

Guillermo Piedrabuena Richard'
Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile
gpiedrabuenar@gmail.com

Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios**

The powers of the Public Prosecutor's office in the investigation of tax crime

Resumen

En el presente artículo el autor analiza las normas constitucionales y reglas legales que circunscriben las atribuciones del Ministerio Público y el Servicio de Impuesto Internos para la persecución de delitos tributarios. Para ello, emprende una reconstrucción histórico – jurídica de las modificaciones y leyes adecuatorias del nuevo sistema procesal penal para luego desarrollar los presupuestos de las tesis del artículo: la derogación tácita de la facultad exclusiva del Director del SII para decidir en forma autónoma el inicio de una investigación penal por un posible delito tributario, dictada la reforma constitucional que creó el Ministerio Público y la naturaleza de delito de acción penal público del delito tributario.

Palabra claves

Derogación tácita - Facultad de investigación penal de delitos tributarios - Ministerio Público - Servicios de Impuestos Interno.

Abstract

In this article the author analyzes the constitutional and legal rules that circumscribe the powers of the Public Prosecutor and the Internal Revenue Service to prosecute tax crimes. To do so, it undertakes a legal and historical reconstruction of the modifications and adequation laws of the new criminal procedure system, then develop the presuppositions of the thesis of the article: the tacit revocation of the exclusive power of the Director of the Service to autonomously decide the start of a criminal investigation for a possible

* Abogado. Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Fiscal Nacional y ex Presidente del Consejo de Defensa del Estado..

** Artículo recibido el 17 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de marzo de 2016.

tax crime, once dictated the constitutional reform that created the Public Prosecutor and the nature of public prosecution of the tax crime.

Key words

Tacit revocation - Power of criminal prosecution of tax crimes - Public Prosecutor - Internal Revenue Service

I. Las normas del Código Tributario y las normas constitucionales que establecen las facultades investigativas del nuevo Ministerio Público.

En el año 1997, mediante la ley 19.519, se introduce en la Constitución Política del Estado un capítulo referente a un nuevo organismo constitucional, el Ministerio Público, encargado, entre otras funciones, de la dirección exclusiva de la investigación de los delitos.

Posteriormente se dicta en el año 1999, la Ley Orgánica N° 19.640 que regula el nuevo Ministerio Público y le entrega, entre otras atribuciones, la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, reafirmando el mandato constitucional.

En esa época, en materia de investigación de delitos tributarios regía el antiguo Código Tributario, cuyos artículos 162 a 164, entre otros, establecían la forma como el Servicio de Impuestos Internos (en adelante el SII) investigaba los delitos tributarios, poniéndolos en conocimiento, en su caso del juez del crimen, órgano encargado de la investigación penal hasta la puesta en vigencia de la reforma procesal penal que le entregó al nuevo Ministerio Público la dirección exclusiva de la investigación penal.

El antiguo Código Tributario que fue modificado posteriormente por la ley adecuatoria N° 19.806 del año 2002, establecía un mecanismo previo de investigación tributaria en que se facultaba al SII para indagar administrativamente hechos que revestían las características de un delito tributario, particularmente las infracciones sancionadas penalmente como las que se indican en el artículo 97 N° 4 del C.T. que sanciona las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas.

Para estos efectos el SII a través de la oficina respectiva de Delitos Tributarios efectuaba una “investigación administrativa” que era previa a la decisión exclusiva del Director del SII de iniciar un juicio criminal por delitos tributarios, sin que ningún otro órgano administrativo o judicial pudiera inmiscuirse en esta decisión.

Una vez iniciado el procedimiento criminal propiamente tal por querrela o denuncia exclusiva del SII ante el juez del crimen competente, dicho organismo fiscal actuaba como querellante o litigante privilegiado por cuanto tenía derecho al conocimiento del

sumario y además existían normas especiales que favorecían su accionar ante la justicia del crimen, tales como las que se mencionaban en el antiguo artículo 163 del mismo Código.

Entre las normas privilegiadas que utilizaba el SII se encontraba la del Art. 163 letra e) del C. Tributario, en cuanto la ley le otorgaba el valor de informe de peritos, a los informes contables emitidos por los funcionarios del SII que realizaban la investigación administrativa del delito tributario. Esta prueba de orden administrativa obtenida sin las garantías del debido proceso, fue derogada por la ley adecuadora N° 19.806 del 2002 porque no se conciliaba con los principios de la reforma procesal penal y porque rompía las reglas básicas de la bilateralidad de la audiencia y del debido proceso. Esta norma fue posteriormente declarada inconstitucional por un fallo del Tribunal Constitucional del año 2011, por contravenir las garantías del debido proceso¹.

Se puede advertir tanto en esta materia como en la decisión del SII de delegar las atribuciones del Director Regional para conocer de las reclamaciones tributarias, una clara tendencia para considerar que este servicio tenía funciones cuasi jurisdiccionales. En efecto, no obstante que la Corte Suprema desde el año 2001 y luego el Tribunal Constitucional desde el año 2006, declararon en numerosos fallos la inconstitucionalidad del antiguo Art. 116 del C. Tributario que permitía delegar las facultades del Director Regional para conocer de reclamaciones tributarias en funcionarios que no tenían jurisdicción, el SII insistió en la impugnada delegación de funciones hasta que el Tribunal Constitucional derogó el antiguo Art. 116 del C.T. en el año 2007. Por último, la ley 20.322, creó los tribunales tributarios y aduaneros, poniendo fin a la jurisdicción como jueces de los directivos del SII.

La instauración de un nuevo sistema procesal penal cuya principal novedad era la creación de un nuevo Ministerio Público, distinto del anterior contemplado en el Código Orgánico de Tribunales, colisionaba con distintos cuerpos legales que establecían normas que pugnaban o contradecían las atribuciones constitucionales de este nuevo organismo y entre las leyes más importantes que consagraban normas y principios opuestos al nuevo sistema, se encontraban las normas del Código Tributario, fundamentalmente las contenidas en sus artículos 162, 163 y 164.

Esta colisión entre las facultades constitucionales del Ministerio Público y las meramente legales que se conferían en el Código Tributario, no pasó inadvertida en la tramitación de la reforma constitucional de la ley 19.519 y en el de la ley 19.806, orgánica constitucional, que procuró adecuar las leyes vigentes al nuevo sistema procesal penal.

¹ Fallo del 14 de junio de 2011, rol 1718-10-INA, en que el Tribunal Constitucional acoge la inaplicabilidad del Art. 163 letra e) del Código Tributario, en su texto anterior a la ley adecuadora N° 19.806, no obstante que la norma había sido derogada expresamente por esta última ley que buscaba adecuar el sistema legal vigente con los textos aprobados de la reforma procesal penal, en especial la Constitución Política, la Ley del Ministerio Público y el nuevo Código Procesal Penal. El proceso tributario se había iniciado años antes que se promulgaran las nuevas leyes de la reforma, en particular la ley adecuadora 19.806 del año 2002. La razón fundamental de la inaplicabilidad es que la norma contravenía las garantías básicas del procedimiento justo y las de una investigación racional al otorgar valor de informe pericial a los que emanaban del propio órgano investigador administrativo.

Durante la discusión de la reforma constitucional de la ley 19.519 que creó el nuevo Ministerio Público, los representantes del SII acudieron a las Comisiones del Senado instando para que no se modificara la competencia exclusiva que ellos tenían para iniciar las investigaciones penales por delitos tributarios, opinión que no fue acogida en la Comisión y tampoco en la Sala del Senado, no obstante que hubo opiniones minoritarias que favorecían mantener la antigua situación de las causas penales tributarias.

Sin embargo, posteriormente, durante la discusión de la ley 19.806, adecuatoria de toda la legislación a las normas y principios de la reforma procesal penal los representantes del SII lograron el consenso de la Comisión del Senado para no innovar en esta materia, no obstante la nueva normativa constitucional que se había aprobado en años anteriores.

El tema fue tratado expresamente en el Senado durante la discusión de la reforma constitucional de la ley 19.519 y posteriormente en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado cuando se discutió y se aprobó el proyecto de ley adecuatorio de la reforma procesal penal durante el año 2002, con un distinto criterio constitucional y legal.

En opinión del suscrito, existen contradicciones claras y evidentes entre el nuevo sistema procesal penal, en especial en lo relativo a las facultades del nuevo Ministerio Público, con las atribuciones que importantes leyes le entregaban al Servicio de Impuestos Internos. Esta contradicción fue solucionada en muchos casos en las leyes adecuatorias, pero en algunas ocasiones persistió y el ejemplo más claro de ello fueron las normas del antiguo Código Tributario que le entregan al Director del SII la exclusividad para decidir querrelarse o denunciar delitos tributarios.

Este trabajo solo se referirá a las contradicciones entre los textos constitucionales que otorgan atribuciones exclusivas en materia de investigación penal al Ministerio Público y las leyes que a su vez mantuvieron facultades exclusivas en favor del SII.

II. Algunas características del procedimiento administrativo y judicial relativo a los delitos tributarios que regían antes de las modificaciones de la ley 19.806.

En el antiguo Código Tributario se establecían normas que regulaban el procedimiento administrativo previo a la iniciación del juicio criminal por delitos tributarios y luego aquellas que se aplicaban durante el desarrollo del mismo ante el juez del crimen.

Sin referirme a todas ellas podemos señalar que las más importantes se encontraban situadas en el Título IV del Código Tributario que trataba de un procedimiento para la aplicación de sanciones.

Desde luego cabe mencionar el Art. 162 cuyo primer inciso, primera parte, se mantiene aun después de la reforma constitucional de la ley 19.519 del año 1997 y de la ley adecuatoria 19.806 del año 2002. En este precepto de naturaleza legal se establecía que los

juicios criminales por delitos tributarios sancionados con pena corporal solo podrán ser iniciados por querrela o denuncia del Servicio o del Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director de Impuestos Internos.

Existían además otras normas en el mencionado artículo 162 y también en los artículos 163 y 164 del Código Tributario, que conformaban un claro panorama para considerar al SII como un litigante privilegiado que manejaba la acción penal por delitos que tenían pena corporal, utilizando poderes cuasi jurisdiccionales. Así, por ejemplo, el SII tenía conocimiento del sumario criminal, podía utilizar los informes contables emitidos por los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos que realizaron “la investigación administrativa”, considerándose para todos los efectos legales que tenían el valor de un informe de peritos, saltándose las reglas respectivas de los Códigos Civil, Procedimiento Civil y Procedimiento Penal, además de las que se incluirían en el nuevo Código Procesal Penal.

En este contexto legal se dictaron numerosas circulares para establecer la forma como se llevaba a cabo esta “investigación administrativa” cuyo examen trasciende el objetivo de este trabajo. Por ejemplo, los contribuyentes investigados tenían que aportar todos sus antecedentes contables, concurrir a declarar, etc.

Además, el antiguo Art. 86 del C. Tributario establecía que los funcionarios del Servicio, nominativa y expresamente autorizados por el Director, tendrían el carácter de ministros de fe para todos los efectos de este Código y las leyes tributarias, y en los procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias. Esta última frase subrayada fue derogada expresamente por la ley adecuatoria 19.806.

Por su parte, en el Art. 95 del C. Tributario había una referencia en su inciso 1º a la investigación administrativa de delitos tributarios, la que fue suprimida por la ley adecuatoria 19.806.

También la ley adecuatoria derogó y sustituyó el antiguo Art. 163 del Código Tributario, sustituyéndolo por otra norma relativa a la declaración testimonial del Director del SII y al monto de la caución cuando procediere la prisión preventiva, dejando sin efecto varias disposiciones que le daban el carácter de investigación judicial a las actuaciones del SII, como por ejemplo la de la letra e) que le daba el carácter de informe pericial a los informes contables de los funcionarios del SII.

Sin embargo, el antiguo Art. 163 y otras normas derogadas del Código Tributario por la ley adecuatoria 19.806, siguieron aplicándose en todas las regiones del país en que no regía la reforma procesal penal. Al respecto, debe recordarse que su vigencia fue gradual y además la reforma no se aplicaba a las causas judiciales pendientes al momento en que entraba a regir el nuevo sistema.

Hay un caso jurisprudencial, ya citado, que es muy interesante por cuanto en un proceso regido por la ley antigua, un afectado por una investigación administrativa por fraude tributario reclamó en contra de la constitucionalidad del Art. 163 letra e) del C. Tributario y es útil mencionar el fallo del Tribunal Constitucional que acogió la inaplicabilidad por estimar que la norma que le otorgaba el valor de una prueba pericial

al informe contable de los funcionarios del Servicio emitido durante la “investigación administrativa” vulneraba la Constitución por ser contrarios a las garantías del debido proceso ya que el informe pericial emanaba del propio órgano investigador y se había emitido en el contexto de una investigación administrativa ante el propio SII y no dentro del marco de un procedimiento judicial que conocía y resolvía un órgano dotado de jurisdicción².

La ley adecuatoria N° 19.806 modificó además el Código Tributario, eliminando el carácter jurisdiccional o semi jurisdiccional de las atribuciones del SII durante la averiguación previa de un posible delito tributario. Así por ejemplo, tenemos la modificación al artículo 86 en que se eliminó la frase final referente a los procesos por delitos tributarios, eliminando la facultad de los funcionarios del SII para tener el carácter de Ministro de Fe para los efectos del Código Tributario u otras leyes tributarias, es decir dichos funcionarios no podían actuar como Ministro de Fe en los procesos criminales por delitos tributarios.

Además, se eliminaron todas las facultades especiales establecidas en el antiguo Art. 163 que eran inconciliables con el nuevo sistema procesal penal, incluyendo por cierto las de la letra e) que establecía que los informes contables emitidos por los funcionarios del SII que realizaron la investigación administrativa del delito tributario, pudieran tener el valor de un informe pericial, para todos los efectos legales.

En síntesis, la ley adecuatoria 19.806 derogó todas las facultades que tenía el SII para considerar como de un medio de prueba judicial las actuaciones del SII durante la antigua “investigación administrativa” de los posibles delitos tributarios.

Estos antecedentes estaban indicando las dificultades que tenía el antiguo sistema procesal tributario para adecuarse al nuevo proceso penal, las que se habrían resuelto en la ley adecuatoria 19.806, excepto la norma fundamental y básica del Código Tributario que le otorga facultades exclusivas al Director del SII para iniciar una investigación por delito tributario, sea mediante querrela o denuncia.

En opinión del suscrito, lo anterior se opone a la Constitución Política del Estado modificada por la ley 19.519 que creó el nuevo Ministerio Público porque este tiene la exclusividad de la investigación penal.

III. La Ley N° 19.519 que creó el nuevo Ministerio Público.

El estudio de la historia de esta reforma constitucional tan importante para la creación de un nuevo sistema procesal penal aporta importantes antecedentes para tratar de resolver la contradicción del texto constitucional con la norma del artículo 162 inciso 1° del Código

² Ver nota 1 de este trabajo con los detalles de este fallo.

Tributario, la que se mantuvo sin modificaciones no obstante la dictación posterior de la ley 19.806 adecuatoria del sistema legal al nuevo sistema procesal penal³.

Los principales aportes al tema se encuentran en la Comisión de Legislación del Senado y en las sesiones de la Sala del Senado, en primer trámite constitucional, los que pasamos a resumir en sus aspectos fundamentales.

Como se sabe, la reforma creó un órgano público de origen constitucional, cual es el nuevo Ministerio Público distinto en sus objetivos al Ministerio Público Judicial del antiguo Código Orgánico de Tribunales.

Al nuevo órgano público el Mensaje entregaba la atribución exclusiva de la investigación penal que se definió como no jurisdiccional, aun cuando en la discusión legislativa se limitó aparentemente esta facultad a la “dirección de la investigación penal”, creándose un problema interpretativo que subsiste hasta el día de hoy en el sentido de que algunos sostienen que el nuevo organismo solo “dirige”, pero no investiga los delitos porque ello es facultad de las policías⁴. Esta tesis ha sido objetada por el Profesor Silva Bascañán quien sostiene que *“sorprende, a nuestro juicio, la alteración producida, porque, sin ella, hubiéramos entendido que quien dirige una investigación está investigando y lo está haciendo aún de un modo mucho más trascendental que quien, en cumplimiento de tal dirección, realiza actos secundarios y consecuentes de ejecución. Lo cierto es que unos y otros investigan en esferas o con objetivos diversos dentro de una misma finalidad sustancial”*⁵.

Es importante reproducir los conceptos fundamentales de la Ministra de Justicia, doña Soledad Alvear, que sostuvo que con el nuevo texto constitucional quedaban derogadas las jurisdicciones especiales que establecían órganos competentes diferentes para conocer de las investigaciones penales y formular las acusaciones del caso.

Sobre el particular, la Ministra Alvear sostuvo por ejemplo: “La exclusividad de la investigación también guarda relación con la necesidad de aumentar la eficacia en la indagación de los delitos, entregando tal función a un órgano independiente, técnico y especializado, que maximice y racionalice el uso de los recursos para combatir la criminalidad, cuestión que solo se logra haciéndolo único competente para el ejercicio de la función de investigación criminal”.

“Se señalaba, por ejemplo, la admirable labor que realiza el Servicio de Impuestos Internos. El Ministerio Público pretende contar a futuro con fiscalías especializadas en delitos económicos, sexuales, de corrupción, etcétera. Ello posibilitará realizar –junto con los sistemas de control y fiscalización- una investigación especializada, eficiente y dotada de las garantías adecuadas”⁶.

³ Ver Maturana et al (2003).

⁴ El principal defensor de esta tesis fue el Senador Miguel Otero al cual apoyaron varios senadores, sin que se dejara constancia que la intención de la ley fuera circunscribir las funciones del Ministerio Público solo a la dirección de la investigación, correspondiéndole a las Policías la investigación penal.

⁵ Silva (2002)

⁶ Intervención en Sala; en aprobación particular del proyecto, sesión 1ª del 3 de junio de 1997.

En otra parte de su intervención en la Sala del Senado, en la discusión particular del proyecto en primera instancia, la Ministra Soledad Alvear también expresaba:

“Buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal”.

“Los diversos mecanismos de control diseñados, entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas”.

“Todo lo anterior –o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización- no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados”⁷.

Reafirmando y explicando estos conceptos, la Ministra Alvear, expresaba también que “desde el punto de vista de los recursos fiscales, resulta poco conveniente que diversos órganos lleven adelante una investigación. Parece obvio –también desde el punto de vista económico y para agregar una razón más a la exclusividad de la investigación del Ministerio Público-, que un ente encargado de realizar cualquier tipo de investigación de carácter administrativo y que detecte la posible existencia de algún delito, lo ponga inmediatamente en conocimiento del Ministerio Público para continuar adelante con las averiguaciones”⁸.

Opinión semejante fue vertida por el Senador Otero en la Sala del Senado, expresando textualmente:

“En primer lugar, la señora Ministra ya aclaró expresamente por qué debe ser exclusivo; pero existen otros argumentos. ¿Qué se pretende aquí? Que haya un solo organismo que pueda investigar los delitos. Y estamos señalando que aquel deberá tener tal ecuanimidad e imparcialidad que la designación del Fiscal Nacional no encuentra precedentes en la historia de nuestro país: lo propone la Corte Suprema, lo nombra el Presidente de la República, y debe contar con la aprobación de los dos tercios del Senado. Esa es la calidad de persona que requiere tal cargo, no exigida hasta ahora para otros”.

⁷ Ver nota 6 anterior.

⁸ Ver nota 3.

“Si no intercaláramos la idea de exclusivo –yo la rechazaba, pero cambié de opinión frente a los argumentos de la señora Ministra–, bastaría cualquier ley para crear el cargo de investigador especial que se pueda marginar del Ministerio Público. O sea, cuando políticamente conviniera nombrar a alguien no enmarcado en el rígido sistema que nos ofrece garantías, bastaría que una simple mayoría aprobara una ley para autorizar el nombramiento de un investigador determinado para encargarle el cumplimiento de determinadas gestiones. Ello, porque lo anterior no está excluido del Ministerio Público”.

“No se puede argumentar en contrario diciendo que la ley no puede entregar facultad investigadora. ¡Por favor! ¡Si nosotros podemos establecer un investigador mediante cualquier ley! Esa posibilidad existe, y es lo que se pretende prever y prevenir en el presente proyecto: que por razones políticas pueda hacerse en algún momento algo que no se concilia con la naturaleza de los fines que persigue la legislación en proyecto”.

Y más adelante, el mismo Senador Otero formuló las siguientes observaciones:

“Cuando hablamos de los delitos que puede investigar el Servicio de Impuestos Internos, o que hoy día puede estar indagando el Consejo de Defensa del Estado, debemos entender que todas las leyes pertinentes tendrán que modificarse cuando se cree el Ministerio Público. Lo que se persigue es que haya un solo organismo que dirija las investigaciones por poseer tal tecnificación, tal capacidad, tal autonomía, tal independencia, que ofrezca la garantía correspondiente”.

“Respeto mucho al señor Director del Servicio de Impuestos Internos y a los funcionarios de ese organismo; pero no me gusta que aquél sea juez y parte, ni que el que dirija la investigación sea el que juzgue. Por eso –no estamos hablando de faltas o infracciones civiles, sino del concepto penal-, si se quiere excluir las faltas (podría llegar a decirse eso), lo único que cabría expresar es “simples delitos y crímenes”, con lo cual quedarían excluidas las faltas. Si se aceptaran las dos indicaciones, tal vez el Senado podría aprobar por unanimidad el precepto”⁹.

Las opiniones de la Ministra de Justicia fueron compartidas por la mayoría de la Comisión de Legislación y de la Sala del Senado, pero no fueron aceptadas por una minoría de Senadores que insistió que era conveniente dejar constancia que la ley podía mantener algunas investigaciones de órganos administrativos importantes, tales como el Servicio de Impuestos Internos. Pueden consultarse en la historia de la ley 19.519, las opiniones minoritarias de los Senadores Diez, Feliú, Piñera, Urenda, etc. En especial, las opiniones de la Senadora Olga Feliú y del Senador Diez fueron bastante fundamentadas para sostener que era conveniente mantener las decisiones privativas del SII.

Al respecto, la Senadora Feliú, en su intervención en la Sala el 3 de junio de 1997, al tratarse el tema de la investigación por otros órganos administrativos, sostuvo textualmente:

⁹ Ver nota 3 y actas de la sesión del Senado en que se aprobó el proyecto que modificó la Constitución Política en lo referente a la creación del nuevo Ministerio Público.

“El inciso expresa que es (el Ministerio Público) el organismo al cual le corresponde dirigir, en forma exclusiva, la investigación. En consecuencia, ninguna ley podrá establecer lo contrario. Al respecto, hago presente al Senado que, sobre la base del tenor literal de la norma, tan pronto se publique esta reforma constitucional se entenderán derogadas las actuales facultades de que disponen tribunales como los de Impuestos Internos, Tesorería General de la República, y los tribunales antimonopolios, por cuanto, conforme al tenor literal del referido precepto, solo corresponde a dicho organismo, en forma exclusiva, dirigir la investigación”.

“(Por el contrario), la enmienda apunta a suprimir la expresión “en forma exclusiva”. Será exclusiva según lo determine la ley y será ésta la que conservará la competencia de esos tribunales. Por lo tanto, dejemos esa materia al legislador, por cuanto si lo establece la Constitución se tenderá a derogar tales normas”.

En otra parte de sus intervenciones en la Sala del Senado, la Senadora Feliú insistió en su idea de mantener las atribuciones del SII en materia de delitos tributarios, no obstante la exclusividad de la investigación del Ministerio Público, expresando textualmente:

“En lo tocante a la exclusividad, creo que debemos actuar con sentido práctico. Hasta hoy, en los estudios que se practicaron no se ha examinado lo referente a todas las justicias especiales, por llamarlas de alguna forma”.

“En una perspectiva histórica de lo que es el ideal del sistema, estoy completamente de acuerdo con que lleguemos a ese ideal: que no haya jueces administrativos, porque no debe haberlos, y que solo investigue el Ministerio Público. ¡Pero actuemos con algún sentido práctico! Estamos hablando de un país donde los jueces del crimen no disponen de vehículo; en que los tribunales muchas veces carecen de servicios higiénicos. Frente a esa realidad de hoy día, decimos que queremos un Ministerio Público fantástico. Las investigaciones que hoy está practicando el Servicio de Impuestos Internos (pueden merecer todas las críticas que se quiera, pero actualmente se realizan verdaderamente por ese servicio) van a desaparecer mañana. Eso tendrá que desaparecer solo el día en que haya medios materiales con que dotar al Ministerio Público fantástico en que estamos pensando y de todos los elementos para llevar a efecto las investigaciones de los crímenes y simples delitos que señala el Código penal, más todos los de las leyes especiales, que son muchísimos y sobre los cuales todavía nadie ha hecho siquiera algún catastro. Y esas normas van a entenderse tácitamente derogadas una vez aprobada esta disposición, porque ella entrega en forma exclusiva la facultad de dirigir la investigación. Si mañana podemos crear un Ministerio Público que lo “tome” todo, excelente. Pero si no es posible hacerlo, vayamos primero al juicio criminal propiamente tal, reglado en los términos del Código de Procedimiento Penal, y después continuemos con lo restante”.

Por su parte, el Senador Diez compartió la posición de la Senadora Feliú y fue aún más categórico en la exposición de sus ideas. Al respecto, el Senador Diez discrepaba del término “exclusivo” porque entendía que esta era una materia que podía regularse mediante una ley orgánica constitucional y sintetizó su opinión de la manera siguiente:

“El hecho de borrar la palabra ‘exclusiva’ da libertad a la ley para que la ley de quórum calificado disponga sobre la materia. De manera que los mismos parlamentarios, que estamos aprobando la reforma, podemos en la ley determinar la investigación; de lo contrario, se producirán absurdos. El Tribunal Constitucional señalará que la Carta Fundamental emplea el término “exclusivo”. ¿Qué significa “exclusivo”? ‘El’ y solo ‘él’. Por lo tanto, en la investigación de hechos punibles, el señor Director del Servicio de Impuestos Internos deberá dirigirse al Fiscal; el señor Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras tendrá que hacer lo mismo; el señor Director de Tránsito también, etc.”

“Esto es algo absurdo. Todos estamos de acuerdo en que la acción penal pública la ejerza el Fiscal, en que éste investigue. Pero ninguno de nosotros quiere renunciar al hecho de que existan y pueda haber leyes especiales que nos permitan encargar la investigación a otras personas, como los investigadores de delitos tributarios que se desempeñan en Impuestos Internos. Lo demás es centralizar la investigación, hacerla inoperante. No estamos dictando una normativa para un país inexistente y que recién se fundó, sino para una nación que existe, con directores nacionales, regionales –siguiendo el ejemplo de Impuestos Internos-, que ha funcionado y que continúa haciéndolo, y que tiene eficiencia en el control tributario. Ello quedará dudoso cuando entre en vigencia la ley en proyecto, y cualquiera podrá sostener la inaplicabilidad de las otras normativas ante la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, conforme al control de constitucionalidad –porque todas éstas son leyes orgánicas constitucionales, y señalar: “La Carta Fundamental dice ‘exclusivo’, por lo tanto, no se puede designar ningún otro órgano distinto del Fiscal para investigar”.

En conclusión y al no prosperar la posición minoritaria de los Senadores Diez, Feliú y otros, en el sentido de disminuir la potestad “exclusiva” del Ministerio Público, la consecuencia es que con la reforma constitucional quedó derogada tácitamente la facultad exclusiva del Director del SII para decidir en forma autónoma cuándo se iniciaba una investigación penal por un posible delito tributario, sin perjuicio que, a diferencia del Ministerio Público que tiene autonomía constitucional, el Director del SII es un funcionario que depende exclusivamente del Poder Ejecutivo¹⁰.

La única limitación de carácter constitucional respecto de la exclusiva potestad del Ministerio Público para investigar por sí mismo, fue la relativa a la jurisdicción por delitos militares que se estableció en la misma reforma de la ley 19.519, en el inciso 3° del actual Art. 83 de la Constitución. Esta disposición confirma la tesis del legislador constitucional en el sentido de que no era posible mediante una ley limitar los poderes exclusivos del Ministerio Público en materia de investigación penal.

Estas consideraciones volverán a ser ponderadas cuando se estudie la ley N° 19.806, Orgánica Constitucional, que adecua el resto de la legislación procesal penal a las nuevas disposiciones constitucionales referidas al Ministerio Público en la ley 19.519.

¹⁰ El Director del Servicio de Impuestos Internos es un funcionario nombrado por el Presidente de la República, siendo de su exclusiva confianza, según lo establece el artículo 6° del DFL N° 7 de 1980, incluidas todas sus modificaciones.

Para terminar este capítulo nos referiremos tangencialmente al difícil tema de la aplicación gradual de la reforma procesal penal que, como es sabido, empezó a regir solo en dos regiones del país a contar del 15 de diciembre del año 2000 y en los años siguientes fue entrando en vigencia en el resto de las regiones hasta completar la Región Metropolitana en el mes de junio del año 2005, pero siempre en la óptica de que esta se aplicaba a las causas nuevas que se iniciaban después de la puesta en vigencia de la reforma.

Si bien en el año 2002 se dictó la ley adecuadora N° 19.806, no es menos cierto que las numerosas adecuaciones solo pudieron aplicarse a los procesos penales que se iniciaban paulatinamente en el país, pudiendo perfectamente darse la situación de procesos antiguos que han durado hasta ahora, rigiéndose por las normas constitucionales y sustantivas que regían a la época de su iniciación.

Esto tiene relevancia en cuanto a los procesos por delitos tributarios, en que pudieran existir procesos antiguos regidos por la normativa anterior del Código de Procedimiento Penal y del Código Tributario antes de las modificaciones de las leyes 19.519, 19.640 y 19.806, mediante las cuales pudo funcionar el nuevo Ministerio Público y el sistema procesal penal reformado. Así se explica que el Tribunal Constitucional en el año 2011 haya acogido un recurso de inaplicabilidad en contra de la norma legal del Art. 163 letra e) del Código Tributario, que había sido derogado por la ley adecuadora N° 19.806 del año 2002¹¹.

Por nuestra parte solo nos referiremos en el capítulo siguiente a la situación de los procesos regidos por la nueva normativa constitucional y procesal penal.

IV. La ley orgánica del Ministerio Público N° 19.640, publicada el 15 de octubre de 1999 y el nuevo Código Procesal Penal aprobado por la ley 19.696, con fecha 12 de octubre del 2000.

Antes de ser aprobada la llamada ley adecuadora del sistema legal chileno al nuevo proceso penal y al nuevo Ministerio Público, se dictaron dos leyes que son de suma importancia en la materia principal de este trabajo, cual es si se mantiene el sistema del artículo 162 del Código Tributario que le otorga al Director del Servicio la exclusividad en la iniciación de una investigación por delitos tributarios, mediante querrela o denuncia.

El estudio del nuevo Código Procesal Penal no hace más que confirmar los conceptos constitucionales básicos definidos en el actual Art. 83 de la Constitución Política en cuanto le otorga al nuevo Ministerio Público la exclusividad de la dirección de la investigación de un delito y es más, no contiene ninguna referencia al procedimiento de investigación de delitos tributarios a que se refieren los Arts. 161 a 164 del Código Tributario.

¹¹ Ver nota 1.

En cuanto al nuevo Ministerio Público, el artículo 1° de la ley 19.640 confirma total y absolutamente el contenido del actual artículo 83 de la Constitución Política, en cuanto a que esta nueva entidad que es un órgano autónomo y jerarquizado tiene por misión principal la dirección en forma exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito.

Desde el punto de vista de estos últimos cuerpos legales y en consonancia con la Constitución Política reformada, no cabe duda de que antes de que se aprobara la ley adecuadora en el año 2002, no procedía ninguna investigación de los delitos tributarios por una entidad que no fuera el Ministerio Público, en el entendido de que estaba vigente la reforma procesal en la respectiva región del país.

El nuevo Código Procesal Penal mantiene la clasificación de los delitos en los de acción penal pública, de acción privada y los delitos de acción pública previa instancia particular. El Ministerio Público solo tiene la dirección exclusiva de la investigación de los delitos de acción pública y se ha entendido sin dudas, que los delitos de acción privada no son del resorte del Ministerio Público. En cuanto a los delitos de acción penal pública, previa instancia particular, el nuevo Código Procesal establece también que la investigación del Ministerio Público comienza cuando exista a lo menos una denuncia del ofendido a la justicia, al Ministerio Público o a la policía, numerándose en el Art. 54 del C.P.P. los delitos que reúnen tales características.

El delito tributario es por naturaleza un delito de acción pública, al igual que los delitos de fraude al Fisco, cohecho, malversación, falsificación documentaria, etc., en que el ofendido es la sociedad entera y jamás un particular. El Director del SII, cuando ha ejercido la función de querellarse o de denunciar un delito tributario, actúa en la esfera del Derecho Público y de ello responde ante los Poderes del Estado (Presidente de la República, Congreso Nacional, etc.).

En el período transcurrido entre la dictación de la ley 19.519 que modificó la Constitución Política, la ley 19.640 orgánica constitucional del Ministerio Público y la ley 19.696 que estableció un nuevo Código Procesal Penal, transcurre un plazo de algunos años hasta que se dicta la ley adecuadora N° 19.806 en el mes de mayo del año 2002, existió en los medios jurídicos una gran incertidumbre y hasta confusión sobre la gradualidad de la reforma.

En efecto, se discutía si el nuevo Código Procesal Penal era o no una ley orgánica que debió haberse consultado con el Tribunal Constitucional y consecuencias de esta omisión. Aún más, algunos sostenían que era suficiente este nuevo Código para entender derogadas muchas disposiciones del sistema legal chileno que se oponían al contenido de la reforma procesal penal ya aprobada en las leyes 19.519 y 19.696. En un foro efectuado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, en el año 2001, se sostuvo por algunos Profesores que siendo muchas disposiciones del nuevo Código Procesal Penal, leyes orgánicas constitucionales, debió haberse enviado previamente

al Tribunal Constitucional para su aprobación, cuestionándose su eficacia jurídica por tal omisión¹².

En el intertanto, se estaba tramitando sin prisa, en la Cámara de Diputados, la llamada ley adecuatoria desde el mes de agosto de 1998, cuyo proyecto del Ejecutivo era muy insuficiente. Esto se debía a que el equipo jurídico del Ministerio de Justicia tenía la concepción bastante errada que era suficiente la dictación del Código Procesal Penal para que se entendieran derogadas todas las normas del sistema legal chileno que fueran incompatibles con el nuevo sistema procesal y esto hacía que la ley adecuatoria no tuviera mayor urgencia. Es así que la Cámara de Diputados aprobó en primer trámite constitucional el proyecto de ley adecuatoria, en el mes de enero del año 1999, con muy pocas disposiciones legales que se adecuaban.

En el segundo trámite constitucional en el Senado, se activó el proyecto porque al contrario de lo que pensaba el equipo jurídico del Ministerio de Justicia, las adecuaciones del sistema legal chileno eran necesarias y urgentes¹³.

Es así como el proyecto de ley adecuatoria fue tramitado con urgencia en el Senado y posteriormente se convirtió en la ley 19.806, adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, en el mes de mayo del año 2002.

La aplicación de la ley 19.806 no fue fácil porque a la complejidad de la materia y a las distintas opiniones de los expertos, se unía el problema de la entrada gradual en vigencia del nuevo sistema procesal penal.

Por esta razón, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, mediante numerosos oficios, interpretó los cambios legales para guiar la acción de los fiscales que ya estaban actuando en algunas regiones del país, vale decir en la IV, IX, II, III y VII¹⁴.

¹² En la Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Vol. 64, aparecen los trabajos expuestos en dicho foro y que son los siguientes: "La adecuación entre las normas constitucionales y el nuevo sistema procesal penal" del Profesor Guillermo Piedrabuena Richard; "Normas de la Reforma Procesal Penal propias de la ley orgánica constitucional", del Profesor Cristián Maturana; "Eficacia de las normas constitucionales frente a la reforma procesal penal", del Profesor Emilio Pfeffer; "Vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el país", del Profesor Emilio Pfeffer; "Vigencia inmediata del nuevo Código Procesal Penal en todo el país", del Profesor Raúl Tavolari; "Prisión preventiva y libertad provisional", del profesor Cristián Maturana.

¹³ Fue muy importante la contribución y decisión del Presidente de la Comisión de Legislación del Senado, Senador Sergio Diez, a quien convencí como Fiscal Nacional de que el proyecto aprobado por la Cámara era muy insuficiente y que era urgente legislar sobre la materia. El asesor principal del proyecto, abogado Rafael Blanco no veía que fuera necesario ninguna urgencia de este proyecto porque el nuevo Código Procesal Penal derogaba todas las normas de la legislación que se le oponían, lo que fue refutado por el Profesor Jorge Boffil quien insistió que esto era un error y que había que completar el proyecto de las leyes adecuatorias. Como detalle anecdótico puedo recordar que textualmente el Senador Diez expresó que esta situación ameritaba "hacer la pega" que no había hecho la Cámara y al poco tiempo se recibió un oficio del Ejecutivo con numerosas indicaciones con modificaciones a leyes que no se habían incluido en el proyecto de la Cámara.

¹⁴ PIEDRABUENA (2002)

V. La ley adecuadora N° 19.806 y el cambio de criterio respecto de la iniciación del proceso por delitos tributarios por decisión exclusiva del Director del SII.

Cabe señalar, en primer término, que los representantes del Ejecutivo expresaron durante la tramitación de la ley 19.806 que no se había presentado ninguna iniciativa sobre la adecuación del Código Tributario ya que estimaban que no era necesario por cuanto la Constitución primaba sobre el Código Tributario, y además porque habían tenido varias reuniones con los directivos del SII, sin llegar a ninguna solución o acuerdo al respecto.

En la Cámara de Diputados, en primer trámite, el tema no es analizado porque en el proyecto no se incluía ninguna disposición especial relativa al Código Tributario, sin perjuicio de que los representantes del Ejecutivo no consideraban necesaria la inclusión de este tema en el proyecto.

Sin embargo, en el segundo trámite constitucional en el Senado, a cuya Comisión de Legislación concurrieron el Director del SII Sr. Javier Etcheberry y el Director Jurídico del Servicio, Sr. Bernardo Lara, apoyados por el Presidente de la Comisión, Senador Sergio Diez, ya no estaban los Senadores Otero y otros que habían aprobado la reforma constitucional de la ley 19.519 que creaba el nuevo Ministerio Público, convencieron a la Comisión que era indispensable mantener el sistema que le entregaba al Director del SII la iniciativa exclusiva para denunciar o querellarse por los delitos tributarios.

Es importante, para la historia de la ley, reproducir algunas de las intervenciones de las que se dejó constancia en el informe de la Comisión, en segundo trámite constitucional, alguna de las cuales se hace un resumen.

Al respecto, el asesor del Ministerio de Justicia, Sr. Rafael Blanco justificó la ausencia de una disposición para adecuar el Código Tributario, por la naturaleza contenciosa administrativa del procedimiento ante el SII (?), por lo que si se arrojaba la existencia de un ilícito, había que ponerlo en conocimiento necesariamente del fiscal, atendidas las atribuciones constitucionales del Ministerio Público.

“El señor Director del Servicio de Impuestos Internos, don Javier Etcheberry, señaló que el tema de las funciones institucionales del Servicio de Impuestos Internos de acuerdo a las nuevas reglas procesales penales resulta complejo, ya que producto de la fiscalización y de la necesidad de asegurar que las personas paguen sus impuestos, anualmente se detectan más de diez mil situaciones que podrían llevar a querellas por delito tributario. Hay muchas facturas falsas, y contribuyentes que reiteradamente utilizan dichos documentos”.

“Puntualizó que este es un procedimiento que se ha aplicado desde el año 1960, y que ha permitido que de los diez mil casos de delitos tributarios detectados al año, solamente se presenten alrededor de cien o ciento cincuenta querellas anuales. Lo anterior demuestra que hay un procedimiento que funciona adecuadamente, en virtud del cual los casos más graves se llevan a los tribunales de justicia a través de una querrela. En ese sentido, y de acuerdo a esta realidad, manifestó su preocupación que a partir de la regulación

constitucional, el Servicio pierda muchas de las facultades contempladas en el Código Tributario en estas materias”.

“En ese sentido, una de las disposiciones del proyecto que resulta especialmente relevante es la del artículo 3° transitorio, que se hace cargo de manera general de las posibles incompatibilidades que puedan existir entre el nuevo sistema procesal penal y las distintas legislaciones orgánicas existentes en el país. En efecto, como no se pudo adecuar las normas de Impuestos Internos a este cambio constitucional y legal, se optó por poner ese artículo, que dice que cualquier ley especial que hubiere otorgado a alguna autoridad facultades que, de acuerdo con la Constitución Política de la República, correspondieren al Ministerio Público, se entenderán referidas a este último, y deroga todas las normas procesales penales especiales no modificadas por esta ley en cuanto fueren incompatibles con el Código Procesal Penal”.

“Complementando las observaciones anteriores, el señor Subdirector Jurídico de Impuestos Internos, don Bernardo Lara, manifestó que desde el año 1997, aproximadamente, el Servicio estudió con el Ministerio de Justicia la regulación que se contendría en este proyecto de ley. Después de múltiples reuniones, no llegamos a un acuerdo, y es así como, en las sesiones 37, 38, 39 y 40 de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se trató el tema. En dichas sesiones, los asesores del Ministerio de Justicia señalaron expresamente que el tema iba a quedar entregado a una ley posterior, diferente de este proyecto de ley, o a la jurisprudencia que emanase de los tribunales superiores, cuando se empezara a cuestionar por los privados las facultades del Servicio de Impuestos Internos, en orden a investigar las irregularidades que se derivan de las declaraciones impositivas realizadas por los contribuyentes, y que pueden ser constitutivas de delitos comunes o, potencialmente, de delitos tributarios”.

Enfatizó que el Servicio considera negativa la inseguridad jurídica que significaría la existencia de una definición en esta materia, en el sentido de que no habría certeza si están regulados por las normas generales del Código Procesal Penal, o por el Código Tributario, temas como las facultades del Servicio relativas al acopio de antecedentes que podrían ser presentados al Ministerio Público, o a las normas procesales penales que cita el Código Tributario, por ejemplo, los artículos 162 y 163, que modifican una serie de regulaciones del juicio ordinario criminal que se verían afectadas”.

“Sobre el particular, el H. Senador Enrique Silva Cimma señaló que la esencia de este problema deriva de la aplicación del artículo 80 A de la Constitución Política, norma que debe ser interpretada de acuerdo con la sana razón. Sobre el particular, estimó que la práctica demuestra que necesariamente organismos de esta naturaleza, típica y exclusivamente fiscalizadores, tienen el deber de analizar a fondo los antecedentes, antes de que se determinen o se llegue hipotéticamente a la conclusión de que los hechos son constitutivos de delitos. Para eso, deben realizar una investigación amplísima en el campo administrativo fiscalizador y que es fundamental, porque de otra manera dejarían de cumplir el sentido genuino que determina la justificación y la existencia de las instituciones”.

“Advirtió que, si dicha disposición constitucional es interpretada en un sentido de excesiva amplitud, se llegaría a la conclusión que sería inútil la gestión del Servicio de Impuestos Internos, lo que obviamente no corresponde ni a la lógica de la Constitución Política ni a este proyecto de ley”.

“Finalmente, el señor Director de Impuestos Internos subrayó que esta nueva legislación afectaría no solo la etapa previa de investigación del delito tributario sino que su procesamiento posterior, ya que el Código Tributario contempla reglas especiales que, en la medida que no se adecuen al nuevo procedimiento penal, ocasionarían un gran debate jurídico en los tribunales superiores”.

“La Comisión se manifestó conteste en la necesidad de efectuar las adecuaciones a la legislación que regula el funcionamiento del Servicio de Impuestos Internos, para lo cual se le encomendó a los representantes del Ministerio de Justicia y de ese Servicio que efectuasen las proposiciones correspondientes. Sobre la base de dichas propuestas, la Comisión realizó el debate, cuyas conclusiones fueron recogidas en la indicación que presentó S.E. el Presidente de la República para modificar el Código Tributario y la Ley Orgánica del Servicio de impuestos Internos, las que fueron aprobadas solo con modificaciones de forma”¹⁵.

Como producto de estas consideraciones que fueron posteriormente aceptadas en la sala del Senado, fueron aprobadas modificaciones a los artículos 35, 60, 62, 72, 86, 95, 105, 112, 161, 162, 163 y 196 del Código Tributario y al Art. 7º de la ley orgánica del Servicio de Impuestos Internos, enmiendas que fueron aprobadas por los Senadores Aburto, Díez, Fernández, Silva y Viera Gallo.

En reciente publicación, el Subdirector jurídico del SII, Bernardo Lara, insiste que son perfectamente constitucionales las atribuciones del Director del SII para decidir, por sí mismo, si se inicia o no una investigación penal por delitos tributarios y entre los argumentos que da se encuentra la consideración de que la ley 19.806, adecuatoria, mantuvo la antigua atribución del Director del SII en tal sentido y dado que el Tribunal Constitucional revisó la constitucionalidad de esta ley, ya no podría haber ninguna objeción al respecto¹⁶.

Si bien es efectivo que el Tribunal Constitucional por sentencia del 30 de abril del 2002, rol N° 349.04-002, aprobó sin reparos constitucionales la modificación del artículo 162 del Código Tributario, en el proyecto de ley adecuatoria, no es menos cierto que ello corresponde a la facultad que tiene dicho tribunal para apreciar “en abstracto” una posible inconstitucionalidad, pero ello no es óbice para que el mismo tribunal apreciando la aplicación de la norma “en concreto” y en el caso particular pueda ejercer su atribución de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. Esta es la doctrina de numerosos fallos del Tribunal Constitucional que está aceptada por la doctrina y la cátedra y que se basa en gran medida en las opiniones del tratadista Alejandro Silva Bascuñán¹⁷. Es decir, la

¹⁵ Ver Primer Informe Comisión Constitución del Senado sobre proyecto de leyes adecuatorias.

¹⁶ Ver diario La Tercera del 12 de diciembre del 2015, en un artículo que se titula “La doctrina histórica del SII en la persecución del delito tributario”.

¹⁷ SILVA (2003), pp. 178 - 184. Además, ver MOSQUERA y MATURANA (2013), pp. 496 y 497, en que se remiten a las opiniones de Juan Colombo y a la jurisprudencia del T.C. que se citan que permiten diferenciar el control abstracto

sentencia del Tribunal Constitucional que aprueba preventivamente la constitucionalidad de un proyecto de ley, no produce efecto ni autoridad de cosa juzgada en un conflicto posterior por no concurrir la triple identidad de personas, objeto y causa.

Por consiguiente, estimamos que la opinión del Subdirector Jurídico del SII es errónea y no constituye una prueba en el sentido de que no puede haber impugnación del Art. 162 del Código Tributario por impedirlo la sentencia previa del Tribunal Constitucional dictada con anterioridad a la promulgación de la ley adecuatoria.

Anteriormente en este trabajo ya se ha hecho referencia a las modificaciones a los artículos 86, 95 y 163 del Código Tributario entre otras, que importan aclarar que el SII no actúa como tribunal en las recopilaciones de antecedentes que se efectúan administrativamente por los fiscalizadores del SII.

En cuanto al nuevo Art. 162 del C.T., su inciso 1° reproduce la norma anterior sobre exclusividad de las funciones que tiene el Director del SII para promover una investigación de un delito tributario, sin que ninguna otra autoridad pueda generar una investigación de esta naturaleza sin la iniciativa del Director del SII.

Ahora bien, el Art. 162 en sus restantes incisos establece modificaciones procesales en materia de los acuerdos reparatorios en cuanto se exige que en el citado acuerdo no se pueda contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado, reajustes e intereses.

Sobre el particular, nuestra opinión es que esta última modificación que es bastante más estricta que la norma del Art. 241 del Código de Procedimiento Penal, no vulnera la Constitución Política porque no afecta el poder exclusivo de investigar delitos que consagra el Art. 83 al respecto si no que únicamente a la regulación procesal de las facultades de los fiscales en esta salida alternativa y si bien es recomendable que todas las variaciones del procedimiento penal se establezcan en el Código respectivo, no es menos cierto que una regulación separada en una ley especial no afecta ninguno de los atributos esenciales relativos a las facultades constitucionales de los fiscales.

El verdadero problema está en la pugna entre la exclusividad de la dirección de la investigación del Fiscal que consagra la Constitución y el poder absoluto del Director del SII, que no es un tribunal de la República, para permitir dar inicio a la investigación del Fiscal, materia sobre la cual existieron interpretaciones y consideraciones opuestas durante la reforma constitucional y durante la discusión de la ley adecuatoria 19.806 del año 2002.

Es menester además dar una opinión sobre los conflictos de atribuciones entre fiscales y el Director del SII y sobre las autoridades que puedan resolverlo, en caso de que se estime por un fiscal que prima la norma constitucional sobre la que se establece en el Código Tributario en su artículo 162 inciso 1°.

y preventivo y el control "en concreto" que revisa el TC conociendo de un recurso de inaplicabilidad.

VI. Conflicto entre la norma constitucional sobre facultades del nuevo Ministerio Público y la norma simplemente legal del Código Tributario que hace depender la investigación de un delito tributario a la superior decisión de un funcionario administrativo, cual es el Director del SII.

Es incuestionable que la oposición entre las normas analizadas, esto es entre el Art. 83 inc. 1° de la Constitución Política y el Art. 162 inciso 1° del C. Tributario, es absoluta e irreversible.

El delito tributario es una infracción penal de carácter especial tipificada en el Código Tributario, porque no todos los delitos están tipificados en el Código Penal sino que también hay infracciones penales que están contenidas en leyes especiales. Por su naturaleza tiene semejanzas con delitos de índole económica en que el Estado se ve afectado por maniobras de contribuyentes o de terceros para burlar los intereses fiscales. Es efectivo, que siendo una materia muy técnica, el SII está bastante calificado para hacer una averiguación administrativa de las ilicitudes tributarias, es decir su opinión y parecer son muy calificados y los fiscales podrían solicitar informes al SII sobre posibles ilicitudes tributarias.

Sin embargo, ello no puede significar que la especialización del Servicio de Impuestos Internos limite las facultades investigativas de órganos como el Ministerio Público, cuyo respaldo constitucional y doctrinario es perfectamente claro y amplio, gozando de autonomía constitucional.

Además, en tiempos de normalidad institucional, es poco frecuente que el organismo fiscalizador deje de presentar denuncias o querellas en casos importantes no obstante la decisión del Ministerio Público de iniciar una investigación por delitos tributarios, porque a ninguna conclusión puede llegar el SII sin la acción del órgano investigador oficial que está sujeto además a los controles de la jurisdicción, a través de las resoluciones del juez de garantía que protege los derechos de todos los intervinientes, en especial de los imputados. El SII no tiene facultad jurisdiccional alguna.

Sin duda, va contra la naturaleza y jerarquía de las instituciones que el órgano constitucional y oficial encargado de la investigación penal, pueda dejar de intervenir en la investigación de un delito tributario por decisión de un órgano administrativo estatal dependiente del Poder Ejecutivo.

Debe evitarse que en casos muy importantes que tienen repercusión política el Director del SII, funcionario de la exclusiva confianza del Poder Ejecutivo, se vea influido por circunstancias ajenas a los propósitos de la reforma procesal penal.

De otra parte, hay delitos económicos que pueden estar relacionados con los delitos tributarios, tales como el cohecho, el fraude al Fisco, las falsificaciones, etc. y bien puede

ocurrir que en el desarrollo de una investigación por un delito económico surja la necesidad de investigar también un posible delito tributario¹⁸.

En la ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado, se encuentran las facultades privativas de ese organismo para deducir la acción penal, tratándose de delitos que pudieren acarrear perjuicios económicos para el Fisco u organismos del Estado, según lo establece el Art. 3° N° 4 y 5 del DFL 1 de 1993 sobre la ley orgánica de este organismo, facultad que en ciertos casos es obligatoria para este organismo.

¿Qué sucedería si el Consejo ejerce esta facultad querrellándose ante los tribunales e iniciada la investigación del fiscal, llega este o el Consejo a la conclusión de que estos delitos están asociados o en concurso con los delitos tributarios respecto de los cuales el Director del SII no ha resuelto iniciar una acción penal?. Ciertamente, podría surgir un conflicto de atribuciones que debería ser resuelto por un órgano calificado y a este punto nos referiremos más adelante.

Dentro de este análisis es interesante destacar que la reforma de la ley adecuatoria al Art. 162 del Código Tributario, agregó en un inciso final que el Ministerio Público debe informar al SII de los antecedentes que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones por delitos comunes y que pudieren relacionarse con los delitos a que se refiere el inc. 1° y en caso contrario, esto es, si no se han proporcionado los antecedentes, el SII puede ocurrir ante el respectivo juez de garantía quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.

Es decir, por disposición de la ley adecuatoria el Director del SII aparece en una posición superior a la del organismo constitucional encargado de las investigaciones penales y estimamos que esta es una anomalía dentro de la jerarquía de funciones que cada institución tiene en la Constitución.

Sin embargo, esta referencia al juez de garantía que controla y asegura los derechos de los intervinientes en el proceso penal, hace pensar que este debería ser el organismo adecuado para resolver las diferencias entre el Director del SII y el Ministerio Público y/o el Consejo de Defensa del Estado, para resolver si puede iniciarse una investigación por delito tributario, pudiendo impugnarse sus resoluciones ante la Corte de Apelaciones respectiva, tal como ya ha sucedido en algunos casos.

En cambio, si es el Ministerio Público el que se niega a investigar, el propio Director del SII puede insistir y los delitos tributarios deben investigarse, recurriendo al juez de garantía para tal efecto porque así lo estableció la propia ley adecuatoria N° 19.806, en uno de los incisos finales del Art. 162 del C. Tributario. Es decir, la regla cambia cuando es el Director del SII el que insista en una investigación que el Ministerio Público no quiere realizar. ¿Se está cumpliendo la Constitución Política al estimarse que un organismo

¹⁸ Sobre el posible concurso de delitos, sería oportuno conocer la opinión de la doctrina penal sobre si puede existir tal concurso con los delitos tributarios porque si ello es posible la unificación de las investigaciones sería imprescindible, no pudiendo el Director del SII resolver sobre la iniciación de una investigación de uno solo de los delitos materia de un concurso penal.

administrativo tenga funciones de tutela jurídica sobre el Ministerio Público encargado de la investigación penal?. ¿No se está afectando la autonomía constitucional de este órgano cuando se le ordena investigar un delito tributario por un juez, a instancias de un órgano administrativo?.

De otra parte, es de sumo interés conocer la reciente opinión de la Corte Suprema informando un proyecto de ley sobre fortalecimiento y transparencia de la democracia, solicitada por el Presidente de la Comisión Especial encargada de los proyectos relativos a la probidad y transparencia del Senado¹⁹. En la parte pertinente y opinando sobre las disposiciones de los artículos 27 bis y 27 ter del proyecto de ley, que se refieren a la investigación penal de los delitos allí mencionados que deben necesariamente iniciarse por “denuncia o querrela del Servicio Electoral”, la Corte Suprema opinó lo siguiente:

“**Octavo:** Que la anotada restricción al inicio de la investigación penal resulta especialmente cuestionable, e impacta de modo crítico en las facultades de tribunales penales y del Ministerio Público. En efecto, la estrategia legislativa de restringir el inicio del proceso penal a la decisión discrecional de un órgano público de composición eminentemente política, no hace otra cosa que evitar la investigación o dejarla supeditada a una evaluación política, que se une a otras determinaciones de ponderación subjetiva de las autoridades, como es la gravedad de las conductas que revisten carácter de ilicitud” (el subrayado es nuestro).

“Puede ser razonable la restricción del legitimado activo para denunciar determinados ilícitos penales en motivos especialmente técnicos, que, además, se refieren a la protección de bienes jurídicos complejos, y en los que subyace una decisión administrativa discrecional que se explica en un interés general subyacente del Estado. Así es, por lo demás, en los delitos tributarios, y en la Ley de Seguridad Interior del Estado. Este interés general, en este caso lo representa la inquietud de toda persona de nuestro país o de los ciudadanos, que buscan el perfeccionamiento en el funcionamiento de nuestra democracia. De esta forma se está dando un paso para frenar efectivamente la corrupción. De lo contrario, dada la redacción de la norma, los tribunales con competencia criminal estarán obligados por ley a declarar inadmisibles todas las denuncias por hipótesis graves de financiamiento ilegal de campañas o partidos políticos (27 bis inc. primero), administración desleal de dineros electorales (27 bis inciso final), y/o la divulgación de antecedentes falsos por parte de un administrador electoral o de fondos de un partido político (27 ter), cuando ellas no han sido precedidas por una denuncia o querrela del Servicio Electoral. Como siempre, será la determinación de los tribunales la cuestionada por la opinión pública, por ello esta Corte Suprema, deja expresado su parecer por esta determinación y la estrategia del proyecto²⁰;”

¹⁹ Se trata del informe del proyecto de ley 46-2015 y el oficio de la Corte Suprema es el N° 132-2015 de 2 de diciembre de este año, que salió publicado en el diario El Mercurio.

²⁰ Compartimos el parecer de la Corte Suprema porque no tiene por qué limitarse la potestad constitucional del Ministerio Público para conocer de posibles delitos electorales. En un parecer similar, la Corte (Oficio 52-2015, habría informado desfavorablemente el proyecto que modifica el sistema de libre competencia limitando la acción de

En conclusión, nuestra opinión jurídica es que el Ministerio Público no puede quedar limitado a iniciar una investigación por un delito tributario, por la decisión de un órgano administrativo, no obstante la especialidad y la preparación del SII en materia tributaria. De lo contrario, la Fiscalía está subordinada a lo dispuesto en el Art. 162 inciso 6° del Código Tributario, limitándose a informar al SII para que tome conocimiento de posibles delitos tributarios que el Ministerio Público considera que pueden haberse cometido cuando conoce de una investigación por delitos comunes, pero este procedimiento informativo no se aviene con el artículo 83 de la Constitución Política que le entrega al Ministerio Público la atribución exclusiva de dirigir la investigación penal. Incluso más, se ha pretendido que una investigación por delito tributario iniciada por querrela del SII solo puede producir efecto respecto de las personas nominativamente señaladas en la querrela.

VII. Órgano encargado de resolver las discrepancias entre el Ministerio Público y el Director del SII en cuanto a la decisión de iniciar una investigación penal por delitos tributarios.

Desde luego esta situación no cabe dentro de la tradicional contienda entre tribunales a que se refieren los Arts. 190 y 191 del C.O.T., en atención a que ninguna de las entidades en referencia es un órgano judicial.

Tampoco le corresponde intervenir en una contienda de atribuciones como la señalada, a la Contraloría General de la República porque el artículo 71 de la ley 19.640, orgánica del Ministerio Público, establece que no se le aplicarán las disposiciones legales que rigen la acción de la Contraloría General de la República, salvo en aquellas materias en que la ley expresamente requiere la intervención del organismo contralor, entre las cuales no se encuentra ninguna referencia a un conflicto de atribuciones entre el Ministerio Público y el Director del SII.

En cuanto a una posible intervención del Tribunal Constitucional, tampoco le correspondería a este organismo resolver una posible contienda de competencia entre el Ministerio Público y el SII, por cuanto dicho tribunal solo es competente para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no corresponden al Senado, según lo establece el Art. 93 N° 12 de la Constitución Política. En atención a que el Ministerio Público no es un tribunal de justicia y su controversia se da con otro organismo administrativo del Estado, no se daría el supuesto anterior.

En cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de una petición de inaplicabilidad respecto del artículo 162 inciso 1° del Código Tributario por contravenir lo dispuesto en el artículo 83 inciso 1° de la Constitución Política, respecto a la decisión

dicho Ministerio (La Segunda, 12.01.2016). Esta tendencia de restringir las potestades investigatorias del Ministerio Público se está extendiendo a otras materias, vulnerando los principios de la reforma procesal penal.

negativa del Director del SII que pudiera afectar la potestad investigativa del Ministerio Público, tendría que existir una gestión ante un tribunal ordinario o especial en que pudiera ser aplicable la disposición del artículo 162 inciso 1° del Código Tributario, requisito respecto del cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido estricta y severa. Sin embargo, teóricamente existe esa posibilidad pero es difícil que en un caso concreto pueda surgir una controversia en torno a la posible inconstitucionalidad de la norma citada del Código Tributario.

Entonces, ¿no habría órgano alguno para resolver el conflicto de atribuciones entre el Ministerio Público y el Director del SII?.

Anteriormente nos hemos referido a la posibilidad de declarar inaplicable el Art. 162 inciso 1° del C. Tributario, si existe un juicio o gestión en que pudiera ser decisiva la aplicación de dicho precepto legal y se estimare que en el caso concreto la inaplicabilidad es procedente para salvaguardar derechos o facultades constitucionales.

Antiguamente los tribunales estimaban que si no había una declaración de inaplicabilidad del precepto legal, este debía ser aplicado aunque fuere contrario a la Constitución Política. Sin embargo, gran parte de la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido que las leyes deben ser interpretadas en un contexto constitucional y dentro de esta interpretación finalista, podría resolverse el conflicto de la manera que sea más adecuada al sentido constitucional que debe primar en la interpretación de las leyes. Pero, este es un tema que debe ser tratado en profundidad con citas jurisprudenciales, lo que excede los límites de este trabajo.

Estimamos que la posible solución hay que buscarla en las propias normas del nuevo Código Procesal Penal, pudiendo solicitar el Ministerio Público al juez de garantía que está conociendo de una investigación por delitos tributarios y para asegurar su derecho como interviniente que intenta respetar su potestad constitucional en las investigaciones penales.

En tal caso, si el Ministerio Público decide iniciar una investigación penal, el órgano que debe conocer de las incidencias en cuanto a la legalidad de su procedimiento, sea en las formalizaciones sea en la admisión de las posibles querellas, es el juez de garantía en virtud de las facultades que le otorgan los artículos 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales y los artículos 3°, 12, 77, 111, 115, 166 y otros del Código Procesal Penal.

Esta es una materia novedosa, pero ya hay algunos precedentes en que los juzgados de garantía y en su caso la Corte de Apelaciones de Santiago, han resuelto implícitamente el tema dando curso a las formalizaciones solicitadas por el fiscal por delitos tributarios, rechazando la oposición del imputado que se apoyaba en la decisión del Director del SII de no querellarse.

Recientemente se han conocido algunos casos que han sido resueltos en favor de la tesis de la potestad exclusiva del Ministerio Público, los que pasamos a indicar en siguiente apartado.

VIII. Jurisprudencia.

El problema recién se está presentando por cuanto algunos fiscales han considerado que es posible formalizar a determinados imputados, en los casos en que la investigación a su cargo arroja antecedentes que justifican la investigación por un delito tributario y su posición ha sido respaldada por los primeros fallos de los tribunales.

Sin embargo, la Fiscalía Nacional ha expresado en declaraciones que sería suficiente poner los antecedentes en conocimiento del Director del SII para que este ejercite sus facultades de presentar querellas o denuncias, si lo estima conveniente, pero no puede entenderse que ello importe dar instrucciones particulares a los fiscales porque la ley no lo permite (Art. 17 letra a) de la Ley 19.640).

A continuación, daremos a conocer los primeros fallos que respaldaron la posición de los fiscales para formalizar a imputados por delitos tributarios que no estaban siendo objeto de una querella específica del SII.

En primer lugar, tenemos un fallo reciente, en los autos rol 2221-2015 en que la Corte de Apelaciones de Santiago, revoca una sentencia del juez de garantía que se negó a efectuar una audiencia de formalización por delitos tributarios al no existir un requerimiento explícito del Director del Servicio de Impuestos Internos. El fallo expresa lo siguiente:

“Santiago, veintiséis de agosto de dos mil quince. Vistos: Se reproduce la resolución en alzada, de veintisiete de julio del presente año, dictada por el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago con excepción de sus párrafos 5° al 9°, (según texto obtenido del sistema SIAG). Y teniendo en su lugar y, además, presente: En cuanto a la audiencia de formalización Primero: Que, el Ministerio Público es un órgano autónomo de rango constitucional de conformidad al Capítulo VII, (artículos 83 a 91) de la Constitución Política de la República, que “...dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y en su caso, ejercerá la acción penal en la forma prevista por la ley...”. Explicitación de lo cual es su Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, en especial, su Título I. Segundo: Que, la “Formalización de la Investigación”, de conformidad al artículo 229 del Código Procesal Penal, es la “...comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra, respecto de uno o más delitos determinados...” Tercero: Que, en complemento con dicho precepto, la Excma. Corte Suprema, en Acta N° 79 de 10 de enero de 2001, sostuvo que la formalización es la comunicación a que se refiere el artículo 229 del Código precedentemente citado, en que “ese magistrado (de Garantía) no tiene ni debe emitir pronunciamiento sobre ella...”. Cuarto: Que, asimismo, el Tribunal Constitucional, en fallo de 7 de enero de 2014, en rol N° 2510-2013, sostuvo que “...la intervención del juez de garantía (en la formalización) solo asegura al imputado el ejercicio de los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico y no altera la competencia privativa del Ministerio Público para dirigir y dar curso a la investigación. Por lo demás, como ha señalado la jurisprudencia de este Tribunal, “la formalización es un instituto

cuyos alcances se originan y justifican a partir de lo dispuesto en el artículo 83, inciso primero” de la Constitución y la “labor de comunicar y determinar la oportunidad de la formalización es una consecuencia de lo anterior...” (Considerando trigésimo cuarto).

Quinto: Que, congruente con lo precedentemente relacionado, en la respectiva audiencia de formalización, citada al efecto, existe la posibilidad que los intervinientes planteen las peticiones que estimen apropiadas para sus respectivas teorías del caso, sobre las cuales el juez de garantía abrirá debate y deberá resolver en ese acto, conforme lo previene el artículo 232 del Código Procesal Penal, por lo que no es posible emitir pronunciamiento alguno antes de su realización –salvo el relativo a su convocatoria- e impedir que se materializara el día señalado al efecto, aunque sea de manera parcial.

Sexto: Que, cabe recordar que las nulidades procesales son procedentes cuando ocasione a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad; aquellas se presumen cuando algún hecho o resolución atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes o bien cuando “la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República o en las demás leyes de la República” (presunción de derecho), conforme lo estatuyen los artículos 159 y 160 del Código del ramo, cuyo no es el caso de autos.

Séptimo: Que, no puede afectar la materialización de la audiencia de formalización todas las alegaciones efectuadas por la defensa del señor relativas a la naturaleza jurídica de las boletas de honorarios, si están o no comprendidas en la figura penal del artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario; y si habría o no autorización del órgano respectivo para accionar en sede penal, toda vez que el artículo 164 del Código Procesal Penal permite al acusado en la audiencia de preparación de juicio oral (etapa intermedia) oponer, entre otras excepciones de previo y especial pronunciamiento, la de “falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la constitución o la ley lo exigieran”. Y, en su oportunidad, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, teniendo en consideración la debida preparación del mismo.

En cuanto a la atribución exclusiva del Servicio de Impuestos Internos para interponer denuncia o querrela por delitos tributarios. Octavo: Que, es cierto que el artículo 162 del Código Tributario, hace necesaria la denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos para dar inicio a la investigación por delitos tributarios, por lo que se debe analizar si aquella actividad del órgano fiscalizador aparece, por ahora, suficientemente expresada en las denuncias de 23 de marzo y 2 de abril del presente año, en que acciona penalmente, entre otros, “en contra de todas las demás personas que resulten responsables, (el subrayado es del texto de la denuncia) como autores, cómplices o encubridores del ilícito denunciado, a fin de que el Ministerio Público proceda a investigar los hechos que se describen, formalizando en su oportunidad a los denunciados y a quienes en el curso de la investigación aparezcan como partícipes del delito ya señalado”. Luego en la parte final del petitorio de uno de los libelos, luego de indicar a los representantes legales de la Sociedad Química y Minera de Chile S.A., concluye que se tenga interpuesta denuncia criminal “en contra de todas las demás personas que resulten responsables por estos mismos hechos” (el texto original lo destaca según se aprecia en la hoja 16). Particularmente, en la que aparece mencionado don con 25 boletas por un monto de \$112.500.000.- se lee “De acuerdo

a los antecedentes indicados precedentemente, SOQUIMICH registró las siguientes boletas de honorarios presumiblemente falsas...” (hoja 10). Noveno: Que, entonces, puesta en ejercicio la facultad del Servicio de Impuestos Internos, en sede penal, suficientemente explicitada, según lo referido en el considerando anterior, corresponde al Ministerio Público dirigir la respectiva investigación, en que, atendida la magnitud de la misma y en el plazo que se fije por el juez de garantía, con el acopio de diversos antecedentes y practicadas las necesarias diligencias, se precisarán si hubo o no hechos punibles, los tipos penales que se estimarían configurados y quienes han participado en calidad de autores, cómplices o encubridores. Décimo: Que, en conclusión, no puede -ni pudo- el juez de primer grado impedir la audiencia de formalización solicitada por el representante del Ministerio Público en contra del señor por el delito tributario señalado en su petición, sin perjuicio de los derechos que el ordenamiento jurídico le confiere en las diversas etapas del procedimiento penal. Por lo razonado precedentemente y conforme lo disponen los artículos 113 y 229 del Código Procesal Penal, se declara: Que SE REVOCA la resolución de veintisiete de julio del presente año, dictada por el Octavo Juzgado de Garantía de esta ciudad que declaró nula la audiencia convocada para formalizar a por el ilícito contemplado en el artículo 97 N°4 inciso final del Código Tributario; y, en su lugar se dispone que juez no inhabilitado proceda a dirigir la audiencia solicitada por el Ministerio Público para formalizar a don por el indicado ilícito tributario y otros. Acordada con el voto en contra del Ministro (S) don Carlos Carrillo González, quien fue de parecer de confirmar la resolución en alzada, teniendo presente, además, que la reserva que se contiene en la denuncia de dos de abril del presente año, sobre los demás partícipes de los hechos investigados, y respecto de los cuales indicó que “...en relación a las personas que figuran como emisores de las facturas o de las boletas de honorarios que más abajo se detallarán, es del caso señalar que este Servicio ejercerá oportunamente las acciones legales correspondientes, de conformidad al artículo 162 del Código Tributario, de acuerdo al mérito de los antecedentes que arroje la investigación, acorde a los criterios permanentes sostenidos por la Institución, relativos a la gravedad y reiteración de conducta, perjuicio fiscal y efecto ejemplarizador”. En aquella expresión, se encuentra claramente establecida la voluntad del Servicio de Impuestos Internos sobre el análisis que hacía de la actuación de los demás involucrados, para luego optar por exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias, sea por vía administrativa o penal, facultad que al tenor del artículo 162 del Código Tributario le es privativa y exclusiva, más aún, teniendo conocimiento de la existencia de los demás involucrados, en su parecer. Frente a ello, el Ministerio Público no solo estaba impedido de investigar los hechos, sin perjuicio del encuentro casual de evidencias sobre la materia, con ocasión de la investigación de otros hechos y partícipes, sino que igualmente le estaba vedado la formalización de delitos tributarios, por no estar expresada la voluntad del Servicio recaudador de los impuestos, la que no puede ser interpretada o establecida mediante una exégesis extensiva de las denuncias, mismas de las que se desprende que ya estaba en conocimiento de la existencia de lo que en su momento llamó, “las personas que figuran como emisores de las facturas o de las boletas de honorario”. Si respecto de ellas no accionó con precisión y señalándolas nominativamente, a pesar de estar en co-

nocimiento de esos antecedentes, no es posible validar la formalización pretendida por el Ministerio Público, en tanto no se haya expresado válida y prístinamente la decisión del Servicio. Que la formalización de la investigación, siendo un acto de comunicación que el ente acusador le notifica al investigado, sobre la existencia de un hecho que reviste el carácter de delito y de participación del imputado, debe satisfacer algunos principios, tales como el de legalidad de su actuar y de la tipicidad, -no cualquier hecho puede ser formalizado-, debe tener el carácter de delito, debe haber tramitado una investigación que resguarde los derechos constitucionales y legales de los intervinientes, y cumplir como en este caso, con la voluntad expresa del ofendido, en cuanto a accionar penalmente en contra de una o más personas que deberá indicar nominativamente cuando sepa de su existencia y respecto de las que no haya efectuado un análisis completo para tomar su decisión sobre la forma de obtener el pago de los tributos, lo que hará conforme estime de mejor resguardo para el cumplimiento de sus obligaciones institucionales. Por ello, en parecer del disidente, la resolución debe ser confirmada. Notifíquese y comuníquese”.

“Rol I. C. 2221-2015.- Pronunciada por la Undécima Sala, presidida por el Ministro don Mario René Gómez Montoya, conformada por el Ministro (S) don Carlos Carrillo González y por el Abogado Integrante don Angel Cruchaga Gandarillas. Autorizada por el ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. En Santiago, veintiséis de agosto de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución que antecede”.

Otros casos anteriores son los que pasamos a reproducir textualmente, en los que el juez de garantía acepta la formalización por delitos tributarios, sin que en la querrela del SII aluda explícitamente al imputado formalizado. Los fallos son del mes de mayo del 2015.

“Santiago, veintiocho de mayo de dos mil quince.

Por evacuados los traslados.

Agréguese escrito del incidentista.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1º. Que la defensa del imputado solicita se declare la nulidad de la resolución de 15 de mayo pasado que lo cita a audiencia de formalización de la investigación por delitos del artículo 97 No. 4 inciso final del Código Tributario. Consecuencialmente, se deje sin efecto la audiencia agendada.

Funda el incidente en que su representado no ha sido objeto de querrela o denuncia alguna por parte del Servicio de Impuestos Internos o del Consejo de Defensa del Estado, de modo que no se ha cumplido el requisito de instancia previa contenido en el artículo 162 del Código Tributario, pasando por tanto por una investigación no autorizada por la ley. Estima que la alusión genérica a “quienes resulten responsables” no le alcanza.

Alega que el perjuicio que ha sufrido deriva de un proceso de investigación apartado de la regulación procesal.

2º. Evacuando traslado, el Servicio de Impuestos Internos y el Ministerio Público solicitan el rechazo por no cumplirse los requisitos de procedencia establecidos en la Ley.

3°. Que de acuerdo al mérito del proceso, es un hecho no controvertido que el SII presentó, con fecha 8 de octubre de 2014 una denuncia ante el Ministerio Público en contra de los representantes de varias empresas, entre ellas Empresas Penta S.A. e Inversiones Penta III, por haber registrado en su contabilidad y consignado en sus respectivas declaraciones de impuestos, boletas y facturas falsas de terceros, por servicios inexistentes. Se incluye además, la petición de determinar, previa investigación, la responsabilidad de los denunciados y de todos quienes resulten responsables a la luz de las diligencias de investigación.

Es una cuestión pacífica también, entre letrados, que este delito tiene una contrapartida, pues en su inciso final, el numeral 4°. del artículo 97 aludido, sanciona como delito la facilitación de las respectivas boletas y facturas llamadas “ideológicamente falsas”.

4°. Que siendo así, en ejercicio de su facultad privativa y excluyente, el Ministerio Público toma conocimiento de determinados hechos constitutivos de delito tributario y, habilitado por la denuncia, en el marco del artículo 162 del Código Tributario, se aboca a su investigación, sea quien fuere que resulte responsable. Este proceso investigativo exige, como garantía procesal, que se comuniquen a quien se estime autor de los delitos investigados, en una audiencia de formalización, los hechos que le atribuye, fecha y lugar de comisión.

5°. Que de aceptar la interpretación del incidentista, en cuanto exige una denuncia o querrela que llama “nominal” o “nominativa” vulneraría el principio del proceso penal de la Exclusividad de la Investigación Penal, en cuanto exigiría del ente denunciante, no ya la sindicación de hechos delictivos detectados, sino la determinación precisa de su autoría, por tanto entregaría al Servicio facultades de investigación, que según el artículo 3 del Código Procesal Penal, son exclusivas del Ministerio Público.

Por cierto no se comparte tal interpretación y en consecuencia, tampoco se advierte el vicio que acusa la defensa del imputado.

6°. Que la nulidad procesal requiere esencialmente la existencia de un vicio, que cause perjuicio a quien lo alega, reparable solo mediante su declaración.

Desde ya se ha descartado el vicio alegado.

Tampoco se identifica el perjuicio que alega, en concreto, pues la formalización es la consagración de una garantía procesal, que asegura el derecho del imputado de conocer los cargos que existen en su contra y los antecedentes fundantes, permitiéndole estructurar una adecuada defensa técnica.

Finalmente, no existiendo vicio que reparar, ni perjuicio concreto, mal puede acogerse el incidente planteado, por no reunirse los requisitos que lo hacen procedente. A mayor abundamiento, realizada la audiencia de rigor, si se estima haber sido formalizado arbitrariamente, queda siempre a salvo el reclamo contenido en el inciso final del artículo 232 del Código Procesal Penal.

Por lo expuesto y atendido lo dispuesto por los artículos 144 del Código de Procedimiento Civil; 3, 52, 159, 162 160, 229, 231, 232 del Código Procesal Penal; 97 y 162 del Código Tributario, se declara:

Que se rechaza, con costas, el incidente de nulidad procesal planteado por la defensa del imputado

Notifíquese por correo electrónico a los intervinientes.

RIT N° 6873 - 2014.

RUC N° 1400637392-6.

Resolvió doña ELY CECILIA ROTHFELD SANTELICES, Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago”.

“Santiago, veinte de mayo de dos mil quince.

Al escrito ingresado el día de hoy por la defensa del imputado sr....., y resolviendo derechamente el segundo otrosí de la presentación de fecha 14 de mayo de 2015, se rechaza la solicitud de oficio al Servicio de Impuesto Internos, toda vez que la información que se requiere consta o se desprende de los documentos acompañados por los intervinientes.

Resolviendo derechamente la petición principal planteada por la defensa del imputado sr , en la solicitud aludida, de fecha 14 de mayo de 2015;

VISTOS:

1) Que la defensa del imputado, señor, solicitó que el tribunal declare la nulidad de la resolución mediante la cual se fijó audiencia de formalización de la investigación para el 22 de junio próximo, incidente que fundamentó, en síntesis, que con motivo de la referida resolución se causó un perjuicio únicamente reparable con la declaración de nulidad por cuanto al tratarse de investigación de hechos que pueden constituir delitos tributarios sancionados con pena corporal, se exige como requisito de procesabilidad que al menos debe existir denuncia o querrela del Servicio de Impuesto Internos en contra de la persona en contra de quien se dirige la investigación (al respecto, cita el artículo 162 del Código Tributario), en circunstancias que –sostiene la defensa- a la fecha de la solicitud de audiencia el sr no aparecía ni como denunciado ni como querrellado. Respecto de una denuncia anterior, interpuesta por el servicio con fecha 8 de octubre de 2014, alega que esta fue interpuesta nominativamente en contra de 14 personas, dentro de las cuales no se encuentra el sr, lo que quedaría en evidencia con una querrela posterior, presentada nominativamente en contra de su representado con fecha 11 de mayo de 2015. También agrega que se ha hecho, por parte del Ministerio Público, una interpretación arbitraria y contraria a la interpretación restrictiva que debe darse dentro del ámbito del derecho penal, al ampararse en la frase del documento “y además en contra de todas las personas que resulten responsables”, expresión que –entiende- debe interpretarse en su sentido natural y obvio.

2) Que, contestando el traslado el Ministerio Público solicitó su rechazó, sosteniendo como fundamentos, en síntesis, los siguientes: a) Que la incidencia de nulidad resulta improcedente por cuanto no es la vía o mecanismo procesal para impugnar la resolución de que se trata, en la medida que la resolución objetada corresponde a un auto o decreto recurrible, únicamente, por vía de reposición; b) Que la solicitud encubre una petición

de nulidad de un acto autónomo del Ministerio Público, desconociendo que la decisión de formalizar la investigación es un acto (no judicial, sino administrativo) autónomo del Ministerio Público y que por lo tanto no puede ser anulable en virtud de una decisión judicial; c) Que no concurren los requisitos que el código exige para declarar la nulidad del acto por cuanto; la resolución no incurre en vicio alguno (la solicitud del Ministerio Público que solicitó la audiencia cumple las exigencias del artículo 231 del Código Procesal Penal); no existe perjuicio, en la medida que no se demuestra ni se hace referencia a la supuesta inobservancia de las formas procesales que atentaría contra las posibilidades de actuación de la defensa del señor Novoa; d) Que, en cuanto al sentido y alcance del artículo 162 del Código Tributario, manifiesta que la querrela presentada por el Servicio de Impuestos Internos (posterior a la resolución que se impugna) quita sustento fáctico a la alegación de nulidad, sin perjuicio de lo cual sostiene que el proceso penal no se ha iniciado en virtud de la aplicación del artículo 162 inciso primero del Código Tributario, sino que la arista tributaria de la indagatoria comenzó por aplicación del inciso sexto del citado artículo, en la medida que la Fiscalía, después de conocidos ciertos hechos durante la tramitación de la causa ofició al SII informando de la existencia de otros hechos que, eventualmente, podrían ser calificados como delitos tributarios y que motivó la denuncia de 29 de julio de 2014, posteriormente (el 8 de octubre de 2014) el SII denuncia una serie de hechos que califica jurídicamente como constitutivos del delito descrito y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso primero que se habría cometido por los representantes de las empresas Penta S.A., que dice relación con la incorporación de boletas y facturas falsas, la que se presentó nominativamente contra algunas personas y “contra todos quienes resulten responsables” y en la que se mencionan como hechos la emisión e incorporación de boletas de doña Teresa Riera y de facturas emitidas por Inversiones y Mandatos S.A. y, en último término, se alega por el Ministerio Público, que la nulidad no es la única vía para resolver el supuesto perjuicio, por cuanto al sostenerse por la defensa que el Ministerio Público no tiene derecho a formalizar investigación mientras no exista habilitación del Servicio de Impuestos Internos, corresponde a un defecto que debe subsanarse conforme a lo que establece el artículo 264 del Código Procesal Penal.

3) Que, por su parte, el Servicio de Impuesto Internos también pidió el rechazo de la solicitud de la defensa manifestando, en resumen: a) En cuanto a los antecedentes de las reclamaciones, no se cumplen los requisitos que la ley establece en relación con la nulidad procesal, en la medida que no se especifican cuál o cuáles serían los derechos y garantías que se impediría ejercer al imputado con motivo de la resolución cuya nulidad se impetra; b) En relación a la improcedencia de la nulidad procesal, alega que se sustenta en supuestas deficiencias en el accionar del Ministerio Público pero sin hacer referencia a ninguna que haya tenido lugar con ocasión de la dictación de la resolución judicial por la cual se citó a audiencia de formalización; también sostiene que en la presentación no se indica ni específica cuál es la facultad concreta y específica de que se ha visto privado o amenazado el imputado de ejercer, como consecuencia de la supuesta infracción y, además, que la nulidad no es el único mecanismo establecido por el legislador para impugnar la resolución de que se trata, en la medida que tal resolución es impugnabile por el recurso

de reposición, y c) Sobre el contenido de las denuncias, alega que la denuncia presentada con fecha 8 de octubre de 2014 se dirigió en contra de los representantes legales de diversas empresas, solicitándose investigar diversos hechos relacionados con boletas y facturas que habrían sido registradas en la contabilidad de esas compañías, solicitando explícitamente que la investigación se extendiera no solo a las personas mencionadas de modo explícito en la denuncia, sino que también respecto de todas aquellas que, de acuerdo al mérito que arrojaran las diligencias de investigación, resultaren responsables como autores, cómplices o encubridores de los delitos denunciados. 4) Que, a su turno, la parte querellante “Fundación Ciudadano Inteligente” al contestar el traslado solicitó el rechazo de la incidencia, argumentando lo siguiente: a) Que el propio incidentista reconoce tácitamente que una simple querrela o denuncia “nominativa” posterior del SII en contra de su representado repararía el perjuicio; b) Que el incidentista no señaló el perjuicio concreto sufrido por la resolución impugnada, tampoco fue probado de manera alguna y no puede presumirse derecho (como se pretende en la presentación de la defensa) por cuanto la infracción recurrida no infringe la garantía constitucional del debido proceso, resultando de conocimiento público que el SII ha presentado diversas querrelas y denuncias de los hechos que involucra el denominado caso Penta por lo que, iniciada la investigación por denuncia o querrela del SII, corresponde al Ministerio Público dirigirla y ejercer la acción penal pública contra personas determinadas; c) Que la ley tributaria no señala en ninguna parte que la denuncia o querrela del SII deba ser nominativa, y d) Que aceptar la tesis de la defensa significaría aceptar que el SII es el organismo que determina quienes son coautores, cómplices o encubridores de un delito tributario, labor que corresponde constitucionalmente al Ministerio Público.

5) Que para resolver el incidente de que se trata, resulta conveniente tener presente que con fecha 7 de Mayo de 2015 el Ministerio Público solicitó audiencia de formalización en contra del imputado, señalando la individualización del imputado, el delito que se le atribuye (delitos tributarios reiterados, previstos y sancionados en el artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario), la fecha y lugar de su comisión (entre los años 2012 y 2013 en General del Canto 281, Providencia) y el grado de participación del imputado en el mismo (autor). Ante dicha solicitud, el Tribunal, con fecha 8 de mayo de 2015, fijó audiencia de formalización de investigación para el día 22 de junio próximo. La mencionada solicitud del Ministerio Público se efectuó, al amparo de la norma del artículo 77 del Código Procesal Penal pero, particularmente, de la norma del artículo 231 del mismo texto legal y cumpliéndose las exigencias previstas en la última de las normas citadas. Tales facultades, sin embargo, descansan en normas de orden constitucional (artículo 83 de la Constitución Política) conforme a las cuales, corresponde al Ministerio Público, dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De tal modo, no corresponde al Tribunal invadir la esfera de atribuciones del ente persecutor, por cuanto de accederse a lo solicitado por la defensa, se estaría impidiendo al ente persecutor ejercer la acción penal pública, en circunstancias que el Ministerio Público es el único encargado

de la persecución penal de los delitos de acción penal pública y también, de aquellos de acción pública previa instancia particular (como es el caso). Y si uno de los argumentos de la defensa es que la petición de formalización es arbitraria, el legislador estableció una vía de reclamo administrativo para subsanarla, y que se encuentra establecida en la norma del artículo 232 del Código Procesal Penal.

6) Que, sin perjuicio que el argumento precedente (de orden general) resulta suficiente para rechazar el incidente, cabe agregar que no se cumple el presupuesto establecido en la norma del artículo 159 del Código Procesal Penal –en la que se funda la nulidad planteada–, en la medida que la defensa no especificó cuál es el perjuicio ocasionado y que solo puede repararse con la nulidad procesal; al respecto solo se menciona genéricamente que existe una vulneración a la garantía del debido proceso pero no se especifica qué posibilidades de actuación se han visto mermadas en relación al imputado. Esto cobra relevancia atendida la naturaleza jurídica de la actuación, que por la vía de la nulidad procesal se impugna, cual es la formalización de investigación, que es definida como “la comunicación que la fiscalía efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados” (art. 229). Actuación del ministerio Público que fue concebida por el legislador como un mecanismo de garantía, tendiente a asegurar al imputado el conocimiento de los hechos o delitos que se le atribuyen, con miras a que, con ese conocimiento, pueda preparar adecuada y oportunamente su defensa. Desde esta perspectiva, no se explica por la defensa de qué manera una actuación administrativa del Ministerio Público, establecida por la ley para resguardar los derechos y garantías del imputado (en su manifestación de conocimiento de los cargos), pueda ocasionarle un perjuicio a sus facultades de defensa o al debido proceso.

7) Que, en último término, la norma del artículo 172 del Código Procesal Penal establece, como regla general, que los hechos que revisten caracteres de delito podrán iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela; por su parte el artículo 174 consigna los requisitos que debe contener la denuncia, en cuanto debe contener la identificación del denunciante, la narración de las circunstancias del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieren noticia de él, todo en “cuanto le constare al denunciante” (no exige, entonces, la individualización de la persona cometió el hecho, solo si le consta al denunciante); a su turno la norma del artículo 113 al consignar los requisitos de las querellas, faculta para que, al ignorarse la identidad de los autores, estas puedan dirigirse “para que se proceda a la investigación del delito y al castigo de el o los culpables”. Y la norma especial citada por los intervinientes, artículo 162 del Código Tributario, al prescribir que “las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal solo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio” no estableció ningún requisito adicional a los previstos en las reglas generales del Código Procesal Penal, de tal manera que no se vislumbra, tampoco, infracción a la norma invocada, máxime si con anterioridad a la petición de formalización del Ministerio Público se había ya presentado una denuncia, de fecha 8 de octubre de 2014, por parte del SII y mediante la cual se denunciaban una

serie de hechos que el servicio calificó como constitutivos del delito descrito y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso del Código Tributario que se habrían cometido por los representantes de las empresas Penta S.A., que dice relación con la incorporación de boletas y facturas falsas, la que se presentó nominativamente contra algunas personas pero también en “contra todas las personas que resulten responsables” y en la que se mencionan como hechos de la denuncia, entre otros, la emisión o incorporación de facturas emitidas por la empresa Inversiones y Mandatos S.A, empresa que, de acuerdo a la querella presentada por el Servicio de Impuesto Internos con fecha 11 de Mayo de 2015, es representada legalmente –precisamente- por el imputado sr.

Por las consideraciones anteriores y lo dispuesto en las normas de los artículos 77, 159 y 229 del Código Procesal Penal, se declara que **se rechaza el incidente de nulidad procesal, promovido por la defensa del imputado señor**

No se condena en costa al incidentista al entender que ha tenido plausible, particularmente en cuanto se trata de las primeras solicitudes efectuadas con miras al ejercicio de una defensa técnica.

Notifíquese por correo electrónico a los intervinientes.

RIT N° 6873 - 2014.

RUC N° 1400637392-6.

Resolvió, don DANIEL EDUARDO ARAVENA PEREZ, Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago”.

Santiago, veinte de mayo de dos mil quince.-

Téngase por evacuado el traslado, dentro del plazo legal, por parte del Ministerio Público, querellante Servicio de Impuestos Internos y querellante Fundación Ciudadano Inteligente.

A sus antecedentes certificado de este Tribunal de fecha 19 de mayo del año 2015.

De conformidad a lo anterior, se procede a resolver derechamente incidente de nulidad procesal interpuesto por el abogado don Eduardo Riquelme Portilla, en representación de don

Vistos y considerando:

Que el abogado don Eduardo Riquelme Portilla, en representación de don ha interpuesto incidente de nulidad procesal en contra de la resolución de fecha 8 de mayo del año 2015 que, acogiendo la solicitud del Ministerio Público, ha fijado audiencia de formalización para el día 22 de junio próximo respecto de su representado, por los motivos que en su escrito expone, invocando los artículos 159 y 160 del Código Procesal Penal al tratarse la resolución que se impugna, a su juicio, de una actuación defectuosa del procedimiento que ocasiona un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad.

Que en lo esencial el fundamento del incidente de nulidad procesal dice relación con que su defendido no debió ser citado a audiencia de formalización toda vez que tratándose la materia de delito tributario, necesariamente debe existir denuncia o querrela por parte del Servicio de Impuestos Internos que le haya permitido al Ministerio Público iniciar investigación respecto del incidentista y con mayor razón proceder a formalizar, razón por la cual, faltando este requisito previo, el ente persecutor al solicitar audiencia de formalización estaría actuando de una forma manifestamente ilegal, vulnerando la garantía constitucional del debido proceso, entendiendo este como un proceso legalmente tramitado.

Que en primer lugar se debe tener presente que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 231 del Código Procesal Penal, frente a una solicitud del Ministerio Público en orden a fijar audiencia de formalización, y previo a verificar los requisitos que se contemplan en dicha disposición legal, al tribunal no le cabe más que fijar la audiencia solicitada, citando a los intervinientes que deban comparecer a la misma, tal como se dispone imperativamente en dicha norma legal, sin que el tribunal pueda calificar su procedencia, al corresponder la decisión de formalizar a un imputado, a una facultad privativa del Ministerio Público por expreso mandato constitucional y legal. Por otra parte, y en cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución impugnada, lo cierto es que se trata de un decreto, resolución judicial de mero trámite que ha tenido por objeto solamente dar curso progresivo a esta causa, y tratándose entonces de un decreto, el legislador ha contemplado expresamente una vía idónea de impugnación que no dice relación con la nulidad procesal que se pretende. Sin perjuicio de lo anterior, es decir, de la vía inidónea para impugnar la resolución de fecha 8 de mayo del año 2015, lo cierto es que no se advierte que con dicha resolución se haya causado un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad, y esto de conformidad con lo que se expondrá a continuación.

Que en el fondo lo que se ha pretendido con el incidente es cuestionar la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación respecto de don, por lo que necesariamente debe analizarse en primer lugar lo que debe entenderse por el acto que implica la formalización, siendo el propio legislador quien lo define en el artículo 229 del Código Procesal Penal, al disponer que “es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”, por lo que claramente se desprende que, por una parte, constituye un acto administrativo autónomo del Ministerio Público, y por otra parte, constituye una garantía para el imputado, toda vez que es la instancia en que toma cabal conocimiento de los hechos por los cuales está siendo investigado, permitiendo a la defensa, ya en pleno conocimiento de los hechos que se imputan, preparar adecuadamente su estrategia de defensa y valerse del legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico le otorga, tanto en la audiencia misma de formalización como en etapas procesales posteriores. Refuerza el hecho de que la formalización constituye una garantía para el imputado, entre otras disposiciones legales, lo que prescribe al respecto el artículo 186 del Código Procesal Penal, referido al control judicial anterior a la formalización, en que frente a la incertidumbre de cualquier

persona que se vea afectado por una investigación que no se hubiere formalizado, puede pedir al Juez de Garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella, e incluso el Juez puede fijar un plazo para que formalice la investigación. Desde este punto de vista, considerando la formalización una garantía para el imputado que está siendo investigado, no resulta consecuente considerarla al mismo tiempo un perjuicio, resulta ser una contradicción en los términos.

Que por otra parte es la propia Constitución Política de la República en su artículo 83, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público en sus artículos 1 y 2, y el Código Procesal Penal en sus artículos 3 y 77, que establecen la autonomía del ente persecutor para dirigir de forma exclusiva la investigación y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la Constitución y las leyes, de tal manera que si el incidentista estima que el Ministerio Público, a través de solicitar audiencia de formalización, ha actuado de forma manifiestamente ilegal, lo cierto es que existen los mecanismos legales a través de los cuales es factible hacer efectiva la responsabilidad de los fiscales por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, tal como lo establece la Ley Orgánica que los rige, y como queda de manifiesto además, en relación precisamente al acto procesal de formalización, en el inciso final del artículo 232 del Código Procesal Penal, al disponer que el imputado podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, según lo dispone la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que esta hubiere sido arbitraria.

Que en relación al perjuicio en particular que se invoca, esto es, citar a audiencia de formalización por delito tributario sin que exista denuncia o querrela por parte del Servicio de Impuestos Internos, afectándose de esta manera el debido proceso entendido este como un proceso previo legalmente tramitado, este tribunal tiene presente lo informado en el traslado conferido; en efecto, si bien es cierto que en esta carpeta judicial no consta denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos dirigida nominativamente en contra de don -según certificado de este tribunal de fecha 19 de mayo del presente año- no es menos cierto que, tanto el Ministerio Público como el propio Servicio de Impuestos Internos, informan que con fecha 8 de octubre del año 2014, se presentó Denuncia a la Fiscalía –la que se ha tenido a la vista al haber sido acompañada en estos antecedentes- dirigida nominativamente en contra de los representantes legales de diversas empresas por haber registrado en su contabilidad y posteriormente consignado en sus declaraciones de impuestos boletas de honorarios y facturas de carácter falso, por servicios no prestados, las que fueron facilitadas por diversas personas, agregando que en dicha denuncia se solicitó explícitamente que la investigación se extendiera no solo a aquellas personas mencionadas de modo explícito sino que también respecto de todas aquellas que de acuerdo al mérito de la investigación resultaren responsables como autores, cómplices o encubridores de los ilícitos tributarios denunciados, entendiéndose que la denuncia apunta a investigar, no solo a las personas mencionadas sino que también a todas aquellas personas vinculadas a esos mismos hechos, materia en consecuencia que se le encarga determinar al Ministerio Público a través de la correspondiente investigación, informando el Fiscal en su presentación que es a raíz de esta denuncia, habiendo sido

mencionados en ella dos emisores de boletas, que se recabó el testimonio de estos dos emisores y de don, reconociendo todos ellos la emisión de boletas hacia el grupo Penta, sin haberle efectivamente prestado servicios. Además agrega el Fiscal que la denuncia señalada, de fecha 8 de octubre del año 2014, tuvo su origen a raíz de la investigación efectuada a propósito de otra denuncia del Servicio de Impuestos Internos, de fecha 29 de julio del año 2014, investigación en la cual se detectaron otras presuntas irregularidades, las que por aplicación del inciso sexto del artículo 162 del Código Tributario se comunicaron oportunamente al Servicio de Impuestos Internos pues se trataba de otros hechos que podían constituir delitos tributarios distintos, efectuándose en dicho contexto la denuncia de fecha 8 de Octubre del año 2014; es decir, informa la Fiscalía que el inicio de esta arista tributaria no comienza en virtud de la aplicación del inciso primero del artículo 162 del Código Tributario sino que en virtud de lo dispuesto en el inciso sexto del referido artículo, argumentándose en consecuencia que basta con que se haya cumplido con los requisitos contemplados en los artículos 175 y 113 del Código Procesal Penal, que se refieren a las denuncias y querellas respectivamente, quedando claramente establecido que si al actor le consta la determinación de las personas que pudieren ser partícipes del hecho deberá designarlo, pero que si ello no le consta, siempre se podrá ejercer la acción contra aquellos que resulten responsables, ello en razón de que, de acuerdo al tenor literal del inciso primero del artículo 162 del Código Tributario y artículo 54 del Código Procesal Penal, lo que corresponde es denunciar “hechos” que podrían configurar delitos tributarios, en este caso en particular, no siendo una exigencia legal que la denuncia o querella se dirija nominativamente contra una persona determinada cuando este antecedente en principio se desconoce, pero que durante la investigación se llega a determinar, por lo que bastaría para este tipo de delitos, -asimilándolos a los delitos de acción pública previa instancia particular-solamente la denuncia de ciertos hechos, para una vez iniciado el procedimiento seguir de acuerdo a las normas generales relativas a los delitos de acción pública.

Que de acuerdo a lo expuesto en el punto anterior, estima este tribunal que en esta etapa procesal y por los fundamentos expuestos tanto por el Ministerio Público y querellantes, con los antecedentes que por ahora se tienen a la vista, se puede advertir preliminarmente que el Ministerio Público se ha encontrado habilitado para solicitar audiencia de formalización respecto del imputado don, tanto por cuanto su decisión es un acto administrativo autónomo –de esto no cabe duda- como por cuanto se ha hecho referencia a una denuncia por parte del Servicio de Impuestos Internos relativa a hechos constitutivos de delitos tributarios relacionados o que vinculan al incidentista con esos mismos hechos, significando este tribunal con el término “preliminarmente” que por ahora, al momento de resolver el presente incidente, lo cierto es que este tribunal se basa en los antecedentes e información proporcionada por los intervinientes que han evacuado el traslado, desconociendo obviamente en estricto rigor el contenido exacto de los hechos por los cuales será formalizado el imputado, de tal manera que no resulta posible al día de hoy examinar con exactitud la concordancia o simetría que debiera existir entre los hechos de la denuncia con los hechos materia de la formalización, información que se

tendrá solamente una vez que se lleve a cabo la audiencia de formalización del día 22 de junio próximo. Desde este punto de vista, será en aquella oportunidad procesal que la defensa en el evento de advertir alguna discordancia o defecto, igualmente tiene a salvo los derechos que le confiere la ley, tanto para hacerlos valer en la misma audiencia de formalización o en etapas procesales posteriores, como por ejemplo en este último caso, lo relativo a lo contemplado en los artículos 263 y 264 del Código Procesal Penal, pudiendo deducir como excepción de previo y especial pronunciamiento, la falta de autorización para proceder criminalmente, y sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones, como se señaló anteriormente, si se estima que el Ministerio Público ha actuado al margen de la legalidad vigente.

Que según se desprende de todo lo anterior, y aun cuando se ha estimado que el medio de impugnación no ha sido el idóneo por la naturaleza jurídica de la resolución impugnada, a mayor abundamiento lo cierto es que igualmente no se cumplen con los requisitos para estimar que ha existido un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad, tanto por cuanto existe otra vía legal para la impugnación de dicha resolución, además no se divisa el perjuicio invocado, como tampoco se ha tratado de una actuación defectuosa; en efecto, y no obstante haberse ya dicho, la resolución de fecha 8 de mayo del año 2015 solo ha tenido por objeto dar curso progresivo a esta causa fijando audiencia de formalización, siendo la formalización una facultad privativa del Ministerio Público, correspondiendo a un acto administrativo autónomo originado en sus atribuciones tanto constitucionales como legales.

Que de conformidad a lo razonado precedentemente y disposiciones constitucionales y legales invocadas, no queda más que rechazar el incidente de nulidad procesal interpuesto por el abogado don Eduardo Riquelme Portilla, en representación de don, no existiendo motivo alguno para dejar sin efecto la resolución de fecha 8 de mayo del año 2015, manteniéndose esta vigente a su respecto; sin costas, teniendo en consideración que se ha tratado de la primera presentación de la parte, entendiéndose esta constitutiva de su legítimo derecho a defensa.

Notifíquese por correo electrónico a los intervinientes.

RIT N° 6873 - 2014.

RUC N° 1400637392-6.

Resolvió, doña ALICIA GEMMA ROSENDE SILVA, Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago”.

6) Que, sin perjuicio que el argumento precedente (de orden general) resulta suficiente para rechazar el incidente, cabe agregar que no se cumple el presupuesto establecido en la norma del artículo 159 del Código Procesal Penal –en la que se funda la nulidad planteada-, en la medida que la defensa no especificó cuál es el perjuicio ocasionado y que solo puede repararse con la nulidad procesal; al respecto solo se menciona genéricamente que existe una vulneración a la garantía del debido proceso pero no se especifica qué posibilidades de actuación se han Principio del formulario

IX. Conclusiones²¹

En conclusión, toda la materia del presente trabajo es bastante debatible y nuestra intención consiste en aportar elementos de juicio que puedan ilustrar a los tribunales y a la doctrina nacional, acerca del tema referido esto es si es posible que una ley orgánica especial disponga que la decisión del órgano administrador en sentido de no presentar querellas, puede obligar y/o limitar la potestad constitucional del Ministerio Público de investigar por delitos que son de acción penal pública como lo son los delitos tributarios, impidiendo la formalización en contra de los presuntos responsables, siguiendo el criterio del SII.

²¹ Con posterioridad a la entrega de este trabajo a la Revista, han surgido opiniones y fallos que se inclinan por la tesis de la potestad absoluta del MP para investigar los delitos en relación no solo a los delitos tributarios sino que también a los delitos electorales y a los de colusión, entre las cuales podemos mencionar:

- a) Entrevista del fiscal Carlos Gajardo, en el diario La Segunda del 16 de junio de 2016, en la que opina que “los delitos de colusión, electorales y tributarios deben perseguirse sin querrela.
- b) Entrevista al ex Ministro de la Corte Suprema, dn. Pedro Pierry, que al retirarse del Poder Judicial, sostiene en entrevista al diario El Mercurio del 12 de junio de 2016, que “quien decida la acción penal no puede ser el SII, un organismo que depende del Gobierno”. El Profesor Pierry sostiene en la entrevista que “El Ministerio Público persigue un porcentaje de todos estos delitos, no hay medios para investigarlos todos. Pero quien decida sobre la acción penal no puede ser en forma discrecional, porque no hay prueba suficiente. Creo que quien decida la acción penal no puede ser el SII, un organismo que depende del Gobierno. La decisión debiera ser de un organismo persecutor como el Ministerio Público, o el Consejo de Defensa del Estado. Hay que cambiar la ley en el sentido de que no sea requisito para iniciar la acción penal que el SII sea el querellante”.
- c) Opinión del penalista y Profesor de la Universidad Diego Portales, Héctor Hernández, que sostiene “Los delitos tributarios -dice Hernández- “no los toca nadie (...) ni el Presidente de la República”. Impuestos Internos es un “feudo independiente”, y cree que si estas causas no tuvieran el componente político que tienen, tal vez hubieran tenido otro destino. “El tema político es lo que lo hace imperdonable”.
- d) Fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 10 de junio de 2016, dictado por los Ministros Crisosto, Rivera y Norambuena, que al confirmar el rechazo de la petición de sobreseimiento definitivo del Senador Carlos Bombal, establece en el considerando 8° “Que, sin perjuicio de lo expresado y a la causal de sobreseimiento esgrimida, corresponde igualmente desestimar los argumentos desarrollados en orden a afirmar que quien habría cometido el ilícito sería solamente el titular y único emisor de la boleta de honorarios cuestionada, Manuel Pau Villarino, el que ni siquiera se encontraría formalizado ni querrellado, agregando en apoyo las directrices que contendría la Circular N° 8 del año 2010 del Servicio de Impuestos Internos, siendo que tal como lo consigna el fallo en alzada, dicho cuerpo normativo tan solo contiene lineamientos administrativos vinculantes para el actuar del Servicio de Impuestos Internos en dicha órbita, pero que de ninguna manera son posibles de homologar a las reglas aplicables al marco procesal penal de una investigación a cargo del único persecutor penal reconocido por nuestra Carta Fundamental, que no es otro que el Ministerio Público, con todas las prerrogativas que le reconoce privativa y exclusivamente nuestro ordenamiento jurídico” (el subrayado es nuestro).
- e) Opinión del Ministro de la Corte Suprema dn. Lamberto Cisternas, que aparece en una pequeña entrevista en uno de los diarios de la capital, que apoya la potestad constitucional y exclusiva del Ministerio Público en materia de investigación penal.

Estos fallos y opiniones coinciden con la jurisprudencia que se encuentra citada en el Capítulo VIII del presente trabajo.

Además, la preocupación por este problema jurídico se ha ampliado a la dictación de leyes que limitan las potestades del Ministerio Público para iniciar algunas investigaciones. Así, en el caso de los delitos electorales la infracción haya sido denunciada o materia de una querrela por el Servel, iniciativa legal reciente que fue informada desfavorablemente en esta parte por la Corte Suprema.

También la discusión se ha trasladado a los delitos que atentan contra la libre competencia (en especial la colusión) en que tanto el Tribunal de la Libre Competencia como su fiscal se han negado a denunciar al Ministerio Público los delitos de dicha ley, impidiendo que este organismo constitucional pueda ejercer sus funciones al respecto.

Además, esta investigación persigue llamar la atención de los medios jurídicos nacionales y de los parlamentarios, en el sentido de advertirles que se puedan dictar leyes en el futuro, aunque sean orgánicas, que puedan limitar los poderes de un órgano constitucional como lo es el Ministerio Público, otorgando facultades a órganos administrativos a los cuales la Constitución no les otorgó atribuciones casi jurisdiccionales o limitativas de la investigación penal que está reservada únicamente al órgano público ya citado. Esto contraría no solo la Constitución Política, sino que también afecta la reforma procesal penal concebida y aprobada sobre la base de la exclusividad de la investigación penal en un solo órgano, sin perjuicio de la inconveniencia de establecer reglas de procedimiento que son opuestas a las del Código Procesal Penal, como por ej. en materia de acuerdos reparatorios, libertad provisional, suspensión condicional del procedimiento, etc.

X. Referencias bibliográficas

- MATURANA, Cristian, LONDOÑO, Fernando, MOIS, Martín et al (2003): *Reforma Procesal Penal, génesis, historia sistematizada y concordancias*. Ministerio Público. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristian (2013): *Los Recursos Procesales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PIEDRABUENA, Guillermo (2002): *Análisis de las leyes complementarias a la reforma procesal penal*. Santiago, Ministerio Público.
- SILVA, Alejandro (2002): *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII, Poder Judicial y Ministerio Público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA, Alejandro (2003): *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IX, sobre el Tribunal Constitucional*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.