqueda de soluciones que parecen cada vez más lejanas, ante la cerrazón de las autori-

dades norteamericanas y las políticas migratorias que se desarrollan a la luz de los intereses políticos y que distan mucho de plantear verdaderas respuestas a la problemática existente.

Pareciera que quienes dirigen los destinos del vecino país estiman que el problema es sólo de México y éste debe resolverlo, sin tomar en consideración factores tan importantes como el hecho de que los mexicanos, centroamericanos y sudamericanos que ingresan como ilegales, producen riqueza económica a las regiones donde desempeñan su labor y realizan las tareas que los residentes legales del país no desean efectuar por considerarlas poco atractivas tanto por el ingreso que representan como por la propia naturaleza de éstas, lo cual deviene en que, las argumentaciones en el sentido de que privan a los residentes legales de fuentes de empleo son falsas, y es que resulta claro que en éste sentido “su valiosa contribución enfrenta una doble moral: mientras que, por un lado, son bienvenidos como mano de obra barata y confiable, por el otro, se les rechaza al estigmatizarlos como enemigos de la seguridad nacional, el sistema de bienestar y la estabilidad social en general.” (Declaración de Cocoyoc, 2006)

La migración en tal contexto, enfrenta problemas cada vez más graves, ante la imposibilidad de frenarla, los legisladores en los Estados Unidos emiten leyes anti-migrantes que recrudescen las sanciones, legislan para convertir en delito las conductas derivadas del flujo migratorio y aplican medidas de control en sus fronteras que convierten en fortalezas y muros de Berlín éstas; frente a tal panorama, defienden su derecho a decidir como estado soberano, quienes ingresan a su país y qué requisitos deben cumplir, sin embargo, tales requisitos empiezan a ser verdaderamente indignantes, aún para quienes los vistan como turistas, pareciera que para las autoridades migratorias de los Estados Unidos todos los latinoamericanos somos ilegales en potencia.

Ante esta perspectiva, la pregunta insistente de ¿porqué siguen migrando poniendo en peligro su propia vida y la de sus familias y soportando un trato que dista mucho de respetar su dignidad humana?, encontrará siempre como respuesta ineludible la pobreza.

Un término que ha sido frecuentemente conceptualizado con mayor o menor éxito y que se traduce esencialmente en la ausencia de satisfactores para cubrir las necesidades más ingentes del individuo.

Bueno Sánchez enfoca la pobreza desde diferentes aspectos, en principio como se ha dicho con antelación como la privación de las necesidades básicas, igualmente se le puede visualizar, afirma, como la carencia de aquello que requerimos para cubrir esas necesidades traducido en la ausencia de empleo, la falta de disponibilidad de activos, la falta de cobertura de seguridad social, entre otras cosas esenciales para la supervivencia digna del ser humano.(Bueno Sánchez, 2009)

A decir de Bueno, es importante distinguir entre pobreza absoluta y relativa, la primera entendida como la ausencia de los requerimientos mínimos para sobrevivir, por lo que alude en consecuencia a aquellas personas que no pueden satisfacer sus necesidades alimentarias más básicas que les permitan sobrevivir, sin importar cuál es el contexto en el que viven; en cambio, la pobreza relativa se basa en la comparación de la relación de calidad de vida de personas o familias en relación con otras de una misma comunidad.

Asimismo, asegura Bueno que “en buena medida la pobreza es un reflejo del comportamiento del mercado de trabajo. Cuando los niveles de ingreso son muy bajos y resultan insuficientes para adquirir la canasta básica alimenticia, en este caso el grupo familiar se encontrará en situación de indigencia o de pobreza extrema.” (Bueno Sánchez, 2009)

Es claro que, lo que en forma tan flemática ha publicitado el gobierno de México, de que las remesas de los ilegales representan una buena parte del ingreso nacional, debiera constituir una afrenta para el estado mismo que irreflexivamente se jacta de ello, ya que representa en sí misma un reconocimiento implícito de la incapacidad del estado mexicano de originar condiciones económicas de crecimiento y generación de empleo para sus nacionales.

Berumen aduce que “para el caso de México, la migración se convierte en una válvula de escape del creciente desempleo y para mitigar la pobreza y pobreza extrema, así como la marginación, ya que la mano de obra empleada en el extranjero que entra legal o ilegalmente, principalmente a los Estados Unidos de Norteamérica, obtiene mejores ingresos por su trabajo que a la vez parte de ellos lo envían a sus familiares, lo que se conoce como remesas de nuestros migrantes.” (Berumen Barbosa, 2004)

Sin embargo, paradójicamente, para los Estados Unidos los trabajadores indocumentados no son una carga, dice De Ollóqui, sino que constituyen un elemento positivo para su economía. De no ser por los ilegales muchas tierras marginales no se hubieran cultivado, y gran parte del trabajo duro nunca se hubiera hecho; pero, sobre todo, un número considerable de empresas no tendrían las mismas ganancias si tuvieran que contratar otro tipo de mano de obra. (De Ollóqui, 2001)

Tales circunstancias nos quedan muy claras, sin embargo, el gobierno del vecino país, quién como ya dijimos, maneja una doble moral al respecto, satanizando a los migrantes y desconociendo los aportes al crecimiento que estos realizan, haciendo oídos sordos a la explotación de que son víctimas, so pretexto de su condición de ilegales, a más de responsabilizarlos de los problemas sociales y la inseguridad.

Es, en consecuencia, la pobreza absoluta la que lleva a nuestros conciudadanos a emigrar en condiciones por demás atentatorias a sus derechos humanos y fundamentales, y en ese flujo migratorio, que tantas penurias y sufrimientos les supone, arrastran en muchas ocasiones a sus menores hijos, quienes van en busca de sus progenitores, habida cuenta de que la migración de las madres que antaño quedaban en casa al cuidado de los hijos, es cada vez más frecuente, vista la situación de indigencia y el abandono de que muchas veces son víctimas, convirtiéndose en jefes de familia, sin preparación ni oportunidades, extremos que las obligan a la desintegración de sus núcleos familiares, o a arrastrar a su aventura incierta a los menores que son más fácilmente detectados por las autoridades migratorias, se les detiene y deporta sin miramientos y sin importar donde se encuentren sus progenitores, y, ese en éste punto, en el que haremos hincapié en el presente trabajo, a efecto de analizar la vulneración de sus derechos y la violación de la Convención de los derechos del niño en perjuicio de los mismos.

Sánchez, García y Valenzuela han aseverado que “una gran parte de los niños niñas y adolescentes que viajan solos, son dejados en manos de las bandas de traficantes de personas, por sus mismos familiares. Además de los riesgos que conlleva el cruce por lugares agrestes y peligrosos, como el desierto o las montañas, los menores padecen también diferentes vejaciones de las mafias de tratantes de personas, y en no raras ocasiones de diferentes autoridades tanto de México, como de los Estados Unidos. Debido a lo delicado de la situación y a la problemática inherente a tratar con menores, los gobiernos de ambos países han suscrito convenios para manejar el proceso de deportación de los menores. Con base en estos acuerdos internacionales la oficina de inmigración de los Estados Unidos entrega a los niños, en condición de deportación, a las autoridades mexicanas”(Sánchez Inzunza, 2009)

Coincidimos con Liwski que “tanto para los niños y las niñas que los migrantes dejan atrás como para los propios niños que migran, la pérdida de referentes afectivos -padres, madres, abuelos u otros- aumenta la probabilidad de que no reciban el mismo cuidado de salud, alimentación ni la protección adecuada contra todas las formas de violencia. Las ausencias que supone la desintegración familiar conllevan un efecto psicosocial significativo que puede traducirse en sentimientos de abandono y vulnerabilidad.” (Liwski, 2007)

II. La detención y deportación, sus repercusiones jurídicas

Debemos en principio reconocer como la hace Valerio Quintero, que buscar la solución, en encontrar la manera de detener los flujos migratorios, constituye en sí mismo, “una visión miope del problema.”⁴(Valerio Quintero, 1995).

⁴Comillas en el original

Añade, el precitado autor, que no es posible que la política ante el fenómeno migratorio se centre casi exclusivamente, respecto a los “mecanismos (jurídicos y policiales) que permitan disminuir los volúmenes de migrantes. La migración continuará existiendo y seguirá siendo importante mientras sus causas permanezcan inalteradas o se modifiquen sólo superficialmente. Ello supone entonces, entender que será necesario coexistir con el fenómeno, el cual, en la medida en que se integran cada vez más las economías y los mercados, se avanza en las comunicaciones y se “popularizan”³ los medios de transporte, tenderá a convertirse en un hecho “natural”⁴ y se constituirá, inevitablemente, en el componente más importante de la dinámica demográfica y de los problemas de población y desarrollo que con ella se encuentran asociados.”(Valerio Quintero, 1995)

El término deportación es definido por el Diccionario de la Lengua como “destierro o confinamiento lejano por razones políticas o como castigo”(Diccionario de la Lengua Española, 2005) y encuentra sus orígenes en el “sistema punitivo adoptado por los antiguos estados Mediterráneos, y es una pena etimológica e históricamente enmarcada dentro del derecho romano, llevando normalmente aparejada la pérdida de los derechos de ciudadanía y la confiscación de bienes” (Diccionario Jurídico Mexicano, 2009)

Del antelado concepto podemos desprender que la deportación fue creada precisamente con fines de castigo o de segregación de índole política, y ante tal conceptualización cabría preguntarse cuál es el castigo que han merecido los menores que son deportados, o cuáles son las razones políticas para que sea víctimas de tratos que distan mucho de ser respetuosos con su dignidad humana.

La doctrina jurídica moderna alude precisamente a esa transformación y la conceptúa como “tipo de sanción que tiene por objeto exiliar únicamente a residente extranjeros de manera temporal o permanente fuera del país por motivos especialmente de oportunidad política” (Diccionario Jurídico Mexicano, 2009)

En relación con ello Rocha ha dicho: “Deportar significa mucho más que ejercer el derecho de controlar fronteras. Deportar es la licencia que se otorga el poder mayoritario de una sociedad para discriminar, rechazar y denigrar a quienes son minorías. Estados Unidos tiene una larga historia que demuestra su inveterada vocación de excluir. Tiene impresentables antecedentes en su trayectoria como nación. ¿Será transformada algún día la voluntad de excluir en voluntad de acoger y compartir?”(Rocha, 2009)

Daniel Kanstroom⁵, en su libro *Deportation Nation*, afirma que la deportación ha sido la sempiterna compañía de la nación de inmigrantes, en éste libro, es-

³ Comillas en el original

⁴ Comillas en el original

⁵ Director del Programa de Derechos Humanos Internacionales de la Escuela de Leyes del Boston College

critico para deshacer el mito de que los Estados Unidos es la nación de inmigrantes por excelencia, donde todos encuentran oportunidades, Kanstroom asevera que las actuales políticas de deportación están doctrinalmente basadas en los conceptos de soberanía acuñados en el siglo XIX y constituyen el legado vivo de episodios históricos marcados por las ideas sobre diferencias raciales, imperialismo y poder gubernamental, ya que la deportación a su juicio, implica mucho más que el control fronterizo y es en consecuencia, también el eje sobre el cual se sustenta el poder mayoritario para enfrentar a los segmentos marginados de la sociedad. (Kanstroom, 2007)

Kellera su vez, dice que al parecer las leyes de deportación y exclusión pueden ser paradójicamente entendidas como los lados oscuros y los prerrequisitos para alcanzar el ideal de los Estados Unidos como nación de inmigrantes. (Keller, 1994)

Cabe entonces plantearse si los menores se pueden encuadrar en los tipos penales que puedan existir para la migración o entrada ilegal a otro país y hasta qué punto su conducta es punible, extremo para el que deberemos remitirnos al derecho penal y a los tratados internacionales que regulan tales extremos para poder obtener una conclusión válida respecto a la aplicación en su contra de sanciones y por ende solo será posible resolverlo analizando cada caso concreto, sin que sea dable generalizar como hasta ahora se hace.

Debemos partir de la inimputabilidad de los menores que constituye una constante de las legislaciones penales, los menores no son sujetos al procedimiento penal ordinario al que se somete a los adultos, así lo determina con meridiana claridad nuestra carta fundamental, en principio, a partir del artículo 2° en relación con los pueblos indígenas, en el inciso B, frac. VIII determina:

Artículo 2°⁶.....

B.....

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

⁶Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario oficial de la federación el 5 de febrero de 1917

En otro orden de ideas el artículo 4°. Constitucional se establece el reconocimiento de los derechos de los niños en los siguientes términos:

Artículo 40.⁷

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. (Las cursivas son nuestras)

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. (Las cursivas son nuestras).

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural

⁷ ídem

Respecto al tema que nos ocupa, el artículo 18 de nuestra carta magna, dentro de las garantías de legalidad, determina en su párrafo cuarto:

Artículo 18.

.....

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. *Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social* (las cursivas son nuestras)

Como es fácil advertir para nuestra carta magna los menores de doce años no pueden ser sometidos a un procedimiento penal aun en el caso de comisión de delitos.

La constitución de los Estados Unidos, de igual forma tutela los derechos fundamentales de quienes son llamados indocumentados, baste para ello citar la cuarta enmienda de dicha carta fundamental que determina:

Enmienda IV. El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

De dicha enmienda podemos sin lugar a dudas inferir la tutela de los individuos sin importar su origen o nacionalidad dando pie a la salvaguarda de las garantías de legalidad, empero, Magallón se pregunta si realmente esa tutela que es tan clara para el ciudadano estadounidense, se puede extender al indocumentado y si éste puede invocarla en su favor al ser detenido, (Magallón Gómez, 2002,) al respecto la Suprema Corte de dicho país se ha pronunciado por la no tutela de tales derechos, baste para ello citar el caso *INS vs López Mendoza*, donde la Corte determinó que:

La regla de exclusión no se aplica en un procedimiento de deportación; por lo tanto, la regla no se aplica a fin de excluirse la evidencia respecto de la admisión realizada por Sandoval Sánchez, después de su arresto presuntamente ilegal, de su entrada ilegal al país en su audiencia de deportación. En la prueba de equilibrio aplicada en Estados Unidos v. Janis, 428 u. S. 433, mediante el cual los beneficios sociales

que puedan excluir pruebas que se obtienen ilegalmente se pesan contra los posibles costos, el resultado es en contra la aplicación de la regla de exclusión en los procedimientos de deportación civil. Varios factores reducen significativamente el valor disuasorio probable del Estado en tales procedimientos. **En primer lugar, independientemente de cómo se efectúa la detención de un extranjero ilegal**⁸; su deportación aún será posible cuando no derivada directamente de la detención la evidencia es suficiente para soportar la deportación. (INS vs López Mendoza, 1984)

Resulta en consecuencia preocupante que la Suprema Corte de nuestro vecino país determina cuestiones como las anteladas, estableciendo que no importa cómo se realice la detención, ya que es éste, precisamente un criterio que no pareciera emanado de un órgano jurisdiccional sino de un órgano totalmente ajeno al derecho, y que desafortunadamente sirve de sustento a los abusos que día a día se generan en la detención de los migrantes ilegales, entre ellos los menores con inusitada frecuencia.

Otro precedente que resulta relevante citar es el de United States vs Verdugo- Urquidez, fallo de fecha posterior al antes mencionado, el imputado es un ciudadano mexicano que es ilegalmente detenido en México y sacado del país de manera subrepticia para ser juzgado en los Estados Unidos, en una clara muestra de vulneración de todos los derechos fundamentales, en el colmo de los paroxismos la Suprema Corte de los Estados Unidos, determina que la cuarta enmienda no protege a un indocumentado, cuando la entrada ilegal de dicha persona al país fue provocada por las mismas autoridades, (US vs Verdugo Urquidez, 1990) sin embargo el precedente en sí mismo resulta tan preocupante como la solapación de la vulneración de derechos de la que la Suprema Corte se hace cómplice abierta, pareciera que para éste máximo tribunal lo relevante es que, en la ponderación de derechos, pesa más una legalidad que pudiera parecernos mal entendida que el respeto irrestricto que se debe a los derechos humanos, ya que los instrumentos internacionales han dejado muy en claro que estos son inherentes a la persona, sin que para ello se requiera acreditar determinada calidad migratoria, basta tener el status de persona.

Lo más inquietante es que la Corte realiza una interpretación del término personas a que se refiere la cuarta enmienda, determinando que se trata “de aquellos individuos que forman parte de la comunidad nacional, o que de alguna otra manera han desarrollado suficiente conexión con éste país, como para ser considerados parte de la comunidad” (US vs Verdugo Urquidez, 1990)

Luego entonces, en esa tesitura, podríamos decir que los derechos tutelados en los instrumentos internacionales resultan nugatorios a la luz de interpretaciones jurisdiccionales retrógradas que desentonan de manera absoluta en el

⁸Las negritas son nuestras

entorno de la permanente búsqueda de la efectiva tutela de los derechos humanos y fundamentales, ya que quién debe tutelarlos retrocede en el tiempo y descalifica como personas a los extranjeros que no formen parte de su comunidad, en descargo, debemos decir que hubo votos disidentes en ésta resolución que estimaron que se trataba de una conclusión errónea y vulneradora del espíritu de la cuarta enmienda y su contenido, Brennan, Marshall y Blackmun, estimaron que la resolución violentaba el espíritu de la constitución y Brennan, afirmó que la cuarta enmienda no emplea la palabra acusado, que podía haber utilizado si ese era el espíritu del texto legislador, por lo que al utilizar la palabra personas, es obvio que se refiere a todo individuo y la pretensión es limitar la conducta del gobernante con respecto del gobernado. (US vs Verdugo Urquidez, 1990)

Si bien es cierto, como ya se dijo, que existen los instrumentos internacionales y los compromisos en ellos asumidos, pareciera que esto no es óbice para que la Suprema Corte de los Estados Unidos resuelva en forma por demás vulneratoria de los mismos.

El precedente⁹ antes analizado, representa “un golpe mortal a los derechos elementales de todo indocumentado, pues en él se permite que sea la opinión personal de un juez el decidir si el calificativo “indocumentado”¹⁰ atribuye o no suficiente conexión con los Estados Unidos de América como para considerarlo como parte de su comunidad. Así, depende exclusivamente de la discreción del juez el decidir selectiva y arbitrariamente a quien se reconoce como “personas”¹¹ para – en su caso- conceder o negar la protección de la invocada enmienda” (Magallón Gómez, 2002,)

Entre los instrumentos legislativos de índole internacional, de mayor preponderancia para el tema que nos ocupa, se encuentra sin duda alguna la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en sus artículos más relevantes al respecto determina:

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

⁹Es importante recordar que el precedente a través de las sentencias es la principal fuente del derecho en el sistema norteamericano.

¹⁰Comillas en el original

¹¹Idem

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por qué:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. (Convención sobre los derechos del niño, 1989)

En principio hay que aclarar que los Estados Unidos al suscribir el protocolo establecieron en la reserva 1 que no asumían ninguna obligación respecto a dicha convención, lo que hace absolutamente nugatoria su participación en la misma el texto literal dice:

Reservation:

.....

The Senate's advice and consent is subject to the following understandings:

(1) No assumption of obligations under the convention on the rights of the child.-The United States understands that the United States assumes no obligations under the Convention on the Rights of the Child by becoming a party to the Protocol.¹²

¹² (1) No Asunción de obligaciones contraídas en virtud de la Convención sobre los derechos del niño-Estados Unidos entiende que Estados Unidos no asume ninguna obligación en virtud de la Convención sobre los derechos del niño al convertirse en parte en el Protocolo.

Por lo que con esta base, se consideran libres para decidir a través de su derecho interno, interpretado a conveniencia política, la forma y términos del trato a los menores migrantes y su deportación a pesar de que con ello en muchas ocasiones causan la desincorporación de estos de su núcleo familiar con las conabidas consecuencias para su sano desarrollo y desenvolvimiento.

A decir de Troller, dentro de cada país, las acciones en torno a los menores extranjeros no acompañados se basan habitualmente en dos conjuntos de leyes diferentes y, con frecuencia, contradictorias: la legislación sobre inmigración y la legislación sobre protección del menor. Con demasiada frecuencia, las autoridades recurren primero a las leyes de inmigración y después a las leyes de protección del menor, lo que tienen consecuencias directas y terribles para los niños. (Troller, 2010)

Coincidimos con la precitada autora en que los vacíos legales son muchos, y que se prioriza, especialmente en el caso de los Estados Unidos, a las leyes migratorias respecto de las Convenciones y tratados, e incluso la normatividad interna que tutela los derechos de dichos menores.

En el caso de los Estados Unidos, existen leyes internas que claramente tutelan los derechos de todas las personas que se encuentran en el país en igualdad de condiciones, verbigracia la sección 1981 del título 42 de la Ley Federal de Derechos Civiles, emanada de la decimotercera enmienda constitucional establece lo siguiente:

a) Declaración de igualdad de derechos

Todas las personas que estén dentro de la jurisdicción de Estados Unidos tendrán los mismos derechos en cada uno de los Estados y territorios para firmar y obligar a que se cumplan contratos, para demandar, ser parte, rendir pruebas, y tener la misma protección y beneficios que la ley otorga, así como los procedimientos para la protección de su persona y propiedades deberán tramitarse de la misma manera y con el mismo alcance que se aplica al ciudadano blanco. Asimismo, todas las personas sufrirán las mismas sanciones, penas, multas, impuestos, licencias, y cargas de cualquier naturaleza, pero ninguna otra.

Sin embargo, no obstante, la ley es clara y su lenguaje preciso al establecer la misma protección de derechos civiles *"a todas las personas que se encuentren dentro de los Estados Unidos*, la interpretación que se le ha dado a esta frase ha ido cambiando y evolucionando con el tiempo. Hoy en día, los órganos jurisdiccionales no se han puesto de acuerdo en su interpretación, ni en el alcance de su aplicación, cuando se cuestiona si esta ley también protege al indocumentado.

Históricamente, esta ley protectora de los derechos civiles ha sido utilizada por grupos de minorías como la base fundamental para reclamar la protección de la ley, cuando no se le otorgan los mismos derechos que a una persona blanca; sea discriminado por las autoridades gubernamentales o por ciudadanos o por empresas privadas.” (Magallón Gómez, 2002,)

Preciado asegura que precisamente uno de los principales desafíos que tenemos, tanto en nuestro país como los Estados Unidos y Centroamérica, se traduce en “transformar las fronteras en brazos fraternos que den cobijo y protección al migrante, que lejos de concebir a la frontera como un espacio para erigir nuevos muros, nuestros gobiernos aspiren a verla convertida en una zona de oportunidad y convivencia armónica, ... en el caso particular de los Estados Unidos, es indudable que una solución constructiva y de fondo al problema exige un enfoque bilateral” (Preciado Coronado, 2001)

Es claro que las gestiones políticas a la fecha han resultado infructuosas y que los Estados Unidos ha recrudescido sus instrumentos legislativos en contra de los migrantes haciendo oídos sordos a tratados y convenciones, y culpando a los migrantes de los graves problemas que los sistemas económicos en franca crisis han generado a nivel mundial.

III. Intervención de los organismos Transnacionales de tutela

La Corte Interamericana de derechos humanos ha intervenido en las cuestiones migratorias a efecto de salvaguardar los derechos humanos en reiteradas ocasiones, llegándose a decretar medidas provisionales de tutela; al respecto Ulate dice que en materia de Derecho Internacional Humanitario, se tiende a proteger, no solo el derecho de petición individual, sino que a través de medidas preventivas se protegen en modo efectivo los derechos fundamentales, (Ulate Chacón, 2007) lo anterior afirma, tomando como punto de partida el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dice:

Art. 63.

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se

tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.(Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Podemos decir, afirma Ulate, que tales facultades se traducen en las siguientes consecuencias:

a) Las medidas cautelares son de base convencional, de lo que se deriva su carácter vinculante.

b) Las mismas, establecen una garantía jurisdiccional efectiva de carácter preventivo.

c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede determinar el alcance de su propia competencia (Ulate Chacón, 2007).

En esa tesitura, y en relación al tema en análisis, existen ya precedentes en los que la Corte ha intervenido, decretando medidas preventivas que impiden la deportación de menores y la separación de familias, al respecto es válido aludir a la resolución que en vía de medidas provisionales emitió la Corte Interamericana en el caso de Haití- República Dominicana, pidiendo al gobierno de República Dominicana se abstuviera de deportar a determinadas personas a efecto de salvaguardar su integridad e incluso su vida.

Ahora bien, el informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detención y debido proceso, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre los puntos más relevantes concluye:

...2. Estados Unidos es el mayor receptor de inmigrantes en el mundo¹³ De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en 2005 Estados Unidos alojaba a 38,4 millones de migrantes internacionales. Muchos de esos inmigrantes llegan a Estados Unidos por vías formales y legales. El Departamento de Seguridad Interna (DHS por sus siglas en inglés) estima que a enero de 2008 había unos 12.6 millones de Residentes Legales Permanentes (LPRs por sus siglas en inglés) en Estados Unidos,¹⁴ y otros 1.107.126 se sumaron en 2008.¹⁵ Anualmente, muchos residentes permanentes acceden a la ciudadanía estadounidense.¹⁶ En 2008, 1.046.539 personas accedieron a dicha ciuda-

¹³ OIM, Cifras por Región y por País; disponible en inglés en <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/regional-and-country-figures>

DHS, "Estimado de la Población de Residentes Legales Permanentes en 2008" (Octubre de 2009), disponible en inglés en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_lpr_pe_2008.pdf

¹⁵ DHS, "Residentes Legales Permanentes en Estados Unidos: 2008" (Marzo de 2009), disponible en inglés en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/lpr_fr_2008.pdf

¹⁶ Según estadísticas del Departamento de Seguridad Interna, en 2008, el promedio de años para que un residente legal permanente adquiriera la ciudadanía estadounidense era de nueve años. Véase (en inglés) <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/natzf008.pdf>

danía.¹⁷ Estados Unidos es además uno de los principales líderes mundiales en la concesión de asilo y reasentamiento de refugiados. En 2008, Estados Unidos otorgó asilo a 22.930 personas y reasentó a 60.108 refugiados.¹⁸

3. Según cifras gubernamentales, a enero de 2009 aproximadamente 10.8 millones de migrantes indocumentados estaban viviendo en Estados Unidos.¹⁹ De dicha población, unos 4 millones llegaron después de enero de 2000, y otros 6.8 millones en las décadas de 1980 y 1990. Cerca de la mitad de los inmigrantes indocumentados ingresaron legalmente a Estados Unidos, pero permanecieron más allá del plazo otorgado por sus visas.²⁰ Aproximadamente 5 millones de niños en Estados Unidos tienen por lo menos un padre o madre indocumentado, de los cuales 3 millones son ciudadanos estadounidenses nacidos en Estados Unidos. (Dorsey & Whitney LLP, 2009)

..5. En un esfuerzo por controlar el flujo de nuevos inmigrantes desde mediados de los noventa, Estados Unidos intensificó sus esfuerzos por detectar, detener y deportar a los inmigrantes indocumentados y a los residentes legales permanentes con condenas penales. En 1996, el Congreso aprobó la Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y de Responsabilidad de los Inmigrantes (IIRIRA por sus siglas en inglés) y la Ley de Antiterrorismo y Pena de Muerte Efectiva (AEDPA por sus siglas en inglés), que ampliaron sustancialmente el uso de la detención

¹⁷DHS, “Naturalizaciones en Estados Unidos: 2008,” (Marzo de 2008), disponible en inglés en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/natz_fr_2008.pdf. Asimismo, en 2007 unas 171 millones de personas fueron admitidas a Estados Unidos como no-inmigrantes, con visas temporales por diversas razones, tales como negocios o turismo, estudios vocacionales o académicos, empleos temporales, o para cumplir funciones como representantes de gobiernos extranjeros u organizaciones internacionales. Véase DHS, “Admisiones de No Inmigrantes a Estados Unidos: 2007” (Agosto de 2008), disponible en inglés en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ni_fr_2007.pdf

¹⁸DHS, “Refugiados y Asilados: 2008” (Junio de 2009), disponible en inglés en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_rfa_fr_2008.pdf. ACNUR informa que Estados Unidos admitió a 41,150 refugiados al país en 2006, lo que corresponde a las estadísticas de DHS para ese año. En los últimos 30 años, unos 2.8 millones de refugiados han sido reasentados en Estados Unidos. Véase Human RightsFirst, Detención en Estados Unidos de Solicitantes de Asilo: Buscando Protección, Encontrando la Prisión, pág. 13 (Abril de 2009), disponible en inglés en <http://www.humanrightsfirst.org/pdf/090429-RP-hrf-asylum-detention-report.pdf>.

¹⁹DHS, “Estimado de la Población Inmigrante No Autorizada que Reside en Estados Unidos: Enero de 2009” (Enero de 2009), disponible en inglés en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ill_pe_2009.pdf; el Centro Hispánico Pew, referido en el informe del DHS, ha reportado que a marzo de 2008 existían aproximadamente 11.9 millones de migrantes indocumentados en Estados Unidos. Véase Centro Hispánico Pew, Tendencias en la Inmigración No Autorizada: Flujo de Entrada de Indocumentados Ahora le sigue al Flujo de Entrada Legal, pág. 1 (2 de octubre de 2008), disponible en inglés en <http://pewhispanic.org/files/reports/94.pdf>; dicho informe se refiere de manera indistinta a los inmigrantes o migrantes como “indocumentados,” “ilegales,” “no autorizados” o “irregulares”.

²⁰DHS, “Estimado de la Población Inmigrante No Autorizada que Reside en Estados Unidos: Enero de 2009” (Enero de 2009), disponible en inglés en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ill_pe_2009.pdf; el informe de marzo de 2008 del Centro Hispánico Pew halló que 5.2 millones de personas indocumentadas arribaron desde enero de 2000 y 10.3 millones desde la década de los 90. Véase Centro Hispánico Pew, Tendencias en la Inmigración No Autorizada: Flujo de Entrada de Indocumentados Ahora le sigue al Flujo de Entrada Legal, pág. 3 (2 de octubre de 2008), disponible en inglés en <http://pewhispanic.org/files/reports/94.pdf>.

obligatoria sin fianza, ampliaron la lista de delitos que tienen como consecuencia la deportación obligatoria de migrantes autorizados, incluyendo LPRs y, en general, crearon un enfoque más riguroso de la política de inmigración.

... 20. La Comisión Interamericana también considera preocupante el impacto que tiene la detención en el debido proceso, principalmente en el derecho a acceder a un abogado, y por tanto, en la posibilidad de ser liberado. La CIDH estima que para una mejor garantía del derecho a la representación legal, y por ende del debido proceso, resulta necesario contar con programas de Alternativas a la Detención más sólidos y ampliar la cobertura nacional del Programa de Orientación Legal. **En particular, la Comisión Interamericana observa con preocupación la falta de representación legal suministrada o facilitada de oficio por el Estado para casos de niñas y niños no acompañados,**²¹ inmigrantes con enfermedades mentales y otras personas incapaces de representarse a sí mismos. (Informe sobre migración y debido proceso, 2010)

Capítulo III. Estándares internacionales en materia de derechos humanos de los y las migrantes

A. Derecho a la libertad personal

1 ...

2. Familias migrantes y niñas y niños no acompañados

49. Según el artículo V de la Declaración Americana, “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su... vida privada y familiar.” El artículo VII señala que: “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”. La garantía de estos derechos tiene un impacto directo en la pertinencia de la detención de familias y niñas y niños migrantes. Los artículos V y VII, análogamente, circunscriben la legitimidad de la detención obligatoria del padre o madre de un niño o una niña, a una evaluación individualizada adecuada en la que se considere la proporcionalidad de las medidas del Estado con sus objetivos, prestando debida atención al interés superior del niño²²

50 ...

51. Según las normas internacionales, tampoco debe detenerse a los menores no acompañados.²³ La Corte Interamericana, en su opinión consultiva sobre

²¹ Las negritas son nuestras

²² Véase CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr., 166 (28 de febrero de 2000), disponible en http://www.cidh.oas.org/country_rep/Canada_2000_sp/indice.htm.

Las negritas son nuestras

la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, adoptó el principio del “interés superior del niño”²⁴ establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como consideración primaria ante cualquier medida de un Estado miembro que afecte a los menores bajo su jurisdicción:²⁵ El principio de excepcionalidad que rige la privación de libertad en general, y la privación de libertad por infracciones migratorias, se hace aún más estricto cuando se trata de niños. Sólo circunstancias de mucho peso podrían justificar una medida de esa naturaleza.

52. El artículo 37(c) de dicha Convención, de la que Estados Unidos es signatario pero no parte;²⁶ indica que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.”²⁷

53. La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes observa que, en el caso singular en que sea necesario detener a un niño o niña,... la detención de niños sólo se permita en condiciones que garanticen la realización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño... Los niños sometidos a medidas de privación de libertad deben ser separados de los adultos a menos que puedan ser alojados con parientes en instalaciones separadas... Si existen dudas sobre la edad del migrante, se le acordará el trato más favorable hasta que se determine si efectivamente es menor”.

54. En las “Directrices revisadas del ACNUR²⁸ sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo”²⁹ se concluye que “los menores solicitantes de asilo no deben ser detenidos ”³⁰ Si esto sucede, por razones extraordinarias, éste no debe ser mantenido en condiciones de reclusión. (Rodríguez Pizarro, 2002)

Resulta relevante analizar la fuerza vinculatoria que tales recomendaciones emitidas por un organismo no jurisdiccional como lo es la Comisión pudieran tener hacia los Estados Unidos, al respecto la doctrina jurídica ha afirmado que “sin pretender entrar en elucubraciones demasiado complicadas ni en discusio-

²⁴ Comillas en el original

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17., párr. 58-59 (28 de agosto de 2002), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

²⁶ Sin embargo, como firmante del tratado, Estados Unidos está legalmente obligado a “abstenerse, de buena fe, de actos contrarios al objeto y propósito del tratado.” Véase <http://untreaty.un.org/English/TreatyHandbookSpan.pdf>.

²⁷ Véase también CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, supra, Principio I.

²⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

²⁹ Comillas en el original

³⁰ *Ibid*

nes ateneístas, podemos decir que como resulta por demás sabido, es posible la actividad contenciosa de un cuerpo no jurisdiccional, ya que —por ejemplo— algunos entes de naturaleza no judicial, pueden ejercitar ciertas actividades de aquel tipo. Tal sería el encuadre de la Comisión, en los casos en los que actúa a través de un verdadero proceso, ejerciendo la misión jurígena de individualización del derecho.

Como lo hace ver O'Donnell, el organismo que nos ocupa ha comenzado hace ya tiempo a llevar a cabo una interpretación de las consecuencias legales de las violaciones, incluyendo *indemnizaciones*³¹ en favor de las víctimas. Todo ello —no sin ciertas dudas— nos permite expresar que determinados pronunciamientos, es decir los provenientes de una denuncia, que deviene luego de un “proceso”³² con todas las garantías, pueden considerarse intrínsecamente obligatorios.” (Hitters, 2008)

³¹ Cursivas en el original

³² Comillas en el original

CONCLUSIONES

Es claro que las medidas represivas adoptadas para frenar el fenómeno migratorio son inapropiadas y vulneran los derechos fundamentales de los migrantes.

El convertir en delito la migración no resuelve ni hace cesar dicho fenómeno tan antiguo como la humanidad misma.

La migración no es la causante de los males sociales que el gobierno de los Estados Unidos le atribuye, y por el contrario, genera a dicho país riqueza y desarrollo.

Son muchas las fuentes doctrinarias, algunas de ellas citadas en el presente trabajo, que reconocen la clara y evidente vulneración de los derechos fundamentales de los menores en los casos de su deportación, ya que en principio se atenta a su dignidad humana por el trato vejatorio de que son víctimas, y se vulneran todos los derechos que se les deben tutelar, partiendo de su derecho a tener una familia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Wayne Smith, Hugo Armendáriz vs. Estados Unidos, concluyó que “la política de deportación de los Estados Unidos lesiona los derechos humanos fundamentales a la protección de las familias y de los niños. Esta ley se aplica sin tomar en consideración la posible destrucción de familias, y sin evaluar cuál es el mejor interés de los niños afectados, así como otras consideraciones humanitarias importantes.” (Centro por la Justicia y el derecho Internacional, 2010)

Igualmente, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha dejado en claro, que no solo en el caso de los menores, sino incluso de los adultos, la deportación no debe ser usada de forma indiscriminada, como queda plasmado en las resoluciones por ella emitidas, que la han llevado al extremo de realizar la prohibición a un estado determinado de efectuar la deportación de una persona, como ocurrió en el caso Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras Vs República Dominicana, en el cual la Corte expresamente determina como medidas provisionales de carácter urgente, solicitar a dicho país se abstenga de deportar o expulsar de su territorio a Benito Tide Méndez, Antonio Sension y Rafaelito Pérez Charles.³³

La deportación de menores solos, los deja en un estado de total indefensión, sin medios de subsistencia y pone en riesgo su vida y desarrollo, ya que al aislarlos de su familia y deportarlos a lugares donde carecen de ésta y medios de subsistencia se les obliga a la mendicidad o peor aún a ser víctimas de individuos que se dedican a la trata de personas o a delinquir para sobrevivir.

³³ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos_se_06.doc

Si la principal causa de migración es la pobreza, el combate a la pobreza de manera frontal debe constituir la prioridad, máxime que ha sido establecido como uno de los retos del milenio, al efecto entre otras medidas trascendentes deben ponerse en práctica de inmediato los acuerdos de la Declaración de Lisboa, en particular los siguientes:

Por todo ello, exigimos a los Estados Iberoamericanos, en virtud de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. Que pongan en el centro de su agenda política la obligación de mejorar e incrementar la inversión social pública dirigida a la infancia, su administración transparente y eficiente y de diseñar e implementar políticas desde un enfoque de derechos y programas integrales y universales que contribuyan a disminuir la pobreza y que garanticen el acceso pleno de todas las niñas, niños y adolescentes a todos sus derechos.

2. Que se fortalezcan los mecanismos municipales, nacionales y regionales necesarios para coordinar y robustecer las políticas de prevención y erradicación de la violencia contra niños y niñas, prestando especial atención a la prevención y combate a la explotación y abuso de niños, niñas y adolescentes a través de internet, aumentando la coordinación entre los Estados para erradicar las redes internacionales de explotación. (Declaración de Lisboa, 2009)

Es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una importante opción de defensa de los derechos de los indocumentados que hasta ahora ha sido poco explorada por el desconocimiento y la falta de adecuada asesoría de los menores y sus familias.

Como presupuesto *sine qua non* para una solución a los problemas que genera la deportación de menores, la legislación en materia de migración, debe ser modificada a efecto de salvaguardar los derechos de los menores por encima de la regulación migratoria, a fin de que no se deje a la eventualidad de acuerdos migratorios de frontera a frontera la solución de problemas que afectan no solo a ambos estados fronterizos sino a todos, dada la relevancia de la tutela de los derechos de los niños.

Si el estado de Sonora ha podido tender puentes para la repatriación de los niños en lugar de su deportación, es claro que a nivel federal pueden alcanzarse acuerdos internacionales que no se han llevado al nivel diplomático porque a nuestro juicio el gobierno federal mexicano no presenta propuestas concretas sino que se limita a la búsqueda permanente de agendar el tema en las entrevis-

tas entre mandatarios que nunca llevan a buen puerto dicha temática, porque tal vez no han puesto en práctica algo que tan sencillamente expresa Benedetti: *mi táctica es hablarte y escucharte construir con palabras un puente indestructible.*

Las legislación vigente en los Estados Unidos otorga la tutela a los derechos fundamentales de los menores, sin embargo son pasadas por alto por las autoridades migratorias, por lo que resulta esencial que nuestras oficinas consulares cuenten por personas suficientemente preparadas en materia legal, especializadas en el derecho internacional e interno del país limítrofe, que orienten a los menores sobre sus derechos fundamentales e incluso su posibilidad de acceder a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para alcanzar a través de las medidas provisionales de carácter urgente una tutela efectiva de sus derechos y evitar deportaciones que afecten estos, especialmente a tener una familia e identidad.

*Que tire la primera piedra
quien nunca haya tenido manchas de emigración
en su árbol genealógico...
Así como en la fábula del lobo malo
que acusaba al inocente cordero
de enturbiar el agua del arroyo
de donde ambos bebían,
si tú no emigraste, emigró tu padre,
y si tu padre no necesitó mudar de sitio
fue porque tu abuelo, antes, no tuvo otro remedio que ir,
cargando la vida sobre la espalda,
en busca de la comida que su propia tierra le negaba.*

José Saramago

BIBLIOGRAFÍA

Berumen Barbosa, M. E. (2004). La Migración . Recuperado el 29 de septiembre de 2009, de Observatorio de la Economía Latinoamericana, número 36: www.eumed.net/cursecon/ecolat/mx/

Bueno Sánchez, E. (2009). Pobres y vulnerables. Recuperado el 29 de septiembre de 2009, de Notas sobre la migración internacional y sus relaciones con la pobreza y la vulnerabilidad: <http://sociales.reduaz.mx>

Centro por la Justicia y el derecho Internacional. (4 de agosto de 2010). Cejillo. Recuperado el 30 de agosto de 2011, de La Comisión Interamericana determinó que la política de deportación de los EU violenta los derechos de los niños y las familias: <http://cejil.org/comunicados/la-comision-interamericana-determino-que-la-politica-de-deportacion-de-los-estados-unido>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). Organización de los estados Americanos. Recuperado el 28 de Agosto de 2011, de Documentos básicos: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>

Convención sobre los derechos del niño. (20 de Noviembre de 1989). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Recuperado el 29 de agosto de 2011, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

De Olloqui, J. J. (2001). Estudios en torno a la Migración. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM.

Declaración de Cocoyoc. (2006). Segundo Coloquio Internacional sobre Migración y Desarrollo, Migración, Transnacionalismo y Transformación Social. Recuperado el 16 de noviembre de 2011, de Red Internacional de Migración y Desarrollo: http://rimd.reduaz.mx/secciones_documentos/379declaracion_cocoyoc.pdf

Declaración de Lisboa. (17 de Junio de 2009). VI Foro de ONG de Infancia y Adolescencia de Iberoamérica. XI Reunión de Ministras, Ministros y Altos Responsables de niñez y adolescencia en Iberoamérica . Lisboa, Portugal.

Diccionario de la Lengua Española, E. C. (2005).

Diccionario Jurídico Mexicano. (2009). Diccionario Jurídico Mexicano. México: Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM/Porrúa.

Dorsey & Whitney LLP. (2009). The Urban Institute. Recuperado el 29 de agosto de 2011, de Co5rtando un vínculo de vida: El abandono de los niños ciudadanos como parte de las políticas de aplicación de la ley migratoria de Estados Unidos: http://www.dorsey.com/files/upload/DorseyProBono_SeveringLifeline_RepOrOnly_web.pdf

Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional , 131-156.

Informe sobre migración y debido proceso. (30 de Diciembre de 2010). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 29 de agosto de 2011, de <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.es/Cap.I.htm>

INS vs López Mendoza, 468 US 1032 Volumen 468 (Supreme Court 1984).

Kanstroom, D. (2007). Deportation Nation. Boston: Harvard University Press.

Keller, M. (1994). Regulation and new society: Public policy and social change in America. Library of Congress Cataloging.

Lacomba, J. (2008). Historia de las Migraciones Internacionales. Los Libros de la Catarata.

Liwski, N. I. (2007). Migraciones de niñas, niños y adolescentes, bajo el enfoque de derechos. Recuperado el 16 de NOVIEMBRE de 2011, de Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes: http://www.iin.oea.org/iin/cad/actualizacion/pdf/3_1/Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf

Magallón Gómez, G. M. (2002,). Los Derechos Humanos del Indocumentado su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense. Revista de Derecho Privado, (mayo-agosto) , 67-86.

Preciado Coronado, F. d. (2001). Derechos Humanos y Migración, en: Estudios en torno a la migración (Primera ed.). México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM.

Rocha, J. L. (Abril de 2009). Deportaciones en Estados Unidos. Recuperado el 28 de Agosto de 2011, de Revista envío digital: <http://www.envio.org.ni/articulo/3971>

Rodríguez Pizarro, G. (30 de diciembre de 2002). Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 30 de agosto de 2011, de Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes: [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbd8/\\$FILE/Go216255.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbd8/$FILE/Go216255.pdf)

Sánchez Inzunza, J. A. (2009). Percepciones de menores migrantes no acompañados sobre la experiencia del cruce y la repatriación. Recuperado el 29 de agosto de 2011, de en la frontera Sonora- Arizona: http://www.puec.unam.mx/PONENCIAS_IGLOM/III_migracion_internacional_y_regiones_transfronterizas/mesaIII_ponencia2.pdf

Troller, S. (2010). En la trampa de la migración, menores extranjeros no acompañados en Europa. Recuperado el 30 de agosto de 2011, de Vacíos Jurídicos intencionados: <http://www.hrw.org/es/world-report-2010/en-la-trampa-de-la-migraci-n-menores-extranjeros-no-acompa-ados-en-europa>

Ulate Chacón, E. (2007). Derecho a la tutela judicial efectiva: Medidas cautelares en el ámbito constitucional Comunitario e Internacional . Revista de Ciencias Jurídicas , 137-187.

US vs Verdugo Urquidez, 494 US 259 494 EE.UU. 259 (Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito 1990).

Valerio Quintero, J. F. (1995). Migración y seguridad de los migrantes. Revista Vínculo Jurídico No. 24 .

RESEÑAS

**RESEÑA:
INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL
DERECHO**

DE: CARLOS SANTIAGO NINO
RESEÑADO POR:
LIC. JORGE GARABITO MARTÍNEZ*

* Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador "a", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

ANTECEDENTES:

El libro del profesor Carlos Nino¹, de origen argentino, fue editado por primera vez en lengua castellana por Editorial Astrea en Argentina en 1973, bajo el título de *Notas de Introducción al Derecho*, hasta el año de 1980 se publicó en España, la versión actualizada, corregida y muy aumentada.

Según el editor, una de las razones es la enorme dificultad para conseguir un tráfico intelectual *normal* entre ambos países. La inseguridad que producen las devaluaciones y las inflaciones, dificulta enormemente el tráfico de libros, y específicamente los libros de la filosofía del Derecho representan un caso particularmente grave.

El mismo editor informa que los libros de Kelsen, Ross, Hart y Raz son muy solicitados lo que demuestra una vitalidad de la filosofía y teoría jurídica argentina que tanto Kelsen como Ross han reconocido que tal interés es reciente y abierto.

Autores de renombre internacional como Ross, Von Wright y Strawson, han visitado el Instituto de Filosofía del Derecho de Buenos Aires, impartiendo allí sus conocimientos.

Desgraciadamente, la enseñanza de la filosofía argentina también estuvo mediatizada por la política. En 1966 los militares tomaron el poder e intervinieron directamente en la Universidad.

En la Universidad, el Instituto de Filosofía del Derecho se encontró en una situación difícil. En 1969 dejó de publicarse la revista fundada por Gioja –Notas de Filosofía del Derecho- que era uno de los principales órganos de difusión del Instituto. Gioja tuvo problemas para mantener el puesto de Director del Instituto y poco después –en 1971- falleció repentinamente, poniendo fin a una de las más brillantes etapas de la filosofía jurídica argentina. Esta etapa no viene marcada por su obra escrita, sino por su preocupación educativa y pedagógica. La principal obra de Gioja –como la de Sócrates- son sus discípulos, algunos de ellos de renombre internacional.

Como discípulo del penalista, Jiménez de Azúa tiene una profunda preocupación por la problemática del Derecho Penal y un buen conocimiento de la dogmática penal.

¹ SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1973.

En el Prólogo, escrito por Albert Calsamiglia, de la Universidad Autónoma de Barcelona se hace una amplia explicación sobre la historia y personalidad de Carlos Nino, con quien confluyen, según el prologuista, el pensamiento analítico del Instituto de Filosofía del Derecho y un conocimiento profundo de la dogmática jurídica. El mismo prologuista afirma que en Carlos Nino, confluye además un profundo conocimiento de la Teoría normativista, pues, asegura, Carlos estuvo en Oxford, donde asimiló los temas clásicos de la teoría normativista.

En la actualidad, nos informa el prologuista, Carlos Nino trabaja sobre el tema *Ética y Derechos Humanos* y es profesor en la Universidad en Buenos Aires. Según el prologuista, la *Introducción al Análisis del Derecho*, de Carlos Nino es tan importante como las obras de Kelsen, Ross, Hart y Raz por ejemplo.

Infortunadamente, afirma el prologuista, la filosofía argentina también estuvo mediatizada por la política. En 1966 los militares tomaron el poder e intervinieron directamente en las universidades. El Instituto de Filosofía del Derecho, uno de los principales órganos de difusión, se encontró en una situación difícil.

Pero Carlos Nino, no es un filósofo del Derecho *strictu sensu*. Nacido en el año 1943 y por lo tanto más joven que los demás estudiantes de Filosofía del Derecho; ha heredado del Instituto una formación analítica y una preocupación primordial por la claridad del pensamiento y también por sus formas de transmisión de su conocimiento.

Carlos Nino ha realizado trabajos muy importantes, -originales y claros-, de análisis de la Dogmática. Baste recordar sus consideraciones sobre la *Dogmática Jurídica*, (publicado en México, UNAM 1974); su trabajo *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*, publicado en la Universidad de Carabobo en Valencia, (Venezuela) 1979; o en algunos de sus primeros trabajos de carácter más estrictamente penal como *La definición del delito*, publicado en *Notas de Filosofía del Derecho*, No. 5, año 1965; o su trabajo *El concurso en derecho penal*, publicado en Buenos Aires, Astrea, 1972.

En Carlos Nino confluyen, por una parte, el pensamiento analítico del Instituto de Filosofía del Derecho, y, por otra, un conocimiento profundo de la Dogmática tradicional (de sus presupuestos, de sus reglas de juego y de sus funciones).

Creo que este libro, -continúa- es uno de los más importantes de análisis filosófico del Derecho que se ha escrito en castellano. Es un libro claro y al mismo tiempo problemático –porque deja muchas cuestiones abiertas-; es un libro honesto porque reconoce que hay cuestiones que no se han podido solucionar definitivamente (por ejemplo, el criterio o los criterios para identificar el sistema

jurídico). Es un libro consciente de las limitaciones de su discurso, pues al final de cada capítulo plantea una serie de problemas y ejercicios que ayudan a comprender la dificultad de algunas cuestiones. Este trabajo no reniega del momento normativo del derecho.

Esto le da un específico valor; puesto que en los últimos tiempos –ante la crisis del normativismo y de las escuelas analíticas se tiende a disolver el saber jurídico en una sociología general, que no se sabe nunca exactamente qué es, cuál es su objetivo, y qué papel piensa que juegan en ello las normas, desde el punto de vista pedagógico y didáctico, me parece que este libro difiere de la mayoría de los manuales que ofrecen una serie de fórmulas que sirven para solucionar cualquier problema que se presente al estudiante de una forma definitiva y concluyente. Una de las grandes virtudes del libro de Nino es que sirve de ayuda al lector para que éste encuentre por sí mismo las soluciones a los problemas que se plantean. De una forma u otra la herencia socrática de Gioja se traduce en esta obra de un discípulo.

Por último, se debe señalar que en este libro se incorporan las más importantes investigaciones recientes de su orientación y que desde su específica perspectiva es un libro muy completo. Pienso (dice Calsamiglia) que es inusual en los manuales de introducción al derecho (en castellano) presten atención a autores como Rawls, Calabresi, Posner, Dworkin o Raz.

Observaciones Generales de la Obra:

El autor nos advierte que éste libro, *Introducción al Derecho* es el resultado de cuatro pequeños volúmenes que se publicaron entre 1973 y 1975, lo cual da como resultado esta segunda edición.

La *Introducción* es nueva. El capítulo I nos presenta una sustancial modificación al incluir un tratamiento diferente de la controversia iusnaturalismo-positivismo jurídico que ahora considera de mucha menor trascendencia de lo que antes pensaba.

El capítulo II según el autor, sólo requiere ligeras modificaciones por lo que nos lo presenta casi igual.

En cambio el capítulo III podría decirse que es nuevo pues ha sido modificado en su mayor parte, aunque el tema es bastante complejo por lo que su redacción ha devenido un tanto complicada en comparación con el resto del artículo, el propio autor reconoce que el texto de la fracción III es nuevo en su mayor parte, por lo que resalta la complejidad.

Sin embargo, los capítulos IV, V y VI han sufrido algunas modificaciones, aunque sencillas en su redacción, en la (fracción o capítulo VI), varía el énfasis sobre la factibilidad de la ciencia del derecho que refleja bastante incomodidad ante la insistencia de algunos juristas y filósofos del derecho por hacer de la teoría jurídica una ciencia y mientras se despreocupan de algunas tareas más trascendentes que los juristas tradicionalmente han encerrado.

El capítulo VII es completamente nuevo, en el se trata de atenuar deficiencias anteriores, que desgraciadamente son muy generalizadas.

Creo que esta nueva versión proporciona en forma moderadamente satisfactoria, el leguaje conceptual básico con que debe contar quien se disponga a encarar el estudio del contenido y funcionamiento de un cierto sistema jurídico. Tal vez el profesor a cargo (Carlos Nino) del curso de Introducción al Derecho indicara cuáles son los libros adecuados al presente curso.

Hay muchas formas de encarar una introducción al estudio del derecho. Esta es una introducción filosófica y no historia del derecho.

¿Qué es el Derecho?

La dificultad para contestar esta pregunta radica en que aparentemente hay varias contestaciones que se refieren al mismo objeto y son sin embargo tan diferentes entre sí. Se piensa que los conceptos reflejan una pregunta esencial de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos lo cual supone una cierta relación entre las palabras y los objetos que pretenden definir.

Muchos sistemas (filosóficos) se refieren al platonismo antiguo, a la escuela escolástica y al fenomenalismo moderno que se basan en conceptos con carácter de verdad esencial o de necesidad por un procedimiento de intuición intelectual o mística, ya que son ellos los únicos conceptos con los que se pueda constituir la esencia inmutable de las cosas. Si esto fuera así, si, por ejemplo, existiera algo semejante a la esencia del derecho, debería entonces admitirse que entre las muchas acepciones del término derecho, el único significado y la única definición verdadera serían el significado que indicara dicha esencia y la definición que encerrara este significado. Por ello, casi toda la jurisprudencia medieval y oriental, e incluso la moderna han creído que entre el nombre de una cosa (es decir cualquier objeto del pensamiento) y la cosa nombrada, existe un nexo metafísico que sería peligroso y sacrilego desconocer. Esto muestra que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la ciencia antigua o, mejor, prehistórica en la mayoría verbal... (En la definición del Derecho, pp. 33 y 34)²

²KANTOROWICZ, Hermann, Op. Cit., p. 12.

A este enfoque se opone una concepción convencionalista acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad que es defendida por la llamada filosofía analítica.

Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje –que es un sistema de símbolos-, y la realidad, ha sido establecida arbitrariamente por los hombres y aunque hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos, nadie está constreñido, ni por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir los usos vigentes, pudiendo elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las clases de cosas que le resulten convincentes.

Para el análisis filosófico las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de determinadas palabras; decisión que, naturalmente, puede variar.

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos enfrentamos con una palabra, por ejemplo derecho, tenemos que darle algún significado si pretendemos describir los fenómenos denotados por ella, pues no es posible describir por ejemplo el derecho argentino, sin saber lo que derecho significa.

¿Qué es el derecho? (*quid is iuris*), es la pregunta que desde 1797 Kant, en su *Crítica de la Razón Pura*³, formulaba afirmando que producía gran perplejidad entre los juristas, para sustentar luego una definición del derecho evidentemente positivista.

Las tesis kantianas fueron severamente criticadas por los grandes juristas posteriores empezando por Savigny, Ihering, Del Vecchio y Radbruch dando paso a un auge sin precedente al jusnaturalismo. Que declinó posteriormente ante el nuevo impulso del positivismo a finales del siglo XIX y principios del XX.

En la actualidad las principales corrientes de las doctrinas jurídicas están representadas por los grandes juristas: Kelsen, Hart, Ross y Bobbio. Las corrientes más importantes de las doctrinas jurídicas podemos sintetizarlas agrupándolas en los siguientes rubros:

Se entiende por formalismo jurídico, cierta teoría de la justicia, en particular la teoría según la cual el acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. Dice Bobbio que más exactamente se debería llamar formalismo ético, porque tiene en común con todas las teorías formalistas de la ética la afirmación de que el juicio ético consiste en un juicio de conformidad de un acto con la norma, (de don) de bueno es el acto realizado para cumplir con la ley, y malo aquel que se realiza para trasgredirla.

³KANT, Manuel, *Crítica de la Razón Pura*, Editorial Porrúa, Sepan Cuantos..., México 2003.

A la teoría formalista se le conoce también como legalismo en virtud de que el formalismo jurídico coincide con la concepción legalista de la justicia que define la acción justa como el cumplimiento del deber.

El formalismo jurídico es eminentemente positivista y opuesto al jusnaturalismo: *la ley positiva es válida, sólo si es justa, aún cuando la teoría del jus naturalismo siempre ha ido acompañada por la teoría de la obediencia: la ley es válida aún cuando sea injusta.*

La teoría Pura del Derecho, Kelsen

La teoría pura del derecho quiere ser una teoría general del derecho, totalmente despegada de cualquier ropaje ético. Busca el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico: el concepto de norma que afirma que una determinada conducta humana, debe ser. En las proposiciones jurídicas la vinculación de condición y en consecuencia se realiza según el principio de la imputación.

Partiendo de la teoría pura del derecho las órdenes sociales son esencialmente coactivas. *Si se comete un delito, debe producirse una consecuencia que es una sanción.*

La teoría pura del derecho rechaza el concepto de causalidad que se origina en la ley natural del ser, sino que la proposición jurídica o ley, establece el deber ser o rechaza la teoría del derecho natural como meta física del derecho, irracional.

La distinción lógica entre ser y deber ser y la imposibilidad de pasar mediante deducción lógica del campo del uno al del otro es una de las posiciones esenciales de la teoría pura del derecho. Es una teoría de lo que jurídica y positivamente debe ser, no de lo que naturalmente es; su objeto son normas, no la realidad natural. Por lo tanto se distingue del derecho natural en que no quiere conocer como este último, lo que el derecho debe ser, sino lo que el derecho es; es una teoría del derecho positivo, es decir, una teoría del derecho real y no del derecho ideal, una teoría de la realidad jurídica⁴.

Por otra parte, sin perjuicio de que podamos estipular un significado original o más preciso para la palabra que tenemos en vista, es conveniente investigar su significado en el lenguaje ordinario como medio de descubrir distinciones conceptuales importantes, que presuponemos sin tener conciencia de ellas y cuyo desprecio puede provocar pseudo cuestiones filosóficas.

⁴ KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Edición Autorizada por el Hans Kelsen-Institut, Lima, Perú-2002.

El iusnaturalismo y el positivismo jurídico

La vieja polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral.

El autor alude a los crímenes cometidos por las autoridades arias con el pretexto de investigaciones científicas según la nueva ciencia ARIA.

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, prohíben imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho, que era válido en el momento de cometerse el acto. Bajo el lema La ley es la ley, se han justificado las opresiones más aberrantes.

Las normas positivas dictadas por los hombres sólo son derecho en la medida que se conforman con el derecho natural y no lo contradicen.

Va de suyo que considera –dice Carlos Nino- que por las mismas razones, el sistema normativo vigente en la Alemania nazi: y en los países ocupados por sus tropas, era un sistema jurídico, por más que el contenido de las disposiciones nos parezca aborrecible. Nino destaca que el sistema nazi fue reconocido internacionalmente.

-Dice Nino- nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo con las normas jurídicas. Son las normas jurídicas y no nuestras convicciones morales las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible⁵

La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de las conductas que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas.

Si, en cambio se sostuviera que somos jueces de las naciones vencedoras que aplican las normas de su propio sistema jurídico concluiríamos que nuestros respectivos ordenamientos jurídicos incluyen entre sus principios fundamentales el de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, que nos obliga a juzgar los actos conforme las normas que regían en el tiempo y lugar en que fueron cometidos y no de acuerdo a normas posteriores.

⁵NINO, Carlos, Op. Cit., p. 22.

El Planteo del realismo jurídico. (El escepticismo ante las normas)

En primer lugar, una importante corriente del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en los Estados Unidos y los países escandinavos, con escritores tales como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, etc., que han demostrado una actitud escéptica ante las normas jurídicas.

En segundo lugar, en países denominados de derecho continental europeo, como España, Francia, Italia, etc., y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. Se cuenta en estos países con una amplia codificación del derecho, y esto dio la pauta para que los juristas asignaran a estos sistemas, y a las normas que constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre se tienen como son: precisión, coherencia, completitud, univocidad, etc. La designación de estas propiedades con un grado mayor del que permite la realidad, más que nada, a ciertas hipótesis implícitas a la dogmática continental.

Por último, en tercer lugar los juristas del *common law*, no tienen frente a sí cuerpos codificados a los que prestar una tal profesión de fe. En el derecho norteamericano, las normas están originadas, no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes.

Una gran vertiente del realismo norteamericano y algunos juristas escandinavos dieron efectivamente el segundo paso.

Es famosa la siguiente frase de Llewellyn (*The Bramble Bush*): *Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. ¿Por qué se dice predecir lo que harán los jueces?* la respuesta está dada por el hecho de que el realismo, en términos generales, justamente coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas.

Probablemente hay pocos pasajes que resuman el enfoque realista que éste, del célebre juez Colmes (en *La senda del derecho*):

Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental ¿qué es el derecho? Encontraréis que ciertos autores os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachussets o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto

de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachussets o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos⁶

Palabras dichas con un dejo de despreocupación, sin embargo, son material valioso para juzgar el realismo.

Examen crítico del realismo

Aparece en esta corriente una elogiada actitud cautelosa frente a las especulaciones que durante siglos han ocupado a los juristas en la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes, que encarnen la verdadera estructura de la razón humana. Los realistas –dicen-, hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables.

Se habla desde el punto de vista del hombre malo. Un individuo que únicamente se preocupa por evitar consecuencias desagradables, estará interesado sólo en que se le prediga qué actos puede realizar impunemente y cuáles probablemente serán objeto de castigo por parte de los jueces. Sin embargo, con Hart, qué pasa con el hombre bueno; el hombre que quiere cumplir con su deber independientemente de cuáles sean las consecuencias. El realismo dirá que este hombre está sólo interesado en una cuestión moral y que el derecho no le puede dar ninguna respuesta, sino que debe recurrir a su conciencia, como dice Holmes. Para concluir esta fase, debemos admitir que los jueces siguen ciertas normas generales, ¿qué clase de normas son éstas? Felix S. Cohen (en El método funcional en el derecho) responde de este modo en nombre del realismo:

La pregunta del tipo ¿hay contrato? puede recibir un segundo significado, radicalmente distinto al anterior. Cuando el juez se formula esta pregunta al redactar una sentencia, no está tratando de predecir su propio comportamiento; lo que está haciendo es plantearse, en forma oscura, el problema de si debe o no atribuir responsabilidad a alguien por ciertos actos. Esta es, ineludiblemente, una cuestión ética. Lo que un juez debe hacer en un caso dado es un problema tan moral como los problemas de moralidad que se examinan en las escuelas dominicales⁷.

⁶NINO, Carlos, Op. Cit., p. 46.

⁷NINO, Carlos, Op. Cit., p. 49.

Reflexiones sobre las normas jurídicas

El filósofo G.H. Von Wright, escribe un libro que denomina *Las normas en la Teoría de Von Wright*, quien es especialista en Lógica y propone una clasificación sobre las normas que pueden servir adecuadamente sobre este tema (norma y acción). Advierte, al comenzar su exposición que las normas que mencionará no son estrictamente subclase de las normas generales lo que supondría que hay características comunes entre todas las normas que serían relevantes para la definición del concepto de norma; sino más bien que la palabra norma, que es ambigua e imprecisa puede ser utilizada en distintos sentidos, aunque el autor utiliza el sentido de las normas, tal como lo indica el título de su obra que es norma y acción en el cual propone una clasificación de las normas que puede servir adecuadamente como hilo conductor en este tema.

Von Wright distingue tres tipos de normas principales y tres secundarias. Las especies principales son las siguientes:

1. Las reglas definitorias o determinativas. Son reglas que definen o determinan una actividad. Típico caso de estas reglas son las de los juegos. Las reglas de un juego determinan qué movimientos están permitidos y cuáles están prohibidos dentro del juego. Si no se siguen las reglas se dirá que no se juega correctamente o que no se juega el juego en cuestión. Si varios jugadores de ajedrez se ponen de acuerdo en cambiar algunas reglas, no tienen impedimento alguno para hacerlo, salvo que jueguen en un marco institucionalizado, pero su actividad no será llamada ajedrez.

Von Wright incluye en esta clase las reglas de la gramática y las del cálculo lógico y matemático. Por ejemplo, a una persona que no sigue las reglas de la gramática castellana, se le dirá que no habla español, sin perjuicio de que hable otro idioma.

2. Las directivas o reglas técnicas. Son reglas que indican un medio para alcanzar determinado fin.

Ejemplos característicos de reglas técnicas son las instrucciones de uso, como esta: *si quiere encender el televisor, presione el botón de la izquierda.*

Las reglas técnicas no están destinadas a dirigir la voluntad del destinatario, sino que lo que indican está condicionado a esa voluntad. Por eso la formulación de la regla técnica es hipotética y en el antecedente del condicional aparece la mención de la voluntad del destinatario (si quiere) y no un hecho ajeno a esa voluntad.

Las reglas técnicas presuponen siempre una proposición anankástica que debe ser verdadera para que la regla sea eficaz. Un enunciado anankástico es una proposición descriptiva que dice que algo (el medio) es condición necesaria de otro algo (el fin).

En el ejemplo de instrucción de uso que se dio, la proposición anankástica es la siguiente: presionar el botón de la izquierda es condición necesaria para que el televisor se encienda.

Como proposición descriptiva que es, la anankástica puede ser verdadera o falsa. En cambio, de la regla técnica que para von Wright es una norma que no es ni prescriptiva ni descriptiva, no se puede predicar verdad o falsedad.

Sin embargo, algunos autores como Betty Powel (Knowledge of Human Action), ponen en duda la distinción entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas, sosteniendo que las primeras sólo difieren de las últimas en cuanto a su formulación, siendo las reglas técnicas enunciados descriptivos y, como tales susceptibles de verdad o falsedad.⁸

3. Prescripciones. Ya hicimos referencia a las prescripciones en general. Vimos que no de todas ellas puede decirse que son normas. Von Wright caracteriza a las normas prescriptivas mediante estos elementos que las distinguen de las anteriores especies: emanan de una voluntad del emisor de la norma, a la que se llama autoridad normativa.

Están destinadas a algún agente, llamado el sujeto normativo. Para hacer conocer al sujeto su voluntad de que se conduzca de determinada manera, la autoridad promulga la norma. Para dar efectividad a su voluntad, la autoridad añade a la norma una sanción, o amenaza de castigo. Luego habrá ocasión de estudiar éstos elementos con más detalle. Al lado de estos tipos principales de normas, Von Wright menciona tres especies secundarias que se caracterizan por tener aspectos en común con los tipos principales.

1) Normas ideales. Son normas que no se refieren directamente a una acción sino que establecen un patrón o modelo de la especie óptima dentro de una clase. Así, hay normas que determinan qué es un buen actor, un buen abogado, un buen cuchillo, un buen camino, un buen ladrón.

Las reglas ideales mencionan las virtudes características dentro de una clase.

2) Costumbres. Las costumbres son especies de hábitos; exigen, pues, regularidad en la conducta de los individuos en circunstancias análogas. Se distinguen de otros hábitos en que son sociales, o sea que las conductas que las integran se hacen con la conciencia de que son compartidas por la comunidad.

⁸ NINO, Carlos, Op. Cit., p. 68.

Las normas en la Teoría de von Wright

En nuestro país, hay en general dos clases de juegos a los que se aplican las normas a que alude el técnico G. H. von Wright.

Son juegos de mesa, que en términos generales se juegan en dos clases, distintos lugares: los clubes deportivos o los llamados: clubes sociales.

Son lugares de esparcimiento que pertenecen a clubes deportivos u otros del mismo género y especie.

Von Wright escribe un libro denominado *Normas y Acción*⁹, que contiene las reglas que en términos generales se aplican a clubes deportivos.

En México tenemos clubes sociales que sirven como lugares de reunión amistosa que se sostienen mediante el pago de cuotas. Como arriba se expone, bajo el título de clubes, existen agrupaciones sociales que unas veces cobijan reuniones sociales y otras sirven para reuniones de tipo social y también son reuniones de tipo político.

No puedo pasar por alto las reuniones que bajo el disfraz de un ciclo de estudios en la Universidad de Turín iniciados en 1995 fue concebido y desarrollado hasta tomar la forma de la tesis de doctorado en el año de 2000 en que cuajaron los esfuerzos de Lorenzo Córdova asumiendo los puntos privilegiados en las obras de Hans Kelsen y Carl Schmitt. Volviendo a las normas en la teoría de von Wright, este autor distingue tres tipos de normas principales y tres de normas secundarias.

Las especies principales son las siguientes:

Las reglas definitorias o determinativas. Son reglas que definen o determinan una actividad.

Las reglas de los juegos son las clásicas que definen o determinan una actividad. Las reglas principales son las definitorias o determinativas. Las reglas de un juego determinan o definen la o las actividades que están permitidas y cuáles están prohibidas dentro del juego.

Si varios jugadores de ajedrez se ponen de acuerdo en cambiar algunas reglas, no tienen impedimento en hacerlo. Von Wright distingue tres tipos de normas: principales y tres secundarias.

⁹NINO, Carlos, Op. Cit., p. 67.

Las principales son las siguientes:

Las reglas definitorias o determinativas son reglas que definen o determinan una actividad. Típicos casos de estas reglas son las de los juegos. Si no se siguen las reglas esto afecta directamente la validez del juego. Si varios jugadores de ajedrez se ponen de acuerdo en cambiar algunas reglas, no tienen impedimento en hacerlo salvo que jueguen en un marco institucional, pero su actividad no será llamada ajedrez.

La Teoría de Kelsen respecto a las normas jurídicas

Antes de estudiar la teoría de Kelsen respecto de las normas jurídicas, el autor hace una pausa para referirse a John Austin quien define las normas jurídicas como mandatos generales formulados por el soberano a sus súbditos. Toda norma jurídica es un mandato u orden, o sea una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y la intención de causarle daño si no se conduce conforme al deseo del superior.

Las normas jurídicas, según Austin, siempre especifican un sujeto que es el destinatario de la orden, el acto que debe realizarse y la ocasión en que tal acto se realice. Además, las normas presentan por separado la noción del soberano como origen del mandato, base de la Teoría de Austin y una definición del soberano como origen del mandato; lo cual constituye los elementos de una sociedad política e independiente.

Las normas jurídicas como juicios del deber ser

Kelsen distingue dos tipos de juicios. En primer lugar, los juicios de ser, que son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad. En segundo término los juicios de deber ser, que son directivos y respecto a los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad.

Siguiendo a Hume, Kelsen sostiene la existencia de un abismo lógico, entre ser y deber ser, en el sentido de que ningún juicio de deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean sólo juicios de ser valiendo también a la inversa.

Los juicios de deber ser sirven para interpretar, pues constituyen su sentido, los actos de voluntad, o sea los actos cuya intención se dirige a la acción de otra persona. Sin embargo, Kelsen se niega a ver necesariamente detrás de los juicios de deber ser, que llama normas, una voluntad real, en sentido psicológico, y por eso rechaza la identificación que hacía Austin entre normas y mandatos.

Kelsen argumenta en este sentido poniendo una serie de ejemplos de normas que no se originan en una voluntad real de quienes las dictaran y de normas que subsisten, sin que permanezca la voluntad en que se originaron aun cuando sus autores han muerto; del testamento que sólo empieza a regir cuando su autor murió, etc.

Por esta razón, Kelsen sugiere que la analogía entre las normas y los mandatos es sólo parcial; en todo caso se podría decir, en sentido metafórico, que una norma es un mandato despsicologizado.

De cualquier modo, es posible dudar que lo que se llama usualmente mandato u orden requiera necesariamente, como Kelsen supone, una voluntad constante de quien la formuló, en el sentido de que se cumpla la conducta prescripta. Se podrían imaginar casos sin duda fantásticos y en que se diría que la orden subsiste aunque desapareció la voluntad que lo originó. Pensemos, por ejemplo en dos asaltantes de banco; uno da la orden de entregar la caja mientras, el otro apunta con una ametralladora: el que dio la orden es muerto por un custodio; el otro, luego de inutilizar al guardia, sigue apuntando con su arma. Sin duda, la orden sobrevivió al asaltante muerto que la formuló. Claro está que se podría decir que el asaltante que quedó vivo ha hecho suya la orden respaldando con su voluntad; pero la cuestión es que, quiso decir lo mismo de las normas, y en especial de las normas jurídicas y sostener que la voluntad que cuenta no es la que intervino en su formulación sino la de aquellos dispuestos a hacerla cumplir.

En sustitución de la voluntad, que para Kelsen es característica de los mandatos y sólo concomitante en las normas, este autor señala otra propiedad que tienen las normas que las diferencia de los mandatos u órdenes.

Esta propiedad es la validez. Según Kelsen, la validez es la existencia específica de las normas y constituye su fuerza obligatoria, cualidad que no tienen las meras órdenes.

Los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos

¿Cómo se caracteriza un sistema jurídico?

Un sistema jurídico y de derecho (como derecho objetivo) son sinónimos. Lo que procuramos es precisar el concepto de sistema jurídico como sistema normativo o sistema deductivo, Trotsky define sistema deductivo como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas.

Es decir, que si decidimos formar un conjunto con dos enunciados cualesquiera y decidimos que integren el conjunto todos los enunciados que se infieren lógicamente de ellos, tenemos constituido un sistema deductivo.

Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, es decir, un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (o sea con la permisón, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción).

Como se ve, un sistema normativo no requiere estar constituido sólo por normas; es suficiente con que en el conjunto de enunciados aparezca al menos una norma para calificar de normativo al sistema. Esta exigencia débil refleja la circunstancia de que en muchos casos, sistemas normativos, como es notorio en el derecho, aparecen enunciados que no son normas, tales como definiciones conceptuales, descripciones fácticas o expresiones de derecho.

Sin embargo, Kelsen parece estar bien encaminado a erigir la coactividad en una nota distintiva de los sistemas normativos que son jurídicos, aunque resulta exagerada su afirmación de que toda norma de un sistema jurídico para constituir un sistema normativo.

Parece razonable distinguir el derecho de otros sistemas normativos, como la moral positiva y algunas reglas de juego y de etiqueta; como las normas de asociaciones privadas, principalmente las que están dirigidas a regular un orden jurídico integrado por normas.

Preguntarse por los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos es inquirir por la caracterización del sistema jurídico y por la definición del concepto de derecho pues tanto sistema jurídico como la palabra derecho se usan como sinónimos.

Es normal definir el concepto de derecho o simplemente sistema jurídico sin aludir a propiedades valorativas, y que parece razonable caracterizar a ese concepto de modo que él haga referencia a un fenómeno en que las reglas o normas, más que las decisiones de ciertos órganos o las profecías acerca de tales decisiones-, jueguen un papel fundamental.

Los sistemas jurídicos como sistemas normativos. El Derecho pertenece a la familia de los sistemas normativos, los cuales suelen incluir también a la moral, a la religión, (o al menos ciertos aspectos de ella) los usos sociales, los juegos, etc. ¿Qué es un sistema normativo? Alchourrón y Bulygin han precisado el concepto partiendo de la definición que da Trotsky de sistema deductivo como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas.

Trotsky define sistema deductivo como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. Es decir, que si decidimos que integren el conjunto constituido por un sistema deductivo.

Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como aquellos enunciados en que hay al menos una norma, un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa.

Ya para concluir, me remonto a la Valoración Moral del Derecho, en que nos dice :¹⁰

Las teorías normativas que serán examinadas a continuación constituyen sólo una selección de las concepciones de justicia y moralidad social que más influyeron e influyen en el pensamiento occidental. Hay omisiones muy notorias que se explican por distintas razones. No se pretende hacer una historia de la filosofía moral y política, sino presentar, en rasgos gruesos y rápidos, algunos de los principales esquemas de razonamiento que encauzan actualmente las elaboraciones intelectuales que se desarrollan en esta materia.

*En la exposición siguiente de las teorías de justicia y moralidad social adoptaremos una clasificación comúnmente aceptada: la que las divide en teorías **teleológicas y deontológicas**. Las primeras son las que hacen prevalecer lo bueno sobre lo moralmente correcto; o sea juzgan a las acciones no por ciertas cualidades intrínsecas sino por cómo ellas y sus consecuencias contribuyen a alcanzar cierta meta valiosa o a realizar o maximizar cierto estado de cosas intrínsecamente bueno. Las teorías deontológicas (también llamadas formalistas) dan, en cambio, prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, juzgando principalmente a las acciones por sus cualidades intrínsecas que las hacen objeto de derechos y deberes y sólo tomando en cuenta su contribución a satisfacer ciertos objetivos valiosos dentro del marco de tales derechos y deberes.*

Teorías teleológicas. (Santo Tomas y la perfección del hombre)

Santo Tomás de Aquino fue, sin duda uno de los más grandes filósofos de todos los tiempos. Su pensamiento, sobre todo en el plano ético, resulta inspirador, aun para quienes no comparten sus presupuestos fundamentales.

Toda la filosofía de Santo Tomás, incluida su filosofía moral está grandemente influida por el pensamiento de Aristóteles, y en cierto sentido, su construcción teórica constituye un brillante intento de conciliar la filosofía aristotélica con la teología cristiana.

Precisamente la pretensión de Santo Tomás fue armonizar las elaboraciones de la teología con las de la filosofía, de modo que el teólogo y el filósofo lleguen a las mismas conclusiones desde sus diferentes puntos de vista.

¹⁰NINO, Carlos, Op. Cit., p. 383.

También Copleston señala otro rasgo general de la teoría moral de Santo Tomás: al igual que la de Aristóteles, es una doctrina **teleológica** puesto que la idea de lo bueno tiene prioridad sobre la idea de lo moralmente correcto u obligatorio; para ambos filósofos los actos humanos adquieren cualidad moral por su relación con el bien final del hombre.

La justicia tiene en la filosofía tomista, según lo señala G. Graneris (en *Contribución tomista a la filosofía del derecho*) dos dimensiones: una es la de la justicia como virtud personal, y la otra es la de la justicia como cualidad del orden social (es por la existencia de esta segunda dimensión que la justicia, a diferencia de las demás virtudes, puede satisfacerse –aunque imperfectamente– por el mero comportamiento externo, no acompañado de la intención correspondiente). Santo Tomás se refiere a la justicia como virtud cuando la define, siguiendo a Ulpiano, como **la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo**. En cambio, la justicia como cualidad del orden social está relacionada con la concepción tomista del **derecho natural**.

Santo Tomás concebía a la moral como un derecho natural porque la suponía intrínsecamente relacionada con la naturaleza humana¹¹

Ante las afirmaciones de que el derecho no es objeto de la justicia Santo Tomás, en su Tratado de la Justicia, responde: La justicia tiene como característica, entre otras virtudes, el ordenar al hombre en todo aquello que se refiere a los demás. Lo cual supone una cierta igualdad, como el mismo nombre lo demuestra, pues suele decirse ajustar, al adecuar dos cosas; y es que la igualdad siempre se refiere a los demás.

Todas las demás virtudes perfeccionan al hombre en aquello que le corresponde en sí mismo. Por ello juzgamos de lo que es recto en las otras virtudes según aquello a lo que dichas virtudes tienen como propio objeto, y siempre encontramos en lo que conviene al propio agente. En cambio, al hablar de las obras de la justicia, en lugar de fijarnos en si es conveniente al sujeto, atendemos también a que lo sea a los demás, pues solemos llamar obra justa aquello que responde a demandas del otro; por ejemplo, el dar un salario justo por un servicio prestado. Por ello llamamos justo aquello que muestra la rectitud de la justicia, y hacia lo cual tiende la acción justa; y ello aún cuando no atendamos al modo como lo hace el sujeto. En cambio, en las demás virtudes, en el objeto de la justicia sólo consideraremos recto aquello que el sujeto obra de determinada manera. Por ello el objeto de la justicia queda determinado por lo que en sí es justo, o sea por el derecho, a diferencia de las otras virtudes. Por tanto es claro que el derecho es el objeto de la justicia¹²

¹¹NINO, Carlos, *Op. Cit.*, p. 384.

¹²AQUINO, Tomás De, *Tratado de la Justicia*, Editorial Porrúa, Sepan Cuantos..., México 2004.

En su tratado, Santo Tomás hace consideraciones acerca de si es correcta la definición de Justicia tomada como la voluntad constante y perpetúa de respetar el derecho de cada uno, a lo que responde:

La definición propuesta de justicia es correcta si se le entiende bien. Pues siendo la virtud un hábito que actúa como principio de los actos buenos es preciso que la virtud se defina por el acto bueno acerca de tal virtud. Y la justicia se refiere a todas aquellas cosas que pertenecen al otro, esta es su materia, como se dirá más adelante. Por eso el acto de justicia se explica al exponer su materia y su objeto cuando se dice el dar a cada uno lo que le pertenece según derecho; justo es aquel que observa el derecho.

En consecuencia Santo Tomás confirma la sentencia de Ulpiano, a quien llama el Jurisconsulto, de que: Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde según derecho, que es la propia definición aceptada por el Derecho Romano.

Estas objeciones han provocado y seguirán provocando diversas réplicas como parte de un debate que ha resultado fructífero y lo será más todavía en la medida que se profundice y amplíe el diálogo entre tomistas y partidarios de otras corrientes filosóficas; el persistente interés por discutir las tesis de Santo Tomás, aun por sus más tenaces oponentes, es buena prueba de la agudeza y fecundidad de su pensamiento.

RESEÑA:
DERECHO E INCERTIDUMBRE

DE: JEROME FRANK
RESEÑADO POR:
LIC. MARIANA SEGURA SPOTA*

RESEÑA: DERECHO E INCERTIDUMBRE

FRANK, Jerome. *Derecho e Incertidumbre*.

Trad. Bidegain, Carlos M.

Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

Distribuciones Fontamara. 3a edición México 2001. 141 P.

Jerome Frank, como uno de los principales exponentes del realismo jurídico norteamericano y uno de los primeros juristas en llevar al campo del derecho algunas ideas de la psicología contemporánea, partiendo de la tesis de Félix Cohen, en esta obra intitulada *Derecho e Incertidumbre* realiza una exhaustiva crítica en busca de la buena administración de justicia, donde muestra como inmorales a aquellas personas que dicen poder predecir las sentencias en los litigios; y profundiza hasta trascender en campos que pocos juristas se han atrevido a abordar.

Frank, se preocupa por llegar a la verdad a través de la prueba testimonial, que acompañada de tanta incertidumbre, debido a diversos factores humanos, puede provocar sentencias injustas. Haciendo énfasis en lo que dice el autor, se puede resaltar que dichas sentencias son un factor determinante, que puede arruinar las vidas de los litigantes y de sus clientes. De lo anterior surge un fenómeno donde, en nombre del derecho y durante toda su práctica, se llegan a cometer varias injusticias, contrariando así la esencia misma del derecho.

Cohen, en su afán por formular principios generales de conducta judicial, a través de un análisis de las fuerzas motivadoras y los hechos sociales en gran escala dice poder llegar a predecir sentencias futuras. Situación que promueve la dejadez de los jueces, al momento de interpretar las normas, disminuyendo la importancia que tiene el hecho de analizar cada caso concreto. Ante esta hipótesis, Frank solo insiste en que la predicción de las sentencias es un “pleito sobre hechos”, y rechaza rotundamente la idea de que para la interpretación y aplicación del derecho en un caso concreto sólo era necesario buscar la norma correcta y adaptar el caso a un derecho ya establecido, sin darle cabida a una mayor interpretación o surgimiento de nuevas normas a raíz de necesidades actuales y mucho menos tomar en cuenta cuestiones sociales, económicas, políticas, morales y psicológicas.

Hay quienes dicen que los jueces, abogados, juristas y legisladores deben poner mayor atención en los datos que se obtienen de la realidad y en los avances obtenidos de otras áreas, para complementar e informar mejor, con base en la experiencia, las decisiones de la razón práctica sobre lo bueno y lo justo.

Durante el texto, estudiosos de procesos como Stephen, Maine, Gross y Gignos coinciden en que muchos errores de los testigos no se originan en la inmoralidad, sino en honestos errores de sus observaciones primarias de los acontecimientos pasados o equivocaciones de la memoria respecto de esas observaciones, abriendo campo a la psicología como ciencia directamente vinculada con los elementos manejados en este libro. Stephen señala que solo en casos excepcionales se presenta alguna “dificultad jurídica”, así, la dificultad primaria en la mayoría de los pleitos es determinar los hechos, aunado a los factores no regulables, que obstruyen a las predicciones.

Dejando a un lado, por ahora, la dificultad que emerge al intentar determinar los hechos, y enfocándonos esta vez solo en los casos excepcionales, se advierte que efectivamente existen casos ordinarios donde la interpretación y aplicación del derecho resulta mucho más fácil; pues encuadran perfectamente bien todos los elementos del caso en una norma ya establecida. El verdadero problema surge, al encontrarnos con casos extraordinarios, cuando las normas establecidas no aplican a ese caso en específico y donde el juez encargado de la interpretación debe considerar todos los elementos necesarios junto con su experiencia para la solución de conflictos, sin tener que adaptar necesariamente el caso a la norma y más bien adaptar las normas a los casos extraordinarios. Lo importante es regular o encontrar una solución a las lagunas existentes y estar abiertos a nuevos preceptos que den como resultado una verdadera administración de justicia.

Respecto a otro de los argumentos, resaltados a lo largo del libro, Frank subraya que las idiosincrasias y parcialidades personales causan equivocaciones en la solución de controversias y varios autores nos hablan al respecto, resaltando así las ideas de EGGLESTON y CARTER quienes coinciden al hacer especial énfasis en lo incierto que es el testimonio humano. La seguridad jurídica, como uno de los principios fundamentales del derecho, se ve ampliamente cuestionada con estos conceptos del realismo jurídico.

Otro factor importante, nos dice Frank, es la desatención de los jueces sobre los testigos y los “standards valorativos”, resultantes de “distorsiones egocéntricas”, que dan como resultado reacciones individuales extrajudiciales, que a lo largo de la obra son expuestas por ROYCE. Estos factores disminuyen la objetividad con la que se deben efectuar las decisiones judiciales, respaldando la urgente necesidad de implementar mecanismos, donde los testigos sean considerados verdaderamente como pieza angular en el proceso.

Frank explica que una “teoría del Derecho”, que descuide los efectos prácticos de los impulsos y reacciones “privadas”, no computa las realidades de la más grande área de la administración judicial, que son los tribunales de primera instancia; quienes además poseen el poder de decisión en un porcentaje mayor

que el de los tribunales de segunda instancia. Por lo expuesto con anterioridad se puede señalar que, estos tribunales, basan sus resultados de conformidad con lo establecido por los tribunales de primera instancia, y es muy rara la vez en que estos últimos tribunales contradigan al tribunal de primera instancia, de ahí la importancia de recalcar que estos juegan un papel primordial en el ejercicio de esta actividad.

En seguida, da lugar a una cita de James, quien condena como perjudicialmente inmoral algunas insistencias de la escuela sociológica contemporánea, que consideran el lugar del individuo, como tema central de estudio en todos los ámbitos de las relaciones como son la familia, la escuela, el trabajo, la religión, la política, entre otros.

A Partir de lo subjetivo y lo objetivo, Frank ocupa todo un capítulo explicando como los “Hechos” pueden significar varios supuestos o cualquier cosa, aun en un litigio. Aunado a esto me atrevo a afirmar que existe un mundo de posibilidades para la interpretación de las normas. Al respecto, Cohen argumenta que “El litigio judicial representa las situaciones desusadas, “patológicas o “enfermas” cuando se rompen las normas socialmente aceptadas, de suave acción y las disputas sin arreglo llegan a los tribunales, que sirven como hospitales; supuesto en el que Frank no coincide.

A continuación, Cohen puntualiza sobre la lealtad profesional, como un control efectivo sobre el ejercicio de la discrecionalidad jurídica. Y Frank, explica que la discrecionalidad en cuanto a los “hechos” o “soberanía” virtualmente incontrolada, ha sido descuidada por la mayoría de juristas. Este descuido se debe, entre otros factores, a que existe una fuerte confusión en el significado de este concepto, que únicamente deberá ser considerado: “como aquello que se hace libre y prudencialmente”; en el entendido de que el juez deberá moverse en el terreno de lo razonable, evitando así arbitrariedades y buscando siempre la justicia y la razón, especialmente en el ejercicio de sus funciones.

Explicando los “obstáculos opuestos a la predicción” de Cohen, Frank cita a Wurzel quien sostiene que el proceso inter-actuante bilateral incluye las “actitudes valorativas” de los jueces, que a menudo tienen origen social, y que la predicción de sentencias mejorará si las “actitudes valorativas” de los jueces pueden ser descubiertas; lo que para Frank resulta un descubrimiento muy limitado, ya que como cita el autor existen ocasiones en las que los jueces manipulan los hechos para establecer o introducir su norma favorita.

Subsecuentemente, Frank manifiesta que Cohen no se interesa en las características personales de los hombres, al decir que los estudios al respecto han sido “insignificativos”, pero esto para nuestro autor es simplemente el reflejo

de la ausencia de predictibilidad del comportamiento de los individuos y del factor humano que influye en la certeza de las decisiones judiciales. Para lograr un mayor entendimiento de esta cuestión, es de gran utilidad considerar y entender tres etapas en la formulación de un juicio objetivo: el hecho externo, el hecho percibido y el hecho interpretado, sin dejar fuera los problemas de percepción e interpretación.

En este libro Frank también expone varias ideas de ¿cómo librarse de procedimientos hipócritas y mejorar la moral de nuestra administración?

Cabe resaltar la cita de James quien expresó que “Las normas abstractas pueden, en verdad, prestar ayuda, pero en proporción ayudan menos que nuestras intuiciones más penetrantes... pues cada dilema real es, en estricta literalidad, una situación única; y la exacta combinación de ideales realizados y de ideales defraudados que crea cada decisión, es siempre un universo sin precedente y para el cual no existe norma previa adecuada alguna”. Asimismo Cohen nos cultiva al decir que “Todo sistema legal violenta las más finas susceptibilidades sociales debido a su ignorancia respecto de las diferencias individuales. Las normas rígidas... hacen del legalismo una maldición. De aquí que las mejores mentes jurídicas siempre reconozcan la necesidad de la equidad... que hace entrar en juego el sentido de justicia del juez individual”.

A lo largo de su obra, Frank resalta la importancia de los aspectos psicológicos en todo el proceso por parte de la autoridad y en el periodo de pruebas, por parte de los testigos. A su vez esta labor nos ofrece algunos de los estudios más significativos de la psicología en el campo del derecho.

Frank aprovecha su obra para destacar a varios autores, entre los que sobresale Diderot, al decir que: “Todo, aún entre los más grandes hijos del hombre, es incompleto, mezclado, relativo; todo es posible en materia de contradicción y de limitaciones; toda virtud tiene como vecinos a elementos heterogéneos; todo heroísmo puede ocultar puntos de pequeñez; todo genio tiene días de visión estrecha”. Y el Dr. Oliver Wendell Holmes afirmando que: “Hay un gran mundo de ideas que no podemos recordar voluntariamente, que está fuera de los límites de la voluntad. La mente está llena de remembranzas irrevocables y de pensamientos impensables, que toman parte en todos sus juicios como fuerzas que no se pueden destruir”.

Sucesivamente y para reforzar su tesis el autor no solo muestra aspectos psicológicos y jurídicos sino que también explora los campos de la física y las matemáticas, con autores tan relevantes como Einstein, Infeld; Aristóteles, Pascal y Platón, lo cual resulta determinante para el lector.

Asimismo Frank, cita algunas enseñanzas de Cohen, que por ser contrarias a sus prácticas como crítico jurídico, Frank se atreve a cuestionar dando lugar a una serie de posibles respuestas, que finalmente subraya como meras suposiciones, mostrando de esta forma la esencia de las dos teorías, lo cual será de gran utilidad para evitar caer en cualquiera de los dos extremos interpretativos.

A manera de ensayo Frank, nos instruye con una serie de salidas para evitar algunos dramas causados por equivocaciones en la determinación de hechos. Destacando la utilización de “expertos en testimonios” y el empleo del “detector de mentiras” como mecanismos de solución, para lograr una mayor certeza en las decisiones judiciales.

Finalmente, con este estudio jurídico basado en la conexión con la realidad social y jurídica, nos invita a hacer frente al problema, para lograr así una administración de justicia eficaz.

Vemos, después de este análisis, que la predicción de sentencias no es factible por el simple hecho de ajustar a cada caso una norma ya establecida, ni que necesariamente el juez deberá imitar interpretaciones ya realizadas para aplicarlas a cualquier otro caso similar. Simplemente las sentencias formuladas pueden servir como un precedente que tal vez facilite la predicción de una resolución futura, pero en realidad son meros supuestos que pueden ser válidos para algunos casos, pero para muchos otros no se podrá aplicar la misma hipótesis, ni la misma sentencia. De esta manera se reafirma la gran incertidumbre que existe en el la aplicación del derecho.

Es una realidad que el derecho debe adaptarse a las necesidades sociales existentes y jamás podrá verse como un derecho predeterminado pues iría en contra de su esencia misma, que es el bien común.

Resulta prácticamente imposible prever en las normas los casos futuros que se puedan suscitar en la sociedad y de ahí la importancia de considerar el contexto histórico en todos sus aspectos para lograr una aplicación del derecho con mayor certeza jurídica, evitando así injusticias indebidamente respaldadas por el derecho vigente.

Los argumentos de Jerome Frank, en esta obra con gran valor académico, nos invitan a la reflexión y a la crítica de varios aspectos de la administración de justicia; a partir de una crítica profunda a las ideas de Felix Cohen, quien habla sobre la posibilidad de predecir sentencias a partir de un análisis de las sentencias ya dictadas, idealizando al derecho de una manera utópica, hablando de un sistema donde cualquier caso debe encontrarse debidamente regulado en el sistema jurídico, nos sirven de experiencia y como base para las nuevas teorías del derecho.

DISEÑO EDITORIAL Y PORTADA
LIC. VERÓNICA GALLOSA HERNÁNDEZ