JUAN COLOMBO CAMPBELL
Profesor de Derecho Procesal Constitucional

ENRIQUE NAVARRO BELTRAN
Profesor de Derecho Constitucional

INFORME EN DERECHO

ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD
DE MOCION PARLAMENTARIA
SOBRE TITULARIDAD DE ACCION PENAL TRIBUTARIA

Santiago, Julio de 2017

INDICE

EL PROBLEMA PLANTEADO

CAPITULO PRIMERO. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

I. Moción parlamentaria
2. Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados
3. Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados
4. Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados

CAPITULO SEGUNDO. EL ARTÍCULO 162 DEL CODIGO TRIBUTARIO Y SUS MODIFICACIONES LEGALES

1. La Ley N° 19.806
2. Sentencia del Tribunal Constitucional
3. Reforma constitucional de 1997
4. Ley 20.322
5. Doctrina
6. Jurisprudencia
7. Justificación del ejercicio de la acción penal tributaria

CAPITULO TERCERO. PRINCIPIOS LEGALES QUE RIGEN AL SII COMO INSTITUCION DE DERECHO PÚBLICO

1. Competencia
2. Responsabilidad
3. Servicialidad
4. Eficiencia y Eficacia
5. Coordinación
6. Impulsión de oficio del procedimiento
7. Impugnabilidad de los actos administrativos
8. Control
9. Probidad
10. Transparencia
11. Publicidad
12. Escrituración
13. Gratuidad
14. Contradictoriedad
15. Imparcialidad
16. Inexcusabilidad
17. Conclusivo

CAPITULO CUARTO. LA POTESTAD FISCALIZADORA Y SANCIONADORA DEL SII

1. Potestades sancionatorias
2. Debido Proceso
3. La sanción como medida de “ultima ratio”.
4. Criterios objetivos establecidos por el SII
5. Observaciones formuladas por el Ministerio Público. Igualdad y legalidad
6. Potestad sancionadora del SII y Dictámenes de la CGR
7. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

CAPITULO QUINTO. CARÁCTER ORGANICA CONSTITUCIONAL Y DE INICIATIVA PRESIDENCIAL

I. LEY DE INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
1. Disposición constitucional
2. Limitación de iniciativa en materia económica
3. Reserva de constitucionalidad
4. Antecedentes generales de la iniciativa exclusiva presidencial
4.1. Precisiones previas
4.2. El Presidente Alessandri y la Constitución de 1925
4.3. La reforma constitucional de 1943
4.4. Necesidad de profundizar la iniciativa exclusiva presidencial
4.5. La reforma de 1970
4.6. La Constitución de 1980
4.7. Análisis de la evolución constitucional
5. Justificación
6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de iniciativa exclusiva
6.1. Traslado del Congreso
6.2. *Posnatal*
6.3. Ley de Presupuesto
6.4. Subcontratación
7. Jurisprudencia constitucional en materia de atribución de funciones de servicios públicos

II. LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL
1. Ley orgánica del Ministerio Público
1.1 Norma constitucional
1.2. Constancias en las Comisiones
a) Informe de Comisión de Hacienda
b) *Informe de la Comisión de Constitución*
c) Jurisprudencia constitucional
2. Ley orgánica de la administración del Estado
a) Sentido y alcance de la LOCBGAE.
b) Ejercicio de potestades públicas
c) Normativas que modifican mecanismos de impugnación
d) Normas previamente declaradas orgánicas
e) Sanciones y denuncias
f) Concepto amplio de Administración, incluyendo el SII

CAPITULO SEXTO. PRECEDENTES LEGALES DE TITULARIDAD DE ACCION

1. Delitos electorales
2. Delitos que atenten contra la libre competencia

CAPITULO SEPTIMO. CONCLUSIONES

EL PROBLEMA PLANTEADO

Se nos ha solicitado emitir una opinión acerca de la constitucionalidad de un proyecto de ley, iniciado por moción parlamentaria, que pretende modificar la actual normativa (artículo 162 del Código Tributario), que radica exclusivamente en el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, indistintamente, el "SII"), la titularidad de la acción penal tributaria.

Para efectos de lo anterior, en primer lugar, se analizará el estado de actual tramitación del proyecto de ley en cuestión, sus fundamentos, discusión en las Comisiones de Hacienda y Constitución de la Cámara de Diputados y las reservas de constitucionalidad ya presentadas.

En el capítulo segundo se revisará los antecedentes del actual artículo 162 del Código Tributario, modificado por la Ley 19.806, disposición revisada en control preventivo por el Tribunal Constitucional (en adelante, indistintamente, el "TC"). Igualmente, se aludirá a la reforma constitucional que incorporó el Ministerio Público y las disposiciones que establecieron la nueva jurisdicción tributaria y aduanera. Especialmente, nos detendremos en las características que presenta el ilícito tributario y las razones, doctrinarias y jurisprudenciales, que justifican su titularidad en el SII.

En el siguiente capítulo, se recordarán los principios que debe respetar el SII, como órgano que forma parte de la Administración del Estado, especialmente, los de competencia, responsabilidad, servicialidad, eficacia, eficiencia, coordinación, actuación de oficio, impugnabilidad, control, probidad, transparencia, publicidad, escrituración, gratuidad, contradictoriedad, imparcialidad, inexcusabilidad y conclusivo.

Con posterioridad, nos detendremos en las características que presentan las potestades sancionadoras del SII y su sujeción al cumplimiento de los presupuestos de un debido proceso. Del mismo modo, se mencionará las características propias de los ilícitos penales tributarios, como medida de "última ratio", a la vez que los criterios objetivos que ha sustentado el SII para iniciar la acción penal. En este punto, se insistirá en la conveniencia de la radicación de la facultad en el ente fiscalizador técnico y las inconveniencias de que ellas pudieran ser compartidas o radicadas en el Ministerio Público -como lo pretende el proyecto de ley-, especialmente, a la luz de la igualdad y legalidad. De igual forma, se recordará los dictámenes emanados de la Contraloría General de la República y la principal jurisprudencia del TC sobre el punto en cuestión.

En el capítulo quinto se analizará el proyecto de ley a la luz de dos criterios esenciales de carácter formal.

En primer lugar, la circunstancia de que nos encontramos ante una disposición que, por su materia, es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, circunstancia que, por lo demás, fue señalada por representantes del Ejecutivo durante la tramitación. En tal sentido, se recordará las características y la evolución histórica constitucional de las disposiciones de iniciativa presidencial, especialmente, en el ámbito financiero y administrativo. Para graficar lo anterior, se recordará la jurisprudencia emanada del TC en los últimos años, tanto en el ámbito económico como en lo referente a la atribución de funciones a los diversos servicios públicos.

En segundo lugar, que corresponde a una disposición que presenta el carácter de ley orgánica constitucional, razón por la cual deberá ser aprobada por 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, a la vez que ser revisada preventiva y obligatoriamente por el TC. Al efecto, se aludirá a su carácter orgánico, tanto por corresponder a disposiciones que importan atribuciones al Ministerio Público como por tratarse de competencias propias de los servicios públicos. En tal sentido, se recordará las esenciales decisiones pronunciadas por el TC que ratifican este aspecto.

En el capítulo sexto se ejemplificará la procedencia de este tipo de titularidades de acciones penales en dos leyes, referidas a delitos asociados al ámbito electoral como a ciertos atentados a la libre competencia, los que han sido también expresamente validados por el Tribunal Constitucional, no estimando que contrarían las atribuciones constitucionales del Ministerio Público.

Finalmente, se incluirán las conclusiones.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

I. Moción parlamentaria

Por moción parlamentaria de los señores H. Diputados señores Jorge Insunza y Jorge Tarud se da inicio a la tramitación del proyecto de ley[1], que modifica titularidad de la acción penal tributaria.

Entre los fundamentos se invocan los siguientes:

1.- De acuerdo al Artículo 83 de la Constitución Política de la República "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, 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 pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales."

2.- Por su parte el artículo 1 de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio público establece que "El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es 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, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley."
Resulta importante recalcar que esta disposición de la ley orgánica le otorga al Ministerio Público la "función" de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos punibles y en su caso "ejercer la acción penal pública" en la forma prevista por la ley.

3.- El artículo 162 del Código tributario prescribe por su parte en su inciso primero que "Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio. Con todo, la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.
Por su parte en los incisos sexto y séptimo del mismo artículo prescribe que "El Ministerio Público informará al Servicio, a la brevedad posible, los antecedentes de que tomare conocimiento

[1] Boletín N° 9954-05

con ocasión de las investigaciones de delitos comunes y que pudieren relacionarse con los delitos a que se refiere el inciso primero.

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre alguno de esos delitos, el Servicio los solicitará al fiscal que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si presentará denuncia o interpondrá querella, o si requerirá que lo haga al Consejo de Defensa del Estado. De rechazarse la solicitud, el Servicio podrá ocurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada."

4.- Como podemos observar en las disposiciones mencionadas, el ejercicio de la acción penal en los delitos tributarios corresponde exclusivamente al servicio de Impuestos Internos, salvo excepción en que puede presentarse una querella por el Consejo de Defensa del Estado pero sólo a requerimiento del Director del Servicio de Impuestos Internos, con lo cual se viene a confirmar la exclusividad de este servicio en el ejercicio de la acción penal en los delitos tributarios.

5.- Siendo los delitos tributarios de aquellos que afectan seriamente la fe pública y el patrimonio fiscal, no se comprende por qué el ejercicio de la acción penal corresponde sólo al Servicio de Impuestos Internos y no también al Ministerio Público, organismo autónomo reglado por la Constitución y su ley Orgánica que tiene como función la de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y ejercer la acción penal pública en su caso.

6.- En los últimos días, a propósito de las investigaciones que lleva a efecto el Ministerio Público sobre grandes contribuyentes imputados por la comisión de delitos tributarios, la opinión pública ha podido observar cierta tensión entre los servicio mencionados en razón de que el Servicio de Impuestos Internos no habría ampliado sus denuncias ni entregado antecedentes sobre otras variables que han aparecido a partir de la investigación que desarrolla la Fiscalía, con lo cual, a fin de evitar las suspicacias y suposiciones que surgen a propósito de este tipo de tensiones, surge la necesidad de ampliar las funciones que le otorga la Constitución y su ley orgánica al Ministerio Público a la investigación y al ejercicio de la acción pública, cuando proceda, respecto de delitos tributarios de que tomare conocimiento como producto de sus investigaciones.

7.- Queremos además señalar que en el caso del presente proyecto no se están determinando funciones o atribuciones del Ministerio Público puesto que las funciones y atribuciones para investigar los hechos constitutivos de delito y de ejercer la acción pública en su caso ya le han sido entregadas por la Constitución Política y la Ley Orgánica que rige a este servicio.

El texto del proyecto de ley señala:

ARTÍCULO ÚNICO: *Modifíquese el artículo 162 del DL 830, Código Tributario, de la siguiente manera:*

a) En el inciso primero elimínese la palabra "sólo".

b) Agréguese el siguiente inciso segundo nuevo:

El Ministerio Público podrá investigar y ejercer la acción pública por los delitos tributarios de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones que realizare.

c) Elimínese el inciso sexto.

d) Sustitúyase el inciso séptimo por el siguiente:

El Servicio de Impuestos Internos podrá solicitar los antecedentes respecto a delitos tributarios al fiscal que tuviere a cargo la investigación, con la sola finalidad de decidir si ejercerá las atribuciones que le otorga el inciso primero del presente artículo.

2. **Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados**

El Diputado señor Jorge Insunza, autor del proyecto explicó que esta iniciativa *"surgió del debate nacional a raíz de los casos conocidos por la opinión pública y respecto del cual, les pareció procedente analizar las normas que regulan el ejercicio de la acción penal tratándose de delitos tributarios"*. Agrega que esta facultad al tenor del artículo 162 del Código Tributario, *"se encuentra radicada en el Servicio de Impuestos Internos".* Explica que esta materia puede analizarse desde tres puntos de vista: *"por qué solo el Servicio de Impuestos Internos (desde ahora SII) puede presentar querellas o denuncias por delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad; cómo afecta el ejercicio de esta facultad en caso de concurso*

de delitos, y cuál es el nivel de severidad con el que debemos reaccionar como sociedad ante delitos tributarios". Manifiesta que *"la titularidad de la acción surge precisamente por el bien jurídico protegido: el patrimonio fiscal"*. Señala que *"surge la pregunta sobre si es razonable que sólo la ejerza el SII y no también por ejemplo el Consejo de Defensa del Estado"*. A su juicio, analizando el texto del artículo 162 *"es la palabra "solo" que limita el ejercicio por parte de este último"*. Expresa que *"también se ve afectado el orden público económico y que existen delitos que no sólo dicen relación con la evasión tributaria, lo que a su vez lleva a una segunda pregunta: por qué limitar la acción del SII en un eventual concurso de delitos, sobre todo en la hipótesis de aquellos de carácter medial y cuya investigación puede verse afectada por la forma en que se encuentra radicado el ejercicio de la acción penal surgiendo finalmente, la pregunta más bien de carácter político, referido al nivel de permisividad o severidad respecto de los delitos tributarios".*[2]

El señor **Jorrat** (Director del Servicio de Impuestos Internos) ante las inquietudes de los señores Lorenzini, Auth y Ortiz, señala que *"si no hay delito se acaba el procedimiento y agrega que hay muchas formas de recibir las denuncias y el servicio se reserva el derecho de seleccionar las que investigará"*. Manifiesta que *"de los 150 casos de los que se hace una revisión profunda, algunos se comunican al contribuyente para que aclare o rectifique y otros (aproximadamente 78) pasan al comité regional por eventual delito tributario. Sobre este último precisa que existe uno en cada dirección regional y pueden a su vez, determinar girar multas e intereses adeudados, recopilar más antecedentes, aplicar sanción pecuniaria o presentar una denuncia o querella"*. Explica que *"la facultad para ejercer la acción penal se encuentra radicada en el Servicio de Impuestos Internos por una razón precisa: se trata de delitos cuya complejidad amerita un análisis técnico"*. Agrega que *"hay una selección formal que es realizada por el Servicio de Impuestos Internos porque cuenta con la capacidad técnica para ello".*[3]

El señor Cristian Vargas, Subdirector Jurídico del Servicio de Impuestos Internos. Explica que *"hay dos formas de ejercer la acción penal: mediante denuncia o querella y precisa que la denuncia en general opera cuando el servicio no tiene los antecedentes completos, por el contrario, cuando sí los tienen optan por ejercer la querella y fundar la acción penal al tenor del artículo 161 del Código Tributario"*.

---

[2] Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 6 de mayo de 2015, p. 5

[3] Ibid., p. 6

Precisa que *"no hay diferencia entre ambas respecto del rol del Ministerio Público en la investigación de los hechos"*.[4]

El Director de entonces del SII, agrega, que *"cuando la infracción puede ser sancionada con multa y pena privativa de libertad existen dos opciones, ambas radicadas en el SII: deducir la Denuncia/Querella (Acción penal) caso en el cual se iniciará un proceso penal regido por las normas del Código Procesal Penal o perseguir la aplicación de una sanción pecuniaria (Acción sancionatoria) en donde se iniciará el procedimiento sancionatorio del artículo 161 del Código Tributario"*.

Luego, se refiere a los fundamentos de la exclusividad de la titularidad del ejercicio de la acción penal en el Director del SII, señalando en primer lugar *"que el sentido de la norma actual se condice con el rol de la Administración Tributaria ya que el procedimiento de recopilación de antecedentes (reunir evidencia mediante fiscalizaciones) es de naturaleza administrativa y se realiza por fiscalizadores con alto conocimiento y especialización en auditorías tributarias"*. La decisión de ejercer o no la acción penal por delitos tributarios *"se funda en informes que contienen análisis técnicos y legales sobre irregularidades detectadas"*.

Hace presente que el Servicio *"detecta en su función de fiscalización una gran cantidad de situaciones que podrían conllevar a querellas por delitos tributarios"*. En tal sentido, *"el promedio de los 4 últimos años asciende a 341.000 impugnados por cruces de IVA y renta, de los cuales 150.000 fueron llamados a revisión en Oficinas del SII por no haber aclarado sus observaciones"*. Agrega que *"780 casos en promedio anual pasan a Comité Regional de Análisis de Casos"*. Agrega que *"luego de auditados y recopilados los antecedentes, sólo unos pocos pueden ser perseguidos penalmente, en virtud de los criterios sostenidos por el Servicio. Así, el promedio anual es de 155 querellas y denuncias. Respecto de los criterios utilizados por el Servicio expresa que estos son: reiteración, gravedad, naturaleza del delito, monto de perjuicio fiscal y función ejemplificadora"*.

En relación con los efectos en la recaudación tributaria, señala que *"muchos casos se verían paralizados por la actuación del Ministerio Público, quien seguramente requerirá toda la documentación en poder del Servicio y generaría dificultades para fundamentar las acciones de determinación y cobro de impuestos y su defensa en el Tribunal Tributario y Aduanero. Acota que otro aspecto a considerar son los*

[4] Ibid., p. 7

efectos que se producirían en los plazos de prescripción en materia tributaria".

El Servicio *"no sólo recopila antecedentes fundantes de acción penal, sino que también efectúa el cobro civil de los impuestos adeudados, basado en los mismos antecedentes. Si el Ministerio Público inicia querella en medio de un proceso de auditoría, quedará inconcluso el procedimiento de cobro mencionado sin poder recaudar los impuestos debidos"*.

Expresa que *"la norma actualmente impide el doble juzgamiento en sede administrativa, como en sede penal tributaria y agrega que, de aprobarse el proyecto de ley, se podría generar un doble juzgamiento, ya que el Servicio podría optar por ejercer la acción pecuniaria y a su vez, el Ministerio Público ejercer la acción penal"*. Agrega que *"se podría generar una pugna entre procedimientos por parte de los órganos del Estado y se lesionaría el debido proceso; como, asimismo, el derecho a un procedimiento racional y justo".*

Del mismo modo, expresa que *"la norma actual impide una acción persecutoria entre particulares o de órganos o servicios públicos que persigan injustificadamente a los contribuyentes y acota que el Servicio recopila y conserva la información del contribuyente para los fines propios de la Institución, que es aplicar y fiscalizar los impuestos"*. Destaca que *"la información de los contribuyentes está protegida por una serie de normas de carácter legal, por ejemplo Art. 35 del Código Tributario (reguardo de información tributaria)"*.[5]

Finalmente, se refiere *"al sentido histórico de la norma actual y agrega que en el marco de la tramitación de la Ley N° 19.806, del año 2002, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, se discutió las razones por las cuales debían mantenerse las facultades del Director del SII, en orden a presentar denuncia o interponer querella en <u>forma exclusiva respecto de los delitos tributarios"</u>*:

Señala que el entonces Director del SII, don Javier Etcheberry manifestó sobre el particular (da lectura)

> "*…que el tema de las funciones institucionales del Servicio de Impuestos internos de acuerdo a las nuevas reglas procesales*

[5] Ibid., p. 7 a 9

penales resultaba complejo, ya que producto de la fiscalización y de la necesidad de asegurar que las personas paguen sus impuestos, anualmente se detectaban más de 10.000 situaciones que podrían llevar a querellas por delito tributario. Hay muchas facturas falsas y contribuyentes que reiteradamente utilizan dichos documentos…"

"*…Puso de relieve que, de acuerdo a las atribuciones que tiene el Servicio de querellarse, o bien, de no querellarse y aplicar la sanción pecuniaria, los Directores Regionales que tienen delegada esa facultad, han aplicado en la gran mayoría de los casos sólo la sanción pecuniaria. Los casos más graves llegan al Departamento de Delitos Tributarios, donde son revisadas todas las pruebas y, en función de eso, se someten al Departamento de Defensa Judicial para que dé su opinión. Considerando esa opinión, sólo en ese momento el Director resuelve si interpone o no la querella respectiva.*

Puntualizó que este es un procedimiento que se ha aplicado desde el año 1960 y que ha permitido que, de los 10.000 casos de delitos tributarios detectados al año, solamente se presenten alrededor de 100 o 150 querellas anuales. procedimiento que funciona adecuadamente, Lo anterior demuestra que existe un en virtud del cual los casos más graves se llevan a los tribunales de justicia a través de una querella…"

Cita también la opinión dada en dicha ocasión el señor ***Enrique Silva*** Cimma señaló:

"(…) *que la esencia del problema deriva de la aplicación del artículo 80 A de la Constitución Política, norma que debía 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.

Si dicha disposición constitucional era 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 la de este proyecto de ley (…)"

Por último, hace presente que el señor Silva Cimma, manifestó compartir en ese sentido el razonamiento del Subdirector Jurídico del Servicio de la época:

"(…) *toda vez que es factible que Impuestos Internos llegue a la conclusión de que los hechos investigados, para lo cual habrá acumulado muchos antecedentes, son constitutivos de delitos, y, en ese ese momento, podrá pensarse que suspenda la gestión. Una solución distinta podría llegar a anarquizar el sistema, llegándose a jibarizar toda la gestión administrativa fiscalizadora, que va a tener tal carácter hasta el momento en que el órgano que tiene la responsabilidad estime que el hecho es constitutivo de delito (…)*"

El señor Mauricio Fernández Montalbán, Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional. Expresa que *"es complejo el análisis de esta materia, principalmente por la contingencia en la que estamos.* Manifiesta que *"ir generando algún grado de apertura de una acción no exclusiva del SII en materia de delitos tributarios ha sido algo en que el legislador ha ido avanzando, con la prudencia que un tema complejo como este requiere y de alguna manera, estos planteamientos recogen una excelente experiencia de trabajo entre el Ministerio Público y el SII"*. Señala como ejemplos, *"el proyecto sobre comercio ilegal* [6] *actualmente en Comisión Mixta y en el cual se entregan facultades al Ministerio Público en algunos de delitos de acción penal pública contemplados en el artículo 97 del Código Tributario y desde el 18 de febrero de este año, la figura de lavado de dinero proveniente del delito tributario (inciso tercero, número 4° del artículo 97 devolución indebida de impuestos) en donde el Ministerio Público puede actuar de oficio"*. Hace presente que *"como Fiscalía han planteado la necesidad de mejorías en las normas en lo sustantivo y procesal de los delitos de este tipo. Expresa que uno de los temas planteados es revisar el monopolio de la acción penal en materia de delito tributario y delito aduanero en lo que dice relación con la recopilación de antecedentes"*. Explica que *"hubo una propuesta (en una comisión extra parlamentaria organizada por el senador señor Tuma) que permitía en situaciones excepcionalísimas el accionar del Ministerio Público cuando la*

[6] Boletín N° 5069-03.

información de un eventual delito tributario se obtiene en la investigación de un delito común y en cumplimiento del artículo 162 se remite al SII para analizar su concurrencia, en el sentido de que si la respuesta del SII no se daba dentro del plazo (en total 90 días) el Ministerio Público podría recurrir al Juez de Garantía".[7]

El señor **Lorenzini** anuncia que votará en contra, expresando que *"si bien la idea es buena, no le queda claro si esto se extiende a los delitos aduaneros ni la forma en que se verá afectada la competencia de los Tribunales Tributarios y Aduaneros"*. Expresa que *"se está legislando para la galería y mientras más entes involucrados en el inicio del procedimiento de este tipo de delitos, crea un incentivo al contribuyente para eludir. Expresa que el Ministerio Público no tiene la pericia con la que sí cuenta el servicio para analizar estas materias"*. Dando un paso más allá, expresa que *"deben ser los Tribunales Tributarios y Aduaneros que deben dar un piso a los contribuyentes y, por otra parte, el Director del Servicio debería contar con otro mecanismo de nominación que asegure su independencia y objetividad para potenciar verdaderamente la fiscalización del Servicio"*. Finaliza su intervención señalando que *"el proyecto no resuelve el problema y que por el contrario, a la luz de lo expuesto por el SII, podría generar más inconvenientes".*[8]

El señor Silva manifiesta que *"es bueno tener esta discusión y dentro del tema central, hay a su juicio dos elementos que hay que cuidar: la especialidad, como para transformarla en acción pública en general y lo segundo, respecto de los incentivos que esta modificación generaría, porque quita el incentivo para el contribuyente de resolver cualquier situación tributaria a futuro".* Del mismo modo, *"hace presente que tal vez es necesario revisar los procedimientos a través de los cuales actúan ambos servicios involucrados".*[9]

El señor **Schilling** expresa que *"el proyecto tiene un tinte un poco exagerado generado por los últimos acontecimientos"*. Expresa que *"queda claro que hay un tema de especialidad que no puede ni debe ser obviado, lo que a su juicio es un argumento para votar en contra de la iniciativa"*. Agrega que *"se deben hacer cargo del ambiente que originó*

---

7 Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 6 de mayo de 2015, p. 10

8 Ibid., p. 10 y 11

9 Ibid.

la presentación del proyecto y ello no depende de una sola voz, sino de varias, todas las involucradas". [10]

El señor **Auth** consulta *"en qué medida el objetivo principal del servicio, que es la recaudación fiscal, puede verse afectada por la pérdida de esta exclusividad en el ejercicio de la acción penal y el incentivo que tendría el contribuyente para cumplir finalmente con la obligación tributaria".* Propone *"estudiar que la decisión para su ejercicio no recaiga en una sola persona"*

La señora **Bárbara Vidaurre** (Abogada de Libertad y Desarrollo) expresa que dará una opinión técnica del proyecto y destaca que ha sido profesora de derecho tributario.

Respecto del proyecto indica que el objetivo es *"otorgar titularidad activa al Ministerio Público para querellarse por delito tributario y que desde el año 60 no se ha discutido esta atribución exclusiva del Servicio de Impuestos Internos (desde ahora SII)"*. Expresa que *"de aprobarse el proyecto en los términos planteados quedan dos entidades con estas facultades lo que redunda en falta de certeza jurídica para el contribuyente; en el entorpecimiento de la actividad recaudadora; se rompe la armonía y justicia del sistema tributario, y habría una potencial vulneración a la garantía del debido proceso."*

Haciéndose cargo de la fundamentación del proyecto efectuada por sus autores, manifiesta que *"tanto el artículo 83 de la Constitución Política de la República como el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, consagran su facultad de dirigir en forma exclusiva la investigación de hechos constitutivos de delito, investigar, y ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley"*.

Hace presente que *"un elemento para dilucidar el debate es determinar la naturaleza de la acción penal en el delito tributario. En tal sentido, cita la letra g) del artículo 54 del Código Procesal Penal, que la califica como delito de acción pública previa instancia particular y precisa que, en estos casos, de conformidad con el inciso final del artículo 166 del CPP no podrá procederse sin que, a lo menos, se hubiere denunciado el hecho".*

[10] Ibid.

Expresa que *"el delito tributario no es la única excepción respecto de los delitos de acción pública en que el "resorte" de la querella no se entrega al Ministerio Público"*.

En cuanto a las razones por la que es una atribución privativa del SII, expresa que "*hoy el servicio detecta a través de su actividad fiscalizadora, unos 10 mil casos que podrían constituir delito tributario, que luego se van depurando, de modo tal que van quedando los más graves donde el SII opta entre perseguir la sanción pecuniaria o la acción penal, dependiendo esto en la práctica del peso de las pruebas con las que cuente".*

Luego, esboza las razones para mantener la acción privativa del SII destacando que *"en este tipo de delitos el bien jurídico protegido es la integridad fiscal, por lo que entregarla a otro órgano puede tener efectos en la recaudación tributaria; provocaría una paralización de la auditoría tributaria y generaría dificultades tanto para la determinación y cobro de impuestos y para la defensa del contribuyente ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros"*.

Explica que *"existe una coherencia en cuanto a que titular de la fiscalización del cumplimiento de la obligación tributaria sea quien presente la denuncia o querella porque esos mismos antecedentes recabados en fiscalización sirven de antecedente para sustentar acción penal. Si el proceso es iniciado por Ministerio Público a través de una querella en medio de proceso fiscalizador, éste queda inconcluso y se pierde oportunidad de recaudar"*.

El sistema actual *"da certeza jurídica para el contribuyente y se impide un doble juzgamiento en materia tributaria otorgando mayor nivel de seguridad para ciudadanía"*. Destaca que *"de aprobarse esta propuesta, se abre el peligro de que el contribuyente sofisticado use esta dualidad de sistema para no pagar los impuestos, mientras que el vulnerable quedará confundido en este nuevo sistema*.

Señala que *"Chile pertenece al CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias) donde se contempla una norma coincidente con este sistema. Recuerda que durante la discusión de la Reforma Procesal Penal se debatió esta materia y no fue una omisión del legislador el no otorgar al Ministerio Público acción en los delitos tributarios"*.

Hace presente que *"el otorgamiento de una facultad discrecional y privativa del SII no habilita ni justifica la arbitrariedad y nuestro*

ordenamiento jurídico sanciona severamente la arbitrariedad, constitucionalmente".

Finalmente, reitera que *"el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la integridad del patrimonio fiscal y la recaudación tributaria, que tiene como fin, financiar al Estado para que cumpla sus fines y el bien común; todo ello en concordancia con los criterios del SII para ejercer la acción penal: gravedad y reiteración de la conducta; Naturaleza del delito y efecto disuasivo (o ejemplificador)"*.[11]

El señor **Carlos Insunza** (Presidente de ANEIICH) expresa que *"si bien la facultad del artículo Art. 162 del Código Tributario aparece como una facultad discrecional, el SII tiene políticas internas establecidas en materia de ejercicio de acción penal, por lo tanto, la dicha discrecionalidad tiene parámetros y procedimientos de operación que regulan su aplicación, en el marco del conjunto de tareas institucionales"*. Los criterios que han regido el uso de dicha facultad, *"se encuentran desconcentrados en distintos organismos institucionales y apelan a la reiteración, la gravedad, la naturaleza del delito, el monto de perjuicio fiscal y la función ejemplificadora"*. La legislación *"no puede pretender normar en detalle todas las aristas del desempeño de ninguna institución, pero la legislación puede incorporar los imperativos respecto del accionar de dichos casos y la rendición de cuentas sobre la misma"*. Por lo demás, *"no se trata de la única facultad de carácter discrecional otorgada al SII, concurren en formatos similares la facultad de interpretación de la legislación tributaria, de reglamentación de procedimientos asociados al cumplimiento tributario o de condonación entre otros"*. Este tipo de facultades *"son recurrentes en las instituciones fiscalizadoras y reguladoras, así como en el caso de las instituciones persecutoras (TGR, Aduanas, DT, CDE, Fiscalía)"*.[12]

El señor Auth (Presidente de la Comisión) manifiesta que *"en lo personal, genera cierta desconfianza que una atribución de ese tipo se encuentre radicada en una sola persona y consulta si sería adecuado promover una decisión colegiada"*. El señor Melero expresa que *"al tenor de lo expuesto la sesión pasada por el Director del Servicio, la decisión pasa por un procedimiento reglado, por lo que no parece ser tan unipersonal".*[13] El señor **Auth** *"le hace sentido la contradicción que*

[11] Ibid., p. 13 y 14

[12] Ibid., p. 16

[13] Ibid., p. 19

existe entre la obtención de su objetivo de máxima recaudación con la de accionar penalmente. El incentivo para aceptar la propuesta será nulo si habrá otra entidad que podrá querellarse penalmente, la posibilidad de querella es para el servicio un instrumento indispensable para lograr este objetivo principal ya señalado".[14]

Señor Sergio Granados, Director de Presupuestos. Señala que *"el Ejecutivo considera que esta iniciativa introduce modificaciones correspondientes a materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, referidas a las facultades y funciones de los servicios públicos"*. Agrega que *"el Ejecutivo considera que se está otorgando una nueva atribución al Ministerio Público y hace presente que el Ejecutivo hará reserva de constitucionalidad en el momento respectivo"*.[15]

El señor Juan Apablaza, Presidente de la Asociación de Fiscalizadores de Impuestos Internos de Chile. Expresa que la Asociación que representa *"considera fundamental y estratégico que la acción penal tributaria continúe radicada exclusivamente en el Director del SII"*. En cuanto a los fundamentos de dicha postura señala que "*el sentido de la norma se condice con el rol de la Administración Tributaria. Hay una recopilación de antecedentes radicada en los fiscalizadores (CT) quienes cuentan con un alto grado de conocimiento de las normas tributarias. Agrega que los informes emanados de dicha recopilación contienen análisis técnicos y legales los que permiten determinar ejercer o no la acción penal"*. Señala que *"de los casos totales auditados se determina cuales son objeto de percusión penal mediante la aplicación de criterios (reiteración, gravedad, naturaleza, perjuicio fiscal) y el cumplimiento de los plazos de prescripción"*. Expresa que *"la facultad se conforma en relación al derecho comparado y a la sentido estratégico de optimizar la recaudación y la norma chilena se condice el modelo del Código Tributario para América Latina".*[16] En relación con la acción penal, como fuente ejemplificadora *"el SII tiene las facultades para*

---

14 Ibid., p. 20

15 Ibid., p. 21

16 Expresa que el modelo de código tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias contempla (versión 2006. Sección 3. Delitos tributarios, página 98) contiene la siguiente norma:
Artículo 174. Titular de la acción penal:
"Las acciones penales por delitos tributarios ante la justicia ordinaria serán iniciadas por querella o denuncia del titular de la Administración tributaria, el cual podrá actuar por sí o por medio de mandatarios, y podrá ser ejercida sin más trámite que la constatación fundada de que se ha cometido un delito tributario. ".

aplicarla, sin embargo esta discrecionalidad se resguarda por parámetros y criterios establecidos. Así en relación con las empresas fantasmas (aprovechamiento de pérdidas ficticias) el SII no se querelló contra las todas las empresas, bastó unas pocas para causar el efecto disuasivo. Se recaudó una gran cantidad usando los recursos de manera eficiente y en el corto plazo".[17]

Sometido a votación en general el proyecto recibe el voto afirmativo del Diputado señor Pepe Auth; los votos en contra de los Diputados señores Joaquín Lavín (por el señor De Mussy); Pablo Lorenzini; Patricio Melero; José Miguel Ortiz; Ricardo Rincón; Alejandro Santana; Marcelo Schilling; Ernesto Silva, y Osvaldo Urrutia. se abstienen los Diputados señores Enrique Jaramillo y Manuel Monsalve. **Rechazada la idea de legislar.[18]**

3. **Informe de la Comisión de Constitución**

El Fiscal Nacional del Ministerio Público, señor Jorge Abbott, señaló que, *para el Ministerio Público, el proyecto de ley en tramitación, satisface las expectativas de la institución, cuestión que viene reclamando hace un tiempo, y que dice relación con la necesidad que el Ministerio Público, como órgano autónomo, tenga la facultad para ejercer la acción penal en toda clase de delitos"*.

Esto se planteó *"al momento de legislar sobre la colusión, también sobre las facultades del Servicio Electoral y, ahora, sobre el artículo 162 del Código Tributario, pues la cuestión es la necesidad de una igualdad ante la justicia penal. No pueden existir situaciones de privilegio de personas que incurren en conductas ilícitas, como infractoras de ciertos bienes jurídicos de magnitud principal, cuya infracción trae aparejada la aplicación de una pena. Si la infracción de esas normas trae aparejado una pena, no se ve razón porque otros órganos distintos tengan iniciativa exclusiva en esos temas"*.

Esto persigue *una coherencia en el sistema penal, pues de lo contrario se perciben como sectores privilegiados, pues pueden no ser objeto de una sanción penal a través del pago de una multa, y esto favorece a sectores más acomodados de nuestra población. Hay un reclamo de la sociedad sobre la igualdad, las personas que incurren en*

[17] Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 6 de mayo de 2015, p. 22 24

[18] Ibid., p. 25

conductas que son constitutivas de delitos deben ser tratadas con el mismo parámetro.

Hay *un reclamo por la discriminación arbitraria que se produce por no tener un igual tratamiento respecto de las personas respecto a sus propias conductas. Y uno lo puede ejemplificar, se ha hecho en más de una oportunidad, que se castigue un portonazo, que se apliquen sanciones severas, se ha legislado en implementar la penalidad de ese tipo de delitos, de aplicar modificaciones en la responsabilidad penal, pero quienes incurren en delitos que afectan a bienes jurídicos similares, como la apropiación de dineros que deberían estar en el erario nacional tratándose de delitos tributarios, o en el bolsillo de los consumidores en el caso de la colusión, tienen un tratamiento distinto y dependen de la decisión de un órgano administrativo y no autónomo como el Ministerio Público, que tiene más libertad para tomar sus resoluciones y para aplicar principios coherentes del sistema en su conjunto*

En consecuencia, *la discusión penal más que administrar las infracciones en materia tributaria, inhibe la realización de conductas. Cuando no existen limitaciones de esta naturaleza, y existe el riesgo cierto de ser objeto de persecución penal, es una posición bastante más disuasiva que el caso tributario, de los contribuyentes, que la eventual sanción que va a depender de una decisión de orden administrativa, que se ha explicitado.*

Ese es su basamento, *el reclamo por la igualdad ante la ley que le parecía particularmente grave, se requiere coherencia con todos los ciudadanos que incurren en conductas infractoras de la ley penal, y no solo de las personas que carecen de recursos*. Cuando se discutió la reforma procesal penal, *una de las cuestiones a resolver era que el Ministerio Público no fuera una máquina de moler carne, pero la igualdad ante la ley impide que haya sectores privilegiados en sectores tributarios, monopólicos, o temas electorales.*[19]

El Director del Servicio de Impuestos Internos, señor Fernando Barraza, señaló que, para analizar debidamente el debate, se requiere mucha información. Si se analiza la moción, y se ven sus implicancias, el Servicio *utiliza un enfoque de trabajo que analiza la complejidad de cada caso, según un modelo de gestión de cumplimiento tributario, donde se ve la proporcionalidad de nuestras acciones de tratamiento frente a las diversas situaciones de incumplimiento tributario. En el marco de la legislación tributaria vigente, que no es solo*

[19] Informe de la Comisión de Constitución, p. 5 a 7

el uso de documentos tributarios falsos, involucra precios de transferencia, exceso de endeudamiento, nula o baja tributación, normas antielusión, el análisis técnico es mucho más profundo que el solo ingreso de querellas. Por lo tanto, cuando se toma conocimiento de las diversas situaciones que requieren una especialización profunda para definir las acciones proporcionales, se hace para cumplir las obligaciones tributarias.

Y por qué se necesita cumplir las obligaciones tributarias, porque se hace para lograr los ingresos que necesita el país para su desarrollo. Esta situación afecta la base impositiva nacional, y se pone en riesgo el patrimonio fiscal. Si se ve cuáles son las diversas acciones de tratamiento que el Servicio utiliza cuando se detecta incumplimiento tributario, son proporcionales al nivel de incumplimiento. Así, hay incumplimiento por el simple desconocimiento u error del contribuyente, donde se aborda de modo masivo para efectos que se corrija el incumplimiento y lo reparen. Acá no hay siquiera sanciones pecuniarias, son meras acciones administrativas.

Cuando se detecta una infracción tributaria, por una parte la sanción a la infracción puede ser la multa, la que procede una vez que se ha pagado la diferencia de impuestos. En infracciones en que no es posible comprobar el dolo, se tiene esa herramienta. Pero cuando se ve la posibilidad de pena pecuniaria o privativa de libertad, se aplican diversos criterios, tales como el monto del perjuicio fiscal, la reiteración en la comisión de los delitos, el uso de asesoría tributaria, el efecto disuasivo, la calidad y suficiencia de la prueba y la factibilidad de obtener una condena.

Es relevante la factibilidad de condena. La herramienta de la querella es una acción excepcional, pues se considera que se genere el efecto disuasivo. Si se querella contra todos, el efecto disuasivo se relativiza. Así, acá se aplica una de las vías necesarias, ya sea la sanción pecuniaria, la que es resuelta por un Tribunal Tributario y Aduanero, donde se aspira a obtener, una vez pagados los impuestos, al menos al 50% del perjuicio fiscal como sanción, cuestión relevante al momento de maximizar los ingresos tributarios. Por eso, algunas veces, se opta por la sanción pecuniaria y en otros, por la querella, donde los antecedentes reflejan que son de mucha mayor gravedad.

Frente al incumplimiento de infracciones tributarias, existen estas dos alternativas de detectarse un caso sancionable con ambas sanciones. Este es un trabajo no menor, es de alta especialización, incluso con llamado de declaración de los involucrados, con la auditoría

de los libros contables, que finalmente determinan las razones para efectos de determinar si se aplica una sanción u otra.

La recopilación de antecedentes es un conjunto de diligencias para buscar la evidencia pertinente para acreditar un determinado hecho. El sentido de la norma actual, se condice con ello. El procedimiento es de naturaleza administrativa. En segundo lugar es realizado por especialistas, quienes también lo son en modelos de negocios, no solo en tributación. Los informes tienen análisis técnicos, y de los efectos de la gestión en la recaudación tributaria.

Es relevante considerar que se resguarda el tesoro público y el patrimonio fiscal, que es el bien jurídico protegido, pues lo que le corresponde al Servicio es velar por éste. Cuando se persigue la sanción, lo que se busca es proteger el bien jurídico y que los contribuyentes de modo equitativo cumplan con la ley. De prosperar la moción propuesta, se vería obstaculizada la oportunidad de la acción del Servicio, pues habría una disputa por los antecedentes. Claro, se puede establecer un trabajo conjunto, hay una relación de colaboración, pero cuando se haga una auditoria, si prospera la moción, el Ministerio Público podrá de oficio iniciar la acción penal y ello redundará en que en muchos casos se verá mermada la recuperación de los ingresos fiscales, pues el que está motivado a pagar, pero esta investigado, esperará a que termine el juicio penal, y no tendrá otro incentivo para cumplir la sanción pecuniaria.

De concretarse la moción, el Ministerio Público requeriría toda la documentación del Servicio, y paralizaría su acción. Se presentarían dificultades para lograr la determinación de los impuestos en la oportunidad debida, y en materias de prescripción, donde los plazos siguen corriendo, de generarse algún obstáculo, se podrían ver casos en que terminaría imponiéndose el plazo de prescripción, y no se podría recuperar los impuestos ni siquiera por la vía civil. El Servicio no solo recopila antecedentes fundantes, sino también persigue el cobro, y si el Ministerio Público inicia una querella, se suspendería el procedimiento de cobro. Las normas actualmente impiden el doble juzgamiento, tanto en sede administrativa como penal. De aprobarse, habría doble juzgamiento, el Servicio podría instar por la sanción pecuniaria y habría pugna entre los servicios del Estado, lo que generaría incertidumbre en los contribuyentes.

Hoy se resguardan lo antecedentes de cada contribuyente, existe la reserva tributaria, y eso significa que cuando el servicio recopila los antecedentes, conserva la información solo para los fines propios del

Servicio, que es aplicar los impuestos. La información de los contribuyentes está protegida por una serie de normas de carácter legal, se resguarda la información de los contribuyentes, quienes tienen el legítimo derecho de que se vele por los antecedentes tributarios que han puesto a disposición del Servicio para hacer una auditoria. Eso es relevante.

La actual norma del 162, se condice con las prácticas internacionales, el tener la facultad exclusiva es comparable al de países tales como Alemania, Holanda y Estados Unidos, entre otros. Según reportes de la OCDE es comparable con la de países desarrollados. Acá no se está hablando de un caso raro que ocurre solo en el país. Esto también es un argumento más para no acoger la moción.[20]

El diputado señor Tarud señaló que el Ministro Juica se ha pronunciado en la misma línea que el Fiscal Nacional, y que este proyecto que se ha presentado. El Contralor General de la República ha pedido que se clarifique cómo se definen la interposición de una querella, pues hay una duda general en el cómo se querellan. Acá, en una radio un diputado argumentó que esto sería inconstitucional, o propio de ley orgánica pues se le daría una nueva atribución a la Fiscalía, pero eso no resiste ni siquiera un análisis para un estudiante de derecho, pues la Fiscalía tiene la obligación de perseguir los delitos. Lo único que se persigue con este proyecto, es terminar la con el hecho que la decisión la adopte un funcionario designado por el gobierno de turno, es un tema de la justicia. Evidentemente, esto tiene que cambiar. Sobre la comparación con los demás países, no todo lo que hagan los demás es correcto, había discriminación ante la ley entre contra quienes sí y quienes no se interponen querellas. Si hay delito de por medio, esto tiene que ser de acción pública, como todos los delitos, y los jueces, juzgar, que a ellos les corresponde. Esperaba que este proyecto se votara pronto, ojalá el mismo martes, para que pueda pasar a la Sala, pues en ella se puede revertir la situación de lo ocurrido en Hacienda.[21]

La diputada señora Turres, doña Marisol, estimó que había dos temas, uno de forma y otro de fondo. El de fondo sin duda era a quien dejar con la iniciativa para efectos de solicitar que estos delitos se investiguen. En lo personal, le parecía bien que la iniciativa la tenga el Servicio, como el caso de colusión la tenga la Fiscalía Nacional Económica. Pero ese no era el punto, la cuestión era saber por qué hoy

[20] Ibid., p. 7 a 14

[21] Ibid., p. 14

estamos acá en esta sala. Eso preocupa, ahí es donde ha habido serias discrepancias con el Servicio y el Ministerio Público.[22]

El **Diputado Andrade**. Así, la distinción que se haga para efectos de esta moción, para que tenga esta centralidad, necesitaría que cuando el delito tributario tenga que ver con la defraudación del fisco, el enriquecimiento de una persona, no veía razón alguna para que el Servicio no tenga la primacía de la acción penal. Pero cuando el delito tiene el fin de influir en la voluntad soberana que se expresa en la política, eso ya excedió el tema tributario y se metió en la libertad de decisión. Así, cuando el delito es de otra entidad, debería el Ministerio Público tener la primacía, tal vez pensar en un tema de cuantías sería una opción a analizar.[23]

Diputado señor Ceroni Desde ese punto de vista, se empiezan a tener dudas, pues aquel contribuyente que sabe que finalmente al descubrirse los hechos en que está involucrado, se le sancionará también por el Ministerio Público, y tendrá sanciones altas, no va a aportar ningún antecedente ni llegará a acuerdos con el Servicio, y tratará de evitar con sus abogados, por todos los medios posibles, que se le sancione. Al final, nos quedaremos sin pan ni pedazo, el Ministerio Público no llegando a la sanción penal y el Servicio no llegando a recaudar. Sobre todo, partiendo de la base que, para establecer estos hechos, se requiere gente especializada. El Servicio tiene años en esto y cuando ha habido una situación que no es la procedente, actúa, y sobre eso uno diría que ahí como que habría una falencia grande en el Ministerio Público, pues ese personal, podría estar equivocado, pero pareciera que no lo tiene y si en cambio el Servicio, para efectos de recuperar los dineros.[24]

Diputado señor **Soto** Estaba de acuerdo en que no todo delito tributario debiese ser materia de una investigación penal, pues probablemente los delitos de bagatela no deberían llegar a tribunales. Pero tratándose de las empresas más grandes de Chile, con indicios concretos de haber cometido fraude, se ve de modo nítido la justificación de las acciones penales. No hay mejor elemento disuasivo que el ejercer acciones penales cuando las personas son poderosas.[25]

---

22 Ibid., p. 15

23 Ibid., p. 19

24 Ibid., p. 20

25 Ibid., p. 21

El diputado Monckeberg, don Cristián En tal sentido, había que tener claridad sobre el tema de la constitucionalidad, pues si el Supremo Gobierno anunció que plantearía cuestión de constitucionalidad, y la Comisión de Constitución está evitando el debate sobre la materia. Entonces, habría que ver si consultar a Secretaría sobre el tema, pues sobre tenía dudas, los datos no eran claros, no sabía si se había abordado una respuesta al tema del doble juzgamiento, si el Ministerio Público se hacía cargo de la persecución penal, y el Servicio seguía en la sede administrativa o civil, y, por lo tanto, generaba un grado de complejidad importante en el sistema jurídico. Esa es la cuestión más de fondo sobre los temas planteados.[26]

El diputado señor Coloma señaló que compartiendo lo planteado por el diputado Monckeberg, solicitó a la Secretaría si a su juicio era o no admisible el proyecto de ley, pues se trataría evidentemente de una atribución de la Presidencia de la República. Por ello, quería conocer la opinión de la Secretaría. En segundo lugar, estimó que se estaba discutiendo el proyecto de ley equivocado. Quizás la cuestión a discutir sea la independencia del Servicio de parte de las autoridades políticas.[27]

El diputado señor Chahin (Presidente) expresó que, en primer término, sobre el tema de la admisibilidad, le corresponde como Presidente pronunciarse sobre ello. A su juicio, no se estaba otorgando una nueva atribución al Ministerio Público, no se le creaba una facultad nueva, sino lo que hace la moción es eliminar una traba procesal para dar inicio a una investigación penal, y, por lo tanto, el tema de la constitucionalidad quedaba zanjada a partir del propio texto constitucional. Nadie podría plantear que acá se da una nueva atribución. Acá hay buenos argumentos que se han expresado, tanto por el Servicio como por el Ministerio Público, y el gran problema es la discrecionalidad. Ojalá nunca más el Servicio se vea presionado, y que cuando tenga buenas razones para adoptar una decisión en un u otro sentido, no sea objeto de un escarnio público enorme. En este caso, no solo el Ministerio Público está impedido de investigar de oficio, pues el Consejo de Defensa del Estado tampoco puede actuar, salvo requerimiento del Servicio. Y cuando se tiene un servicio público encabezado por una autoridad unipersonal, esa discrecionalidad puede terminar en arbitrariedad, y un servicio tan importante debe verse liberado de esa tensión. Se vio respecto de ciertas condonaciones, en el

[26] Ibid., p. 22

[27] Ibid., p. 22

caso Johnson, que debería haber una colegiatura en ese Servicio, y uno lo que empieza a mirar es el derecho comparado. En el derecho alemán, efectivamente el Ministerio Fiscal delega facultades en la administración tributaria, pero hay casos en que sí puede investigar, por ejemplo, cuando hay delitos conexos. Así, cuando solo es un tema tributario, puede delegarse, pero de lo contrario, el Ministerio actúa por sí. En España prima la cuantía, cuando es sobre 120.000 euros, el Ministerio Púbico puede actuar de oficio, no requiere pronunciamiento previo. En el derecho francés, quizás lo más parecido a lo nuestro, la autoridad tributaria tiene el monopolio de la acción penal, y debe decidir si actúa o no penalmente, pero tiene un requisito de una opinión favorable de una comisión de expertos, comisión integrada por personas calificadas, hay una comisión colegiada, con autoritas para pronunciarse sobre ello. Es claro que dentro del Ministerio Público deben existir unidades especializadas, pues no es un tema fácil, y requiere de análisis técnicos. Por lo tanto, a su juicio, había dos caminos posibles. Cabría respaldar esa vía, que lo que busca es ir generando criterios objetivos que establezcan un espacio para que Servicio pueda adoptar la decisión, y respecto a delitos conexos, pueda de oficio investigar el Ministerio Público. Eso le quita discrecionalidad al Servicio. Otra alternativa, subsidiaria, es eliminar el requisito que el Consejo de Defensa del Estado tenga que necesitar el requerimiento del Servicio para querellarse. Ahí se tiene un órgano colegiado que toma las decisiones en sus diversos comité, acá sería el comité penal.[28]

Podría ese órgano colegiado decidir si se querellan o no, e iniciar la acción penal. La primera conclusión, en el marco de una discusión pública, da cuenta de la necesidad de legislar, avanzar si los términos de la moción es la vía más apropiada, es un tema a debatir. Parecía apropiado el camino de buscar estos requisitos, condiciones, para que el Ministerio Público pueda actuar de oficio.

El diputado señor Cornejo señaló que de la intervención del diputado Tarud, se demuestra que un proyecto de esta naturaleza no es bueno discutirlo ni intercambiar opiniones a mata caballo. Creía que no era un buen sistema de legislar el que se den mandatos imperativos para pronunciarse sí o sí en una semana, no era un buen pronunciamiento el que saldría de esa forma de trabajar. En segundo lugar, insiste en la posibilidad de pedir un plazo razonable, pues es bueno escuchar al Ministerio Público y al Servicio, pero también a quienes tienen miradas sistemáticas sobre este tema. Sin entrar a discutir sobre el mérito de la indicación anunciada, podría haber otras

[28] Ibid., p. 24

implicancias jurídicas en estos temas. Por ello, convendría escuchar exposiciones más bien del mundo penal. Agregó que le llamaba profundamente la atención la discusión de este proyecto, pues esta facultad del Director del Servicio la tiene hace bastantes años, y la pregunta que cabe hacerse es por qué después de tantos años se discute si es conveniente si la mantiene o no. La discusión se genera por la discusión de todo lo que ha ocurrido. La institución del Servicio, o esta misma Institución a la cual pertenece esta Sala, no goza de confianza, de falta de credibilidad, todo se da dentro de la atmósfera de reciproca desconfianza, donde no quería decir que sería el tema de la comisión, pero decisiones diversas podrían motivar a votar en un u otro sentido debido no a convicciones personales, sino a otras de otro tipo. Tercero, en ese ambiente, las dos cosas que se han cuestionado son las siguientes. La primera, la facultad decisoria de Servicio, que en esta atmósfera se pone en duda la autonomía del Director del Servicio. Ha leído con atención el artículo que escribió el Director del Servicio hoy en el Mercurio. Fíjense que, si se lee con atención, los argumentos para justificar de buena manera, y de buena fe, la actuación del Servicio, servirían incluso para justificar en muchos casos el que no tenga la facultad que pretende defender. Cuando él pone el acento en criterios técnicos, de rigor técnico y de propósito recaudatorio, esa misma justificación permitiría que el tema penal no esté en el Servicio. Y el segundo tema puesto en duda, es si es conveniente o no que una autoridad unipersonal tenga la facultad para decidir por sí y ante sí si se querella o no. Podía equivocarse, pero entendía que había otras autoridades, había varias otras situaciones donde ello es así. Es decir, donde esa aparente discrecionalidad existe, y no ha sido cuestionada. Dicho eso, estimó que podrían haber, y por esa razón valdría la pena tener más sesiones, pues caben varias fórmulas de solución.[29]

El diputado señor Squella señaló que sobre los argumentos que se han esgrimido, tenía algunas dudas. Se habla de la discrecionalidad insólita que ha tenido el Director del Servicio, y entonces por ello, tendría que entregarse la facultad al Ministerio Público, sin necesidad de contar con su informe previo, pero el Ministerio Público también goza de cierta discrecionalidad, goza del principio de oportunidad, y al interior del Ministerio Público, al gozar de ese principio, tratan de incluirlo en ciertos parámetros racionales. Que quería decir con esto, la discrecionalidad no es el problema, la arbitrariedad si lo es. Entonces, había que hacerse cargo de la arbitrariedad.[30]

---

[29] Ibid., p. 25 y 26

[30] Ibid., p. 27

El Fiscal Nacional del Ministerio Público, señor Jorge Abbott, señaló que, sobre la titularidad en la acción penal en delitos tributarios, desde 1960 se mantiene la titularidad en el Servicio de Impuestos Internos. Durante la reforma procesal penal hubo una discusión, y ya en aquella época hubo discrepancia entre los ministerios de Hacienda y de Justicia. El ex director Etcheverry estuvo por mantener la facultad en el Servicio, pero Rafael Blanco estimó que el ejercicio de la acción penal correspondía al Ministerio Público. Al respecto, cabía recordar que ni el Código Procesal Penal ni las leyes adecuatorias tuvieron control de constitucionalidad, y en ese sentido, el ex Fiscal Nacional Piedrabuena estimó que el artículo 162 del Código Tributario es inconstitucional. Así, acá no se agrega nada al Ministerio Público, y no se le quita nada al Servicio, pues también mantendría el ejercicio de querellarse. Así, no hay un problema de constitucionalidad.[31]

El Director del SII Se ha señalado que lo que se busca es la igualdad ante la ley, pero quiere plantear que es importante precisar cuando se hablaba cuando se hablaba de igualdad ante la ley. No podían estar contra ese principio, pero había que precisar, que tal como la Constitución Política dispone, no implica una igualdad aritmética, que sería querellas para todos, o ninguno. La igualdad consiste en tratar igual a lo que están en la misma situación. Al sancionar a quienes cometen infracciones, tanto en las acciones administrativas como infraccionales y penales, se vela por el principio de igualdad, pues se distingue razonablemente entre quienes se encuentran en situaciones distintas, si acaso hubo auto denuncia, reiteración, montos involucrados, etc. Por último, es necesario plantear que las aspiraciones de otra índole, razonables y legítimas, las aspiraciones de persecución del uso irregular de las campañas políticas, o la aspiración de perseguir adecuadamente delitos de cohecho, toda la ciudadanía anhela que eso se persiga, pero cabía hacer un llamado de atención a toda la ciudadanía, y era que a través de la norma tributaria, y a través de un Servicio como el nuestro, técnico, riguroso, no era razonable, no le hacía bien a la institucionalidad, que muchas otros delitos o faltas, como aquí se ha señalado, pretendan ser resueltos usando la norma tributaria, usando un servicio centenario, que ha prestado sus servicios al país, para fines que no le son propios.[32]

---

31 Ibid., p. 29

32 Ibid., p. 32 y 33

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento acordó, por 8 votos a favor, 2 en contra y 3 abstenciones, proponer a la Sala se apruebe la idea de legislar del proyecto de ley en informe, rechazando lo recomendado por la Comisión de Hacienda.

Votaron por la afirmativa los diputados señores Andrade, don Osvaldo; Ceroni, don Guillermo; Chahin, don Fuad; Cornejo, don Aldo; Gutiérrez, don Hugo; Rincón, don Ricardo; Saffirio, don René y Soto, don Leonardo.

Votaron en contra los diputados señores Coloma, don Juan Antonio y Ward, don Felipe. Se abstuvieron los diputados señores Monckeberg, don Cristián; Squella, don Arturo y Trisotti, don Renzo.[33]

4. **Segundo Informe de la Comisión de Constitución**

En el debate previo del proyecto **el Ministro de Hacienda(S), don Alejandro Micco** señaló que respecto de la reserva de constitucionalidad formulada por el Gobierno, respecto del proyecto en discusión, cabe señalar que ella pretende modificar el artículo 162 del Código Tributario, derogando la exclusividad del Servicio de Impuestos Internos para deducir querella en caso de delitos tributarios.

La moción, a juicio del Ejecutivo, es inadmisible, ya que invade las facultades de iniciativa exclusiva que corresponden al Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en el N°2 del inciso cuarto del artículo 65 de la Constitución Política de la República que señala que: "Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para: 2° Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.".

Resulta de manifiesto que el proyecto de ley altera las funciones del Ministerio Público, dándole facultades que no tiene. Ello, no puede ser otorgado por iniciativa parlamentaria, sin infringir las normas constitucionales, antes mencionadas, por lo cual hacen, nuevamente reserva de constitucionalidad.

Un elemento que debe considerarse es el de la especialidad del Servicio de impuestos Internos para ejercer la acción penal pública tratándose de delitos tributarios.

---

[33] Ibid., p. 33

A ello, se suma el principio del "secreto tributario", en el sentido de que todos los antecedentes del contribuyente son manejados por el Servicio de Impuestos Internos, con reserva.

Entre las razones del por qué el Servicio de Impuestos internos detenta el monopolio de la acción penal radica en que dicha facultad constituye un apoyo del rol fiscalizador que cabe a dicho Servicio.

Un punto importante, también lo constituye el tema de la forma en que se ejerce la facultad del artículo 162 del Código Tributario, la cual, en ningún caso, es arbitraria. Por el contrario, ella se ejerce teniendo en consideración una serie de criterios. Ellos son:

- Gravedad de los ilícitos.
- Reincidencia de las conductas.
- Uso de asesoría tributaria para la comisión del delito tributario.
- Efecto disuasivo del ejercicio de la acción penal en otros contribuyentes.
- posibilidad efectiva de obtener condena por el delito tributario.

Además, cabe señalar que la infracción tributaria es sancionada, tanto en sede penal como administrativa, por lo que no es efectivo que de no ejercerse la acción penal se da la impunidad por el delito cometido.

Finalmente, reitero la inconstitucionalidad del proyecto en discusión, por recaer en materias cuya iniciativa la constitución reserva al Presidente de la República.

El diputado don Cristián Monckeberg, señaló que no es su intención ahondar en el tema de inconstitucionalidad del proyecto. A él le interesa saber si existe interés del Ejecutivo por explorar una solución a este tema.

Agrega que, en su opinión, debiera mantenerse la facultad de ejercer querella en el Director del Servicio de Impuestos, ero regulando la discrecionalidad con que se ejerce, estableciendo, por ejemplo, que sea un órgano colegiado al interior del servicio y no la decisión de una sola persona.

El profesor de Derecho Tributario, señor Alfredo Ugarte, señaló que le habría gustado que el Ejecutivo hubiese defendido la

norma sobre anti elusión, con la misma fuerza con que defiende la facultad discrecional del Director del Servicio de Impuestos Internos.

Agregó que, en su opinión, y una vez revisadas las intervenciones de los numerosos actores que han intervenido en debate de este tema, se suelen confundir conceptos y procedimientos. Cita el caso de un funcionario del Servicio de impuestos Internos que lo hizo respecto del proceso de investigación y el de cobro. Al Servicio de Impuestos Internos no le corresponde cobrar estos últimos. El ejercicio de la acción penal o denuncia nunca podrán alterar los procedimientos y facultades legales de cobro de impuestos o tributos que tiene la Tesorería General de la República al efecto.

Tampoco se pueden confundir los conceptos de infracción tributaria o contravención (falta) con lo que es un delito tributario. Los primeros son propios del ámbito técnico administrativo y el otro es de carácter de investigación penal.

Respecto de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República se ha señalado que podría haber, en principio, una inconstitucionalidad en la tramitación de este proyecto de Ley, por estimarse que se trataría de una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, toda vez que estaría inserto en la reserva de iniciativa legal que establece el artículo 65 de la CPR. A este efecto, cabe señalar que de acuerdo a la historia de la ley, tanto en su formación en las comisiones constitucionales que dieron origen a la Constitución de 1980, como sus modificaciones posteriores, quedó establecido que dicha reserva e iniciativa exclusiva del Presidente de la República se refería a la creación e implementación o modificación de estructuras de los servicios públicos del Estado que implicaran o irrogaran un mayor gasto fiscal o afectaran el presupuesto de la nación establecido en la Ley de Presupuesto, pero en ningún caso priva la iniciativa parlamentaria para perfeccionar, modernizar o agilizar la acción de los órganos del Estado en la medida que ello no afecte o implique mayor gasto financiero del Estado.

Respecto del proyecto de ley, la norma fundamental respecto al ejercicio de la acción penal en materia tributaria es el artículo 162 del Código Tributario.

Esta disposición establece una excepción a lo dispuesto en los artículos 53 y 172 del Código Procesal Penal. En efecto, de acuerdo al artículo 162, citado, la investigación de hechos que revisten caracteres de delitos tributarios solo puede ser iniciada por denuncia o por querella

del SII, o por querella del Consejo de Defensa del Estado a requerimiento del SII, en circunstancias que el artículo 53, citado, clasifica la acción penal en pública o privada, siendo la primera la regla general pues la acción penal pública es la que se establece para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial y deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. En tanto el articulo 172 citado, que regula las 'Formas de inicio' del procedimiento penal, establece que la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querella.

En el caso de la acción penal por delitos tributarios, es una acción pública, pero se haya sometida a una regla especial, la iniciativa exclusiva del Servicio de Impuestos Internos.

Sin duda, el aspecto más importante en cuanto al ejercicio de la acción penal es la facultad discrecional del Director del SII para perseguir penalmente los hechos que pueden ser sancionados con pena corporal y multa. Se trata de una facultad excepcional y extraña en nuestro ordenamiento jurídico, pues no está directamente sujeta a ningún tipo de control, lo que constituye una situación excepcional pues se aparta de la regla o condición general en el derecho público y verdaderamente extraña tratándose de una autoridad sin legitimación democrática directa, desde que el cargo de Director lo designa el Poder Ejecutivo (situación análoga y de hecho se da con la calificación o autocalificación que hace el propio Director del SII respecto del secreto o reserva tributaria como argumento para no entregar la información requerida por las comisiones investigadoras de la Cámara, en uso de la facultad constitucional de fiscalización de los actos de la administración, pues aquí tampoco habría un control real).

Si el Director opta por no perseguir el hecho penalmente, se aplica el procedimiento administrativo previsto en el artículo 161 del C. T., procedimiento que no está diseñado, por cierto, para la investigación de hechos que revisten caracteres de delito, sino para la imposición de una multa por contravenciones administrativas.

El problema mayor que trae aparejado este sistema de una facultad discrecional de la autoridad tributaria, es precisamente la falta de certeza jurídica sobre cuáles son las razones o parámetros que el Director del SII debe considerar para adoptar la decisión de ejercer la acción penal o sólo perseguir la sanción pecuniaria derivada del delito. La propia ley no señala cuales son las circunstancias o elementos que debe considerar el Director del SII para fundamentar su decisión.

El propio Servicio mediante actos administrativos ha considerado como criterios fundantes de la decisión de ejercer o no la acción penal, los siguientes : la cantidad y calidad de la prueba reunida, el monto del perjuicio al interés fiscal, la naturaleza y gravedad de la o las irregularidades sancionadas, la posible propagación, el efecto ejemplificador que pudiera lograrse, si el contribuyente contó con asesorías contables o profesionales para evadir impuesto, la reiteración del acto doloso, y, cualquier otra circunstancia relevante sobre la conducta del contribuyente.

Sin embargo, no hay certeza de que las decisiones del organismo público se hayan basado siempre en esas consideraciones de autoregulación, y por el contrario hay evidencia de que la decisión del no ejercicio de la acción penal ha obedecido a otras razones, como el mismo Director de la institución lo ha expresado, por ejemplo dar la prioridad a la recaudación. Así como por otra parte, históricamente se aprecia la presentación de múltiples querellas, por ejemplo en casos de delitos de comercio clandestino, en que el perjuicio fiscal aparece como ostensiblemente bajo y la relación costo beneficio es inversa y además se trata de contribuyentes de escasa preparación y sus acciones muy evidentes y a veces burdas.

Por lo anterior, se concuerda con lo sostenido recientemente por la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 014000, de 21 de Abril del 2017, en que señala que pese a tratarse de una atribución discrecional del Director del SII, resulta indispensable que las decisiones que adopte en la materia tengan un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante que estas no obedezcan al mero capricho de la autoridad, sino a criterios objetivos que le otorguen legitimidad. Para estos efectos las autoridades y los funcionarios del SII están obligados a observar el principio de imparcialidad consagrado en el artículo 11 de la ley N°19.880 y el ejercicio oportuno de las facultades (Procedimiento administrativo).

La recopilación de antecedentes o investigación de delitos tributarios, por la complejidad de la materia, requiere de un organismo especializado, que cuente con la capacidad para, precisamente, descubrir los hechos que configuran estos delitos. Independientemente de la posible falta eficacia en el actuar del SII en esta materia, objetivamente cuenta con una capacidad instalada para realizar dicha tarea, como ningún otro organismo del Estado tiene. Pero debe regularse legalmente su actuación en la materia.

Podría mantenerse la facultad del Director del SII exclusiva en algunos casos, sin embargo es imperativo que para evitar situaciones de arbitrariedad y decisiones legalmente infundadas, y sobre todo para garantizar adecuadamente la igualdad ante la ley en esta materia, debe regularse la mencionada facultad de manera que la ley establezca los criterios objetivos que deberían considerarse para adoptar la decisión de ejercer la acción penal tratándose de delitos tributarios.

Por consiguiente resulta imperativo modificar el actual sistema que ha evidenciado múltiples deficiencias y fallas y, evidentemente, una falta de garantías contra la arbitrariedad en la toma de decisiones y que se respete la igualdad ante la Ley de los ciudadanos y otorgue la debida seguridad jurídica.

Las tendencias internacionales de regulación de esta materia, básicamente en los países de la OCDE, van por el criterio de establecer una coexistencia de facultades entre la administración tributaria y el Ministerio Público. En efecto, primeramente se respeta y se reconoce la especificidad técnica de la administración tributaria y la primera prioridad para el estudio y análisis de la acción penal tributaria, pero sujeta a determinadas limitaciones o consideraciones, establecidas en la Ley.

a) Establecimiento de un monto mínimo para el ejercicio de la acción penal, comprobados los hechos y el tipo penal establecido en la Ley, es obligatorio.

b) En el caso de situaciones y hechos delictivos que estén bajo el monto mínimo fijado, facultad de la administración tributaria para ejercer o no la acción penal y en el caso de optar por su no ejercicio, debe hacerse a través de resolución fundada, dictada al efecto, previo dictamen de la fiscalía jurídica de la administración tributaria.

c) En el caso de aquellos delitos que están bajo el monto mínimo establecido, la posibilidad de optar o no la acción penal por parte de la administración tributaria, queda inhibida y restringida para el evento que existan delitos conexos, como falsificación de instrumento público, adulteración de instrumento privado mercantil u otros, caso en el cual es el Ministerio Público quien debe asumir dicha investigación y el ejercicio de las acciones que en derecho correspondan.

d) Para el caso de que nos encontremos frente a una situación en donde se cumplen los requisitos de suma o monto establecido por la Ley, una vez estudiados los antecedentes por la administración

tributaria, a lo cual se encuentra obligado, tendrá que determinar si en definitiva del mérito de los antecedentes ejerce o no la acción penal y para el caso de optar por no ejercerla, ello deberá hacerse por resolución fundada, dictada específicamente al efecto, previo informe técnico favorable de la fiscalía de la administración tributaria.

En el caso de ejercer la acción penal, o la denuncia cual sea el caso, la acción de colaboración y participación de la investigación de los hechos con la fiscalía por parte de la administración tributaria, es prioritaria y necesaria.

e) La primera prioridad y obligación en cuanto a la denuncia o ejercicio de la querella o acción penal por parte de la administración tributaria, la tendría siempre el SII en la medida de que el conocimiento de los hechos, investigación, recopilación de antecedentes y demás detalles se hayan iniciado como consecuencia de la acción fiscalizadora del servicio y de sus propios hechos de control y fiscalización, ya sea en procedimientos ordinarios o extraordinarios.

f) En lo que respecta a las facultades del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, las tendencias y legislaciones comparadas establecen distintas situaciones, pero siempre respetando la eventual dualidad de competencias respecto de las situaciones que se den en los distintos casos.

f.1) Si los hechos constitutivos del delito tributario aparecen como hechos conexos y derivados de una investigación del Ministerio Público, éste está facultado para seguir y perseguir la acción delictual, teniendo la obligación legal de informar y poner en antecedente todos los hechos materia de la investigación a la administración tributaria, a quien se le otorga un plazo para pronunciarse al efecto o hacerse parte de la investigación.

Aquí es preciso y necesario dejar claro que no existe la facultad del Ministerio Público de actuar de oficio en la persecución de los delitos tributarios, pues como ya se dijo, la primera prioridad la tiene la administración tributaria, siendo sólo posible a éste proceder en la investigación y persecución de los delitos tributarios, sólo en la medida que ello esté asociado a delitos conexos en actual tramitación.

f.2) También existe la alternativa de que terceros denuncien ante el Ministerio Publico delitos tributarios, caso en el cual también el Ministerio Público posee facultades para investigar debiendo poner en conocimiento los hechos de la administración tributaria.

f.3) Existencia de delitos tributarios y conexos como falsificación de instrumento público, falsificación de instrumento privado mercantil, adulteración o engaños constitutivos de estafa u otros, el Ministerio Público tiene la prioridad para investigar y perseguir los delitos tributarios asociados a esa investigación, evidentemente coordinados e informados a la administración tributaria.

De lo precedentemente expuesto, no cabe duda que es necesario modificar la situación actual y reglamentar de la mejor forma posible la actual facultad del Director del SII, estableciendo criterios, requisitos y elementos objetivos que deban considerarse para determinar si se denuncia o se querella por un delito tributario, dando garantías de igualdad, certeza y seguridad jurídica.

Asimismo y siguiendo los criterios establecidos por la legislación comparada y que tienen un grado de desarrollo superior al nuestro, permitir y facultar al Ministerio Público para que pueda perseguir y ejercer las acciones penales tributarias que correspondan por delitos tributarios que nazcan o deriven de investigaciones que lleva a cargo el Ministerio Público.

Finalmente, cabe señalar que el actual artículo propuesto y en comento del Proyecto de Ley ahora en discusión, es perfectible, pero no obstante lo que él señala, en los términos actuales, al facultar al Ministerio Público es un avance en la consolidación de derechos constitucionales y democráticos en lo que respecta a la igualdad, certeza y seguridad jurídica.

El diputado señor Chahin (Presidente) insistió en la invitación al Ejecutivo a despejar el tema de la constitucionalidad. En su opinión ello se ha dilatado en demasía, ya que el Ejecutivo conoce lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política de la República que confiere al Ministerio Público la facultad exclusiva para ejercer la acción penal pública. El sentido de este proyecto es eliminar una barrera procesal para ejercer dicha atribución.

Por ello, lamenta la actitud del Gobierno de insistir en un criterio que ya perdió, en la medida de que la Cámara de Diputados ya se pronunció, aprobando en general la idea de legislar.

Por esta razón consulta si existe alguna posibilidad de buscar una alternativa de hacer más objetivo el ejercicio de la acción penal pública en materia de delitos tributarios.

El Ministro de Hacienda(S) señor Alejandro Micco, expresó que es importante separar los temas. Se ha hablado de norma anti elusión, cuantía, etc. Sin embargo, el problema radica en el hecho de que el proyecto de ley es inadmisible por ser inconstitucional, en la medida de que se refiere a materias que la Constitución reserva a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

El diputado señor Chain (Presidente) le consulta cuándo el Ejecutivo recurrirá ante el tribunal Constitucional.

El Ministro de Hacienda(S) señor Alejandro Micco, manifestó que el Ejecutivo tiene sus tiempos. Sin embargo la piedra tope para discutir el perfeccionamiento del proyecto es la inconstitucionalidad.

Discusión Particular

Artículo único

Los diputados señores Monckeberg, don Cristián y Pérez, don Leopoldo, formularon indicación para sustituir el artículo único por el siguiente:

> "*Artículo único.- Agrégase al inciso primero del artículo 162 del decreto ley N° 830, de 1974, Código Tributario, a continuación del punto final, la siguiente expresión: "La decisión del Servicio de deducir la acción penal, se adoptará por resolución fundada del Director, teniendo en consideración el mérito de la prueba reunida; el monto del perjuicio al interés fiscal, considerando la proporción entre impuestos evadidos y los debidamente pagados; la naturaleza y gravedad de la o las irregularidades; su posible propagación; el efecto ejemplarizador que pudiese lograrse en su zona; la utilización de asesorías contables o profesionales para evadir impuestos; la reiteración del acto doloso y, en general, cualquiera otra circunstancia sobre la conducta del contribuyente.*".

Los diputados señores Jackson, don Giorgio y Mirosevic, don Vlado, formularon indicación para reemplazar el artículo único del proyecto por el siguiente:

> "Artículo único.- agrégase al artículo 162 del Código Tributario los siguientes incisos octavo y noveno, nuevos:

"*En los casos señalados en los dos incisos precedentes, o en el caso en que el Ministerio Público investigando hechos constitutivos de delitos tributarios los comunique al Director del Servicio, éste dispondrá de un plazo de treinta días hábiles contados desde que reciba la comunicación o desde el ingreso de los antecedentes solicitados, para los efectos de resolver y comunicarle vía oficio, si presentará o no una denuncia o querella para instar por la persecución de los delitos tributarios que pudieran configurar los hechos de los que ha tomado conocimiento. En caso que decidiese no interponer la denuncia o querella, el Director deberá emitir una decisión fundada que, dentro del referido plazo, comunicará al Ministerio Público.*

Transcurrido dicho plazo sin que el Director hubiere comunicado al Ministerio Público su decisión, o si, habiéndola comunicado, dicha decisión fuere negativa, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía competente, en base a los fundamentos que estime pertinentes, que lo autorice para iniciar una acción penal por los delitos tributarios que tales hechos pudieran configurar. Igual solicitud podrá formular el Ministerio Público cuando habiendo transcurrido noventa días contados desde que el Director del Servicio comunicó su decisión afirmativa respecto del ejercicio de acciones penales, no las hubiere presentado. Para resolver la petición a que se refiere este inciso, el Juez de Garantía citará a los intervinientes y al Servicio de Impuestos Internos, a una audiencia en la que verificará la concurrencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito tributario de que se trate, y resolverá en consecuencia la petición del Ministerio Público, decisión que será susceptible de apelación por los intervinientes y el Servicio de Impuestos Internos. En el caso que, por resolución ejecutoriada, se establezca que el Ministerio Público se encuentra autorizado para ejercer la acción penal, el Servicio de Impuestos Internos y el Tribunal Tributario y Aduanero podrán ejercer o seguir ejerciendo las atribuciones y facultades a que se refiere el inciso quinto de este artículo."

El diputado señor Andrade, don Osvaldo, formuló indicación para reemplazar el artículo único del proyecto por los siguientes:

Artículo 1°.- Agrégase al Código Tributario el siguiente artículo 162 bis:

"Art. 162 bis.- El ejercicio de la acción penal mediante denuncia o querella a que se refiere el inciso primero del artículo anterior,

no será necesaria, en aquellos casos en que el Ministerio Público investigando delitos comunes tome conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de delitos tributarios en que la cuantía del impuesto exceda de 30 Unidades Tributarias Anuales y afecten gravemente el patrimonio fiscal.

Se entenderá que existe una grave afectación al patrimonio si se tratare de hechos que sean reiterados en más de un ejercicio comercial o que exista una notoria desproporción entre los impuestos pagados y los evadidos o se hubiere utilizado asesoría contable o profesional.

La misma regla se aplicará a los hechos de los que tome conocimiento cuando sean cometidos por personas jurídicas perpetrados directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión a que se refiere la ley 20.393.".

Artículo 2°.- Intercálase en el artículo 1º de la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad de las personas jurídicas, a continuación del guarismo "*18.314*" la frase ", *en el artículo 97 Nº4 del Código Tributario"*.

Artículo 3°.- Intercálase en el Decreto con Fuerza de Ley Nº213, de Hacienda, sobre ordenanza de aduanas, el siguiente artículo 189 bis:

"*Artículo 189 bis.- El ejercicio de la acción penal mediante denuncia o querella a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, no será necesaria, en aquellos casos en que el Ministerio Público investigando delitos comunes tome conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de delitos aduaneros cuya cuantía del impuesto exceda de 30 Unidades Tributarias Anuales y afecten gravemente el patrimonio fiscal."."*.

El diputado señor Chahin, don Fuad formuló indicación para sustituir el artículo único del proyecto por el siguiente:

"Artículo único. Sustitúyese el artículo 162 del Código Tributario por el siguiente:

"*Artículo 162. Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad podrán ser iniciadas de conformidad con las siguientes reglas:*

a) Para el caso de los delitos contemplados en el artículo 97 N° 4, el procedimiento penal podrá iniciarse por una investigación formal del Servicio, siendo su Director Nacional el único facultado para presentar denuncia o querella, debiendo justificar, en todos los casos, mediante resolución fundada y previo dictamen favorable correspondiente del Subdirector jurídico y de Fiscalización del Servicio, su determinación y las rezones para ejercer o no las acciones del caso, aun cuando los montos alcanzados por la determinación de la deuda tributaria fuesen inferiores a los establecidos por la ley. Esta resolución quedará sujeta al trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República.

En aquellos casos que los hechos investigados tengan una cuantía inferior a la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales, pero que se refiera a impuestos sujetos a retención y recargos y exista reiteración y habitualidad del contribuyente, el Servicio deberá proceder de oficio en los términos señalados precedentemente.

La interposición de la acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la determinación y cobro de los impuestos adeudados; igualmente no inhibirá al Juez Tributario y Aduanero para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente.

La formulación de la denuncia penal o querella tampoco impedirá en caso alguno la sustanciación de los procedimientos administrativos y judiciales de cobro de los impuestos adeudados, conforme a las facultades y procedimientos legales de la Tesorería General de la República.

También podrán ser iniciadas estas investigaciones por parte del Ministerio Público, cuando dicho organismo a propósito de la investigación de otros delitos comunes, haya tomado conocimiento de hechos que revistan el carácter de delito tributario, caso en el cual podrá actuar de oficio, debiendo

comunicar de modo inmediato al Servicio y poner en su conocimiento los antecedentes del caso.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de lo anteriormente señalado y que el Ministerio Público actúe de oficio, los hechos investigados que puedan constituir delito tributario deben comprometer y afectar gravemente el interés fiscal, entendiéndose que tal requisito se cumple cuando la cantidad materia de los hechos investigados excedan la cantidad de 250 Unidades Tributarias Anuales.

b) El procedimiento penal destinado a la comprobación y eventual sanción del resto de los delitos tributarios, sólo podrán ser iniciados por querella o denuncia del Servicio. Con todo, en estos casos, la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.

c) Sin perjuicio de lo señalado en las letras anteriores, en los casos en que el Servicio posee exclusividad para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá forzar el inicio del procedimiento criminal, solicitando al juez de garantía competente que revise la resolución administrativa adoptada por el Director del Servicio, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero, invocando para ello, la existencia de antecedentes que revisten gravedad suficiente para abrir el respectivo procedimiento.

Para estos efectos, el Fiscal del Ministerio Público deberá presentar dicha solicitud ante el Juez de Garantía que sería competente para conocer de los hechos, quien citará a una audiencia pública, en el más breve plazo posible, donde se debatirá el asunto.

En caso que el Juez de Garantía considere que el hecho de que se trata reviste suficiente gravedad atendida su cuantía, su reiteración o por su conexión con hechos ilícitos descritos en el Título V del Libro II del Código Penal; los párrafos 7 u 8 del Título IX del Libro II del Código Penal o en las Leyes N° 20.000; 18.314; 19.913; 18.045; 18.840 o el D.F.L. N° 3 que fija el texto refundido sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, ordenará la apertura del proceso penal, el cual se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los

delitos de acción pública. El juez fallará el asunto en la misma audiencia y su resolución será inapelable.

En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querella fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. En todo caso, los acuerdos reparatorios que celebre, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan, de acuerdo al artículo 53 de este Código, debiendo en los casos iniciados por medio de denuncia o querella del Director del Servicio de Impuestos Internos, contar con la aprobación previa del Servicio.

Si la infracción es de aquellas que pueden ser perseguidas solamente previa denuncia o querella del Servicio, el Director podrá optar, mediante resolución fundada, previo informe favorable de la Subdirección Jurídica y de Fiscalización del Servicio, la cual a su vez quedará sujeta al trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República, por perseguir las responsabilidades pecuniarias que emanen de aquélla, a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior. En dicha resolución, el Director expondrá las razones de hecho y de derecho, así como los demás criterios administrativos pertinentes, que lo llevaron a no ejercer la acción penal.

Con todo, la circunstancia de haberse iniciado el procedimiento por denuncia administrativa señalado en el artículo anterior, no será impedimento para que, en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, se interponga querella o denuncia.

En caso que el Ministerio Público, con ocasión del ejercicio de sus funciones investigativas, tomare conocimiento de hechos que revisten el carácter de un delito tributario, cuya persecución penal sólo puede ser iniciada previa denuncia o querella del Servicio, remitirá a su Director, a la brevedad posible, dichos antecedentes con miras a que éste adopte la decisión descrita en el inciso tercero. Transcurridos seis meses sin que el Director

emita el correspondiente pronunciamiento, el fiscal procederá, conforme lo faculta la letra c) de este artículo.

Asimismo, el Servicio podrá solicitar a los fiscales del Ministerio Público información referida a casos en los cuales existan antecedentes para estimar la eventual comisión de delitos tributarios, con la sola finalidad de decidir si presentará denuncia o interpondrá querella, o si requerirá que lo haga al Consejo de Defensa del Estado, de acuerdo a lo dispuesto en los incisos anteriores. De rechazarse la solicitud, el Servicio podrá ocurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.".

La diputada señora Girardi, doña Cristina, formuló indicación para sustituir el artículo único por el siguiente:

"Artículo único.- Modifícase el artículo 162 del decreto ley N° 830, de 1974, Código Tributario, de la siguiente manera:

a) Agrégase en el inciso primero, a continuación del punto seguido, que pasa a ser una coma (,) lo siguiente: ", *el Consejo de Defensa del Estado, o el Ministerio Público.".*

b) Sustitúyese el inciso tercero por el siguiente:

"*Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director interpondrá la respectiva denuncia o querella y/o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior.".*

Los diputados señores De Mussy, don Felipe; Macaya, don Javier y Silva, don Ernesto, formularon indicación para introducir al artículo único las siguientes enmiendas:

1) Elimínase la letra a).

2) Reemplázase la letra b) por la siguiente:

"b) Agrégase el siguiente inciso segundo nuevo:

"*Para la interposición de la denuncia o querella, el Director deberá regirse por los principios de independencia, imparcialidad,*

objetividad, juridicidad, eficiencia, efectividad, equidad, probidad y transparencia.”.”.

3) Agrégase una letra c), nueva:

“c) Agrégase un inciso tercero nuevo del siguiente tenor:

“*El Director deberá emitir una decisión fundada en caso que, existiendo hechos constitutivos de delitos tributarios, decidiere no interponer denuncia o querella.”.”.*

Los diputados señores Gutiérrez, don Hugo y Saffirio, don René, formularon indicación para agregar el siguiente inciso tercero en el literal b) del artículo único:

“*Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, el Ministerio Público tendrá siempre la facultad de querellarse por los delitos tributarios a los que hacen referencia los inciso primero, tercero y cuarto del N°4 del artículo 97.”.*

El diputado señor Saffirio señaló que la indicación que suscribe el diputado Gutiérrez y a la que adhirió, fue que dentro de las conversaciones que había habido al inicio de la discusión del proyecto, estaba la idea de definir un mecanismo que permitiera que en caso que se permitiera la querella del Ministerio Público, solo lo fuera en delitos de gran connotación. Se habló de definir algunos montos respecto de los cuales podría haber querella, sin necesidad de anuencia del Servicio.

Sin embargo, en la indicación del diputado Gutiérrez, que propone agregar un inciso tercero nuevo al artículo del proyecto, en que con posterioridad a señalar que el Ministerio Público podrá investigar en casos de estar conociendo, en realidad lo que está ocurriendo es que si se aprueba esta propuesta como está, no cambia nada, porque esa facultad ya la tiene el Ministerio Público. Se dice que podrá ejercer la acción en casos que tome conocimiento, con ocasión de estar realizando alguna investigación penal.

Para extremar la nota, si investiga un homicidio, y en esos antecedentes aparece un delito tributario, dice ‘ahí me puedo querellar’, entonces, no estaban dándole al clavo con lo que se quiere, que es que tenga la facultad de querellarse respecto de delitos sin control.

La propuesta es incorporar un inciso tercero, donde sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio Público siempre tendrá la facultad de querellarse en caso de los incisos primero, tercero y cuarto del artículo 97N°4 del Código Tributario, delitos que si bien no se definen por su monto, son los que mayor connotación social.

Así, las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas, que en el fondo, para quien obtiene una liquidación de impuestos inferior, es un delito grave, y no se considera cuantía. El inciso tercero refiere al que simulando una operación tributaria, u otra maniobra fraudulenta, obtenga devoluciones de impuestos indebidos y, el último, es que si como medio para cometer los delitos anteriores, hubiere usado documentos falsos.

Son tres tipos del artículo 97, específicos para no tener que entrar a definir en los montos involucrados, que puede ser más complejo para la acción del Servicio y del Ministerio Público en un inicio.

En eso consiste. Si hay quienes creen que es necesario fijar en razón de los montos, es absolutamente compatible con esta indicación. Se podría decir que en el tanto el monto comprometido asciende a tanto, para decirlo de alguna forma, es compatible.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que el Ministerio Público no se querella, sino que acciona penalmente.

El diputado señor Squella expresó que acá la clasificación, o la especificación, obedecen a la gravedad. Entonces, consultó si para hacer la indicación, se tomó en cuenta las penas, dejando fuera las menos graves.

El diputado señor Saffirio manifestó que siempre la idea fue no dejar abierta la puerta para que el Ministerio Público se querelle contra la señora de la esquina, sino que se focalice en delitos mayores, con volúmenes mayores. A eso se refería cuando decía que esta fórmula es compatible con la determinación de montos.

El diputado Monckeberg, don Cristián, señaló, en relación con la indicación que ha presentado junto al diputado Leopoldo Pérez, su idea es que el Servicio de Impuestos Internos conserve la facultad, pero regulando la discrecionalidad. El tema no es quien tiene la atribución, sino que el Servicio toma discrecionalmente la decisión entre uno y otro caso, sin dar mucha argumentación.

Esta indicación trata de regular lo que el Servicio hace hoy a través de una circular, esto es la discrecionalidad. Su tesis es la de mantener en el Servicio la atribución, pero regular su conducta.

Actualmente, el Ministerio Público también tiene una discrecionalidad absoluta. El diputado Squella lo dijo en una sesión anterior, y es que el Ministerio Público resuelve sin explicar a nadie porque si o porque no. Entonces, el tema de fondo es regular la discrecionalidad. El tema dice relación con eso, manteniendo la facultad en el Servicio.

El diputado señor Mirosevic expresó, en relación con su indicación, presentada junto a diputado Jackson, que este fue un proyecto presentado el 2015 con el diputado Jackson, y persigue regular la discrecionalidad. Hay un servicio con una dependencia política, con cuestionamientos sobre sus decisiones, y por el otro lado, está el Ministerio Público, donde también hay discusiones sobre su discrecionalidad.

Por ello, proponen en la indicación que el Ministerio Público, en la medida que aparezcan antecedentes de delitos tributarios en sus investigaciones, deba enviar los antecedentes al Servicio de Impuestos Internos, quienes estudiarán si realizan la acción penal. En caso de que diga que no son suficientes para iniciar una acción penal, pero el Ministerio Público tiene una opinión distinta, existirá un tercer actor, que citará a las partes para resolver que se hace. En ese caso, el juez de garantía dará la autorización en caso que haya mérito, para que el Ministerio Público inicie la acción penal y será un tercer actor en la disputa el que zanjará el inicio de la acción penal.

Esta es una solución práctica, a esto que hoy está en disputa.

El diputado señor Andrade, refiriéndose a su indicación, señaló que a diferencia de las indicaciones anteriores, que persiguen regular la discrecionalidad del director del Servicio de Impuestos Internos, cuestión que no está en la idea matriz del proyecto que se ha presentado, ésta persigue que la acción se ejerza sin necesidad de anuencia del Servicio, cuando se cumplan los requisitos de cuantía, grave afectación del patrimonio fiscal, y cuando quienes la realizan son personas jurídicas.

En esta lógica, se incorpora la facultad del Servicio de Aduana en la misma dirección, que tiene una facultad privativa y obsta la acción del Ministerio Público.

El diputado señor Coloma consultó sobre la admisibilidad de las indicaciones, pues en una se le dan atribuciones a la Contraloría General de la República. Solicitó la opinión de la Secretaría.

El diputado señor Chahin (Presidente) expresó que sin perjuicio de la opinión técnica de la Secretaría, la presidencia declara la admisibilidad de las indicaciones. Con todo, la propia Constitución Política dispone la atribución de la Contraloría para tomar razón de actos de la administración. Finalmente, solicitó a la Secretaría su opinión, pero también de las demás indicaciones, en particular si cumplen los requisitos de respetar las ideas matrices.

El diputado señor Ceroni señaló que esto se ha ido complejizando con las indicaciones. Las inquietudes fueron en la línea que, si bien es cierto, la facultad de querellarse es del Ministerio Público en general, la preocupación era que al darle esa facultad, se ingresaran querellas en cuestiones que no fueran fraudes al fisco, y es el director el que se ocupa de la recaudación, eran cuestiones complejas.

Hay dos indicaciones en ese camino, y en su opinión son las más acertadas. Hay que ser precisos para disponer en qué momento, frente a qué hecho el Ministerio tenga la facultad y en cuales no, y las deje en manos del director del Servicio de Impuestos Internos.

Una, la del diputado Saffirio, que se precisa, y la otra, del diputado Andrade, quizás haciendo una comparación, le gustaría escuchar cual es la diferencia, y porque sería mejor una u otra. Se inclinaba por esas dos, pero prefería ahondar.

Le interesa el tema, esto amerita estudiarlo de modo más extenso, no podía decidirse sobre una indicación como la del diputado Chahin, porque requeriría un experto para que se la explique.

La del diputado Mirosevic, para pronunciarse, es una indicación que tiene demasiados pasos, mete hasta al juez de garantía, va confundiendo profundamente cuando el Servicio o el Ministerio Público tiene la facultad, y el juez tendrá que definir, es sumamente compleja. En el espíritu que veía en la comisión, esas dos indicaciones son las que más le atraían para decidir.

La del diputado Monckeberg era muy amplia, genérica.

El diputado señor Andrade manifestó que lo primero a dilucidar es saber cuál es el concepto ordenador de las indicaciones. Hay dos o tres que regulan la discrecionalidad del director del Servicio. Su indicación y la del diputado Saffirio no van por regular la discrecionalidad, sino disponer cuando el Ministerio Público puede o no tener legitimidad. Las otras parecen amplias, al no distinguir cuantía, como la del diputado Saffirio, donde caben cosas pequeñas y causas relevantes. En la fundamentación de su indicación se entiende una acotación, pero no se ve claramente en la indicación, y eso es lo que se quiere evitar, y por eso la cuantía parece algo relevante. Ahí están las diferencias.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que la suya se hace cargo de dos cosas, efectivamente genera una distinción en materia de gravedad de los delitos, donde hay una alusión a la cuantía, para poder establecer que en aquellos casos de delitos conexos, o con compromiso o gravedad para el interés fiscal, el Ministerio Público pueda, de oficio, accionar. Y en aquellos casos que no estén dentro de esas hipótesis, se requiera una denuncia o querella del director del Servicio de Impuestos Internos o del Consejo de Defensa del Estado, como dispone la norma actual, pero incluso en esos casos, sea por resolución fundada, y que el Ministerio Público igual pueda forzar la investigación cuando se tratara de hechos que tienen suficiente gravedad.

En resumen, establece la gravedad, permite la actuación de oficio del Ministerio Público, permite un control de legalidad por la Contraloría hacia el Servicio, e hipótesis en que fuera de la norma propuesta, el propio Ministerio Público pueda forzar una investigación.

A veces puede haber hechos graves que queden fuera por la cuantía y que el director sin justificación adecuada, pueda negarse a presentar la denuncia o querella. Lo que busca es que ningún delito grave que comprometa el interés fiscal quede impune, y se regula que el ejercicio de la acción penal no es incompatible con las acciones de cobro de la Tesorería General de la República, ni con las causas tributarias que puedan conocer los tribunales tributarios.

Así las cosas, los argumentos planteados en la sesión, las indicaciones ingresadas persiguen que las cosas queden tal como están, otras que buscan regular la discrecionalidad exclusiva y excluyente del director del Servicio, y otras, que persiguen ampliar la posibilidad de permitir la acción penal de oficio a favor del Ministerio Público, bajo

ciertas hipótesis. Resolviendo aquello, podemos resolver cuál indicación acoge ello.

El diputado señor Mirosevic consultó cuál es el corte en la indicación que plantea el diputado Andrade.

El diputado señor Andrade señaló que del orden de los $50MM en la operación.

El asesor de la bancada del Partido Socialista, señor Enrique Aldunate, expresó que en todo lo que se ha discutido, hay un tema que se ha echado en falta, y es la estructura de los delitos tributarios en Chile. Al revisar el artículo 97 del Código Tributario, hay un sinnúmero de conductas, algunas se sancionan con pena corporal, y otras con multas, y hasta el día de hoy, se tiene dudas sobre cuales son delitos tributarios, y cuáles no.

La monografía de Van Weezel, hace una taxonomía de cuáles son delitos tributarios y cuáles no. Entonces primero se debe precisar cuál es el objeto al que se aplicará esta regla. La idea es que el Servicio está en condiciones, tiene todos los elementos para definir cuando una infracción constituye una infracción tributaria, es una grave afectación al perjuicio fiscal, pero ahí hay matices, pues hay sentencias por comercio ilegal y clandestino, y eso es un problema dentro de la lógica del funcionamiento del sistema penal, pues cuando se cruza la vereda hacia el juzgado de garantía, y se ve cuáles son los negocios que conoce el sistema penal, todos los días hay microtráfico, y los recursos se van para allá. Entonces, vamos a estar después quizás haciendo la fila por delitos tributarios de menor cuantía.

Eso es bien relevante al ver el derecho comparado. En el código penal español, el artículo 305 dispone que la base de la cuantía es 120.000 euros, la selectividad de la clientela cambia, los afectados son Messi o Cristiano Ronaldo, es una primera cuestión a tener presente, y por ello la propuesta no puede dejar de lado la cuantía.

Cuando se ve el texto de Massone sobre el tema, él distinguía en el tema de la cuantía, el perjuicio, y al revisar el artículo 97 N°4, la cuantía en nuestro sistema está definido por la pena, pero eso es controvertido. El código tributario no distingue cuando amerita 5 años, como el caso de fraude al FUT, al percibir devoluciones indebidas, se podría alegar la pena a 10 años, pero eso sería asimilable si la devolución es de $100MM o $100.000.

Entonces, hay que ver cuál es el objeto de protección.

En ese sentido, la cuestión es cómo racionalmente se puede entender la dación de la atribución al Ministerio Público. Se ha argumentado en el proyecto, el terminar con la frase de discrecionalidad, entonces, hay una discusión si ello es o no admisible, la discusión es permanente, y acá la cuestión es que la regla está en el código procesal penal, y se plantea la ratificación de la regla especial, para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal de oficio, y en ese contexto, seguir investigando este tipo de hechos, pero de acuerdo al derecho comparado, se fija una regla de cuantía y eventualmente de un criterio interpretativo de cuando hay perjuicio fiscal, disponiendo que ella también se aplica para el caso de las empresas.

Es un contrasentido decir en la agenda corta que se persigue a bandas criminales, pero no se diga lo mismo para el caso de delitos tributarios, cuando existe la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahí está el tema medular en discusión.

Si se quiere disponer de un procedimiento para definir si el Servicio actuó correctamente o no, eso puede ser regulado, y puede ser razonable la discusión, pero son temas distintos.

En cuanto a la coherencia, si se revisa la ordenanza de aduana, se habla el mismo lenguaje, la atribución se conserva, pero no se discute. Por ello acá se persigue dar coherencia, disponiendo la regulación, también, para aduanas.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que en la tramitación de la última reforma a la justicia tributaria y aduanera, se propuso la discusión, pero se perdió en la votación.

El diputado señor Squella consultó en el tema cuantía, entendía que habría argumentos sobre economía procesal, para no llenarse de causas que no son de relevancia, pero, sacando la discusión de estos delitos, y yendo a los delitos contra la propiedad, ahí la cuantía solo tiene sentido en los hurtos, en los demás, no la tiene. Cuál es la justificación que está detrás de esa distinción, y por qué no hay cuantía en los delitos contra la propiedad.

El asesor señor Aldunate expresó que esa es la distinción entre hurto y robo. En la apropiación de la cosa mueble, que se aprehende para hacerse de ella, en el hurto hay una diferencia ontológica por el

medio empleado. La decisión político criminal fue que si se tomaba, eso será robo pues se empleó un sistema para vulnerar los sistemas de resguardo, o se hizo escalamiento venciendo los mecanismos de resguardo al inmueble. Entonces, esas son las valoraciones que tomó el legislador.

Lo que él decía es que en el Código Tributario jamás se hizo el trabajo de distinguir desde que el Código Tributario es Código Tributario, y el problema es que siempre se está legislando según la contingencia. Siempre hay una cuestión de la contingencia que motiva a hacer estas discusiones.

En el robo está la fuerza, o en las figuras calificadas hay figuras determinantes, pero le puede quitar el chaquetón de $100.000 y será indiferente si se trata de un robo con intimidación, pero la bufanda la hurtó y vale 10.000, y el juez si tendrá en cuenta el valor de la cosa.

En el Código Penal, hay una regla que muchas veces se olvida, el artículo 69, donde el juez puede considerar la mayor extensión del daño causado, pero esa norma está olvidada, pero con la proliferación de reglas especiales, incluso algunas declaradas inaplicables, se ha propuesto volver a la inspiración liberal original del Código Penal.

El diputado señor Tarud manifestó que en el primer año de derecho, se enseña que un delito es un delito, que tendrá diversas penas. Pero ahora, si para que verdaderamente pueda ser factible una querella, debe tener un determinado monto, entonces uno se pregunta si se entra en un terreno peligroso. El robo de una gallina corre por su cuenta, y se podría decir que en realidad deberían ser 10 las gallinas las robadas, como ponerle un monto para perseguirse el delito. No veía ninguna razón para que el Servicio de Impuestos Internos se vaya a querellar contra la feriante que vendió sin boleta, y si lo ha hecho es un descriterio tremendo, francamente, tiene facultades pero es un descriterio, podrá haber una pequeña multa, etc.

Su preocupación va por ahí, si se disponen montos para que algo sea delito. Le gustaría que se invite a algunos penalistas connotados, para que expongan sobre esta situación, sobre ponerle montos a las cosas para que sean constitutivos de delitos.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que el proyecto debe despacharse hoy, por lo que no se puede acoger la solicitud.

Lo otro, siendo todos los delitos 'delitos', hay delitos que son de acción penal publica y otros de acción penal privada, eso ya es una distinción. Lo señaló, pues de alguna manera lo que hace el actual Código Tributario es darle una noción de acción penal privada, al dar al director del Servicio la decisión de querellarse. Eso desde el punto de vista procesal. Por lo tanto, es importante que esa distinción se tenga clara, no es que dejen de ser delitos, tienen un inicio distinto.

Lo que plantea la moción, es poder discutir la posibilidad que la investigación sea de oficio, en todos, los casos, si es razonable aquello, o no. Hay tres visiones, algunos plantean que en realidad esto tiene que quedar tal como está hoy, otros, que la titularidad del ejercicio de la acción penal, la legitimación activa la tenga el director del Servicio de modo regulado, a través de parámetros y ciertos procedimientos con control jurisdiccional, del juez de garantía.

Otra tesis, que es la que han plateado los diputados Andrade, Saffirio, Gutiérrez y él, es que se haga una distinción entre los delitos que son de mayor graveada en virtud de la cuantía, de que son conexos, que estén vinculados a otros delitos como aquellos vinculados a la ley 20.000 o de conductas terroristas, pues le daba lo mismo la cuantía si estaban vinculados a ese tipo de delitos, pues ello ya tiene gravedad suficiente y es un criterio diferenciador que enriquecería la indicación del diputado Andrade, pero que en esos casos el Ministerio Público pueda iniciar la investigación de oficio, sin esperar la querella del Servicio.

Esos son los términos de la discusión.

Nadie de los miembros de la Comisión es partidario que la moción se apruebe tal cual está. Nadie ha dicho que el Ministerio Público pueda en todas las hipótesis investigar, pues el esfuerzo de la persecución penal debe darse a los hechos de mayor gravedad, y se ha visto en los diversos ejemplos que no se puede meramente confiar en el criterio, pues probablemente la señora de la feria no tenga la posibilidad de defenderse, pero si la tendrán los que cometen los grandes delitos, y esa situación puede terminar siendo discriminatoria contra el pequeño contribuyente, y no se puede afectar al pequeño contribuyente con la persecución penal a todo evento.

Sugirió votar las indicaciones que estaban por eliminar la posibilidad de que se investigue por parte del Ministerio Público de oficio, y después vamos si solo por la regulación, o una combinación, que es

lo que todos buscan, para permitir ciertas hipótesis de investigación hacia el Ministerio Público.

El diputado señor Squella sugirió que para el orden, como se puede simpatizar con partes de cada indicación, si votaba a favor de una, no se avanzará a las siguientes. Por eso, lo que proponía, pese a que no era lo de que mejor manera reflejaba su idea, era que se vote de mayor intensidad a menor. Así, primero la del diputado Andrade, pues pretende abrirse no solo, quería saber si era admisible, pero quería abrirse de los delitos tributarios a otras materias. Después a la de los diputados Saffirio y Gutiérrez, y así, hasta llegar a la de menor intensidad.

El diputado señor Chahin (Presidente) propuso primero discutir en qué sentido se quiere avanzar. El diputado Saffirio ya manifestó que estaba dispuesto a abrirse a la discusión. La cuestión es que sean capaces de construir una indicación entre todos, hasta lograr un acuerdo mayoritario.

El diputado señor Andrade señaló que en esa línea, sugirió generar una construcción sobre la base de dos ideas que los interpretan. Por una parte, la necesidad de regular la discrecionalidad, nuestra indicación no se hace cargo de ello, pero en la perspectiva de construir un acuerdo, era una buena cosa, pero que no sea regular eso el único factor. La asumen como un dato interesante, pero no es suficiente.

Sin perjuicio de ello, que el Ministerio Público tenga la facultad unilateral de recurrir, mediante la acción penal pertinente, y ahí habría cierto acuerdo, con dos o tres características. Los montos parece una cuestión interesante, lo otro, la naturaleza del infractor, persona jurídica, vinculación con otro tipo de delitos, delitos es que la acción tributaria vaya de la mano con otros delitos, y el tema aduana genera cierto ruido, entonces, no, pero si hay condiciones para hacerse cargo, lo vería como un dato anexo. No que por el tema aduana se entrampara un acuerdo.

El diputado señor Coloma solicitó un pronunciamiento sobre la admisibilidad de las indicaciones.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que algunas van contra la idea matriz, como las que buscan eliminar la facultad al Ministerio Público, eso es igual a votarlo en contra.

En la del diputado Andrade, la segunda y tercera modificaciones son inadmisibles. El primero no tiene problemas, y lo son porque en uno lo que hace es incorporar otro delito como base y otra hipótesis de responsabilidad penal de persona jurídica, y el otro el de aduana. Compartía la necesidad, pero excedía la idea matriz.

El diputado señor Coloma consultó sobre la indicación del presidente.

El señor Secretario manifestó que en materia de competencia de los órganos constitucionalmente autónomos, los diputados tienen iniciativa, y el artículo 99 de la Constitución Política dispone la atribución de tomar razón. Así, bastaría que la ley disponga que determinados actos deban ser tomados razón para cumplir con la Constitución.

El diputado señor Mirosevic consultó sobre la fijación del monto, si había criterios, si algún marco de referencia para saber porque ese monto y no otro, pues no está en el espíritu seguir a pequeños contribuyentes. Y una segunda pregunta, para el presidente, dado que se presentaron varias indicaciones, por qué no darse una semana más para llegar con más claridad al respeto. Muchas indicaciones se ingresaron hoy, y sería positivo intentar llegar a un acuerdo. Entendía que esto es urgente y debía aprobarse ya, pero cabía ponerse de acuerdo en los principios.

El asesor señor Aldunate expresó que se citó un solo ejemplo comparado, el español. Siempre estas cosas son medias arbitrarias, como cuando se fija que en determinadas situaciones el que exceda de 4 UTM en los hurtos tiene determinada pena. Hay una valoración en abstracto de porque eso debe tener una pena mayor o menor, y en este caso se colocó una cifra que puede ser modificada, es una cuestión que debe definirse. La razón es que en Chile son tasas impositivas, con la inadmisibilidad de las personas jurídicas, bueno, pero en el caso de las personas el impuesto puede llegar al 42%, es más relevante la operación del impuesto que se defrauda que el monto de la boleta.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que le encantaría que tuvieran más tiempo, pero si no se despacha hoy, se tiene que ir sin informe de esta comisión a la de Hacienda, y no podrían discutir estas indicaciones, salvo que la Sala por unanimidad diera más plazo o los comités, pero lo que ocurre es que como vence el plazo hoy, si no dan más plazo adicional se va sin informe a la comisión de

Hacienda. Era un riesgo, no tenía problema si había acuerdo, pero el riesgo es que se fuera sin segundo informe.

La diputada señora Turres, doña Marisol, expresó que está en la postura de alguna manera ponerle algún freno al Servicio, y regular cuando corresponde que se querelle. No es partidaria de abrirle la puerta al Ministerio Público, pues el propio Ministerio Público ha actuado en forma arbitraria, y estaba de acuerdo que en cada indicación hay algo que puede aportar. Concordaba en suspender, y buscar un acuerdo.

El diputado señor Soto señaló que la cosa es más simple de lo que parece. Si se trata de ver en qué casos el Ministerio Público debería tener la facultad de investigar, el primer criterio es el delito más grave, algo nada extraordinario. Cuando se ve el catálogo del artículo 97 del Código Tributario, son muchos delitos, pero varios tienen penas bajas o multas, pero hay algunas que tienen penas desde 541, 3 años y un día, y superiores. Entonces, los delitos más graves debiese ser lo inspirador.

El Servicio se opone porque su objetivo es recaudar, y si se abre esta puerta, se pierde parte de los planes de recaudación. Por ahí, en la indicación del diputado Chahin establecía una norma muy razonable, sobre procedimientos administrativos y su relación con las investigaciones penales, que uno no afecte lo otro, que se puedan cobrar e investigar en vías paralelas. Es una buena regla, que elimina el temor que tiene el Servicio respecto de ese punto.

Así, como primer criterio que sean los delitos más grave, artículo 97 N°1, 2 y 4. En ellos, permitir, mantener el procedimiento simultáneo de cobro. Y el tercer criterio, el criterio de delitos conexos, cuando el Ministerio Público con ocasión de otras investigaciones, droga, cohecho, etc., detecta la comisión de delitos tributarios, ahí también el Ministerio Público debe conservar la facultad sin requerir la anuencia del Servicio.

Es decir, es establecer que este monopolio exclusivo del Servicio no rige para los delitos más graves, ya indicados, los conexos, y que los procedimientos administrativos puedan actuar de modo simultáneo, cuestión muy importante para la gobernabilidad.

El diputado señor Gutiérrez manifestó que tenía la impresión que este proyecto que se les ha traído a la vista, creía que recogía lo que dice el diputado Soto, esto está enfocado a los delitos

conexos. Se le saca 'solo', pero se conversa que el que sea sobre delitos que tome conocimiento con ocasión de investigaciones que esté llevando a cabo, no se permite querellarse o denunciar directamente, solo cuando ya está conociendo. Además, se acotan los delitos del artículo 97, y ahí, y no se tiene más, y no nos complicamos más. Cuando el Ministerio Público está investigando un delito, que ahí pueda accionar.

El proyecto no es malo, se le ha ninguneado, pero el proyecto es bastante limitado. Presentó una modificación tendiente a eliminar el requerimiento del director, es decir que el Consejo de Defensa del Estado también podía ser, y quedaba legitimado el Servicio y el Consejo de Defensa del Estado. No era necesario el requerimiento del director del Servicio.

Lo que se ha presentado en la moción, si se le agregasen las indicaciones, le preocupaba el tema de la cuantía, el que se estuviera agregando un elemento a la cuantía penal como un elemento objetivo del tipo, y podría terminar complicando el tema. El tipo penal tributario podría configurarse cuando se de esas cuantías, lo que complica.

Más sencillo es que se deje a los delitos conexos, un delito cualquiera y se encuentra un delito tributario, el Ministerio Público pueda actuar de oficio, y si no, no, y se acaba el problema. El proyecto no es malo, solo se hace un agregado y se acota de modo significativo.

Los diputados señores Andrade, don Osvaldo; Ceroni, don Guillermo; Chahin, don Fuad; Gutiérrez, don Hugo y Saffirio, don René formularon indicación para reemplazar el artículo único del proyecto por el siguiente:

"Artículo único.- Agrégase al Código Tributario el siguiente artículo 162 bis:

"Artículo 162 bis.- El ejercicio de la acción penal mediante denuncia o querella a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, no será necesaria, en aquellos casos en que el Ministerio Público investigando delitos comunes tome conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de delitos tributarios siempre que:

a) La cuantía del impuesto exceda de 30 unidades tributarias anuales y afecten gravemente el patrimonio fiscal.

Se entenderá que existe una grave afectación al patrimonio fiscal si se tratare de hechos que sean reiterados en más de un ejercicio comercial o que exista una notoria desproporción entre los impuestos pagados y los evadidos o se hubiere utilizado asesoría contable o profesional, o;

b) Que estos tengan conexión con hechos punibles previstos en el párrafo 5, 6, 9 o 9 bis, del título V del Libro II del Código Penal y las leyes N°18.045, 18.314, 18.840, 19.913, 20.000, o el decreto con fuerza de ley N°3, que fija el texto refundido, sistematizado y coordinado de la Ley General de Bancos.".

Sometida a votación la indicación de los diputados señores Monckeberg, don Cristián y Pérez, don Leopoldo; eliminando 'y, en general, cualquiera otra circunstancia sobre la conducta del contribuyente', se aprobó por la unanimidad delos diputados presentes. Votaron por la afirmativa la diputada señora Turres, doña Marisol y los diputados señores Andrade, don Osvaldo; Ceroni, don Guillermo; Chahin, don Fuad; Coloma, don Juan Antonio; Gutiérrez, don Hugo; Monckeberg, don Cristián; Saffirio, don René; Soto, don Leonardo; Squella, don Arturo y Trisotti, don Renzo.

Sometida a votación la indicación de los diputados señores Andrade, Ceroni, Chahin, Gutiérrez y Saffirio, se aprobó por 7 votos a favor, uno en contra y 3 abstenciones. Votaron por la afirmativa la diputada señora Turres, doña Marisol y los diputados señores Andrade, don Osvaldo; Ceroni, don Guillermo; Chahin, don Fuad; Gutiérrez, don Hugo; Saffirio, don René y Soto, don Leonardo. Votó en contra el diputado señor Coloma, don Juan Antonio. Se abstuvieron los diputados señores Monckeberg, don Cristián: Squella, don Arturo y Trisotti, don Renzo.

TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN.

"PROYECTO DE LEY:

"Artículo único.- Introdúcense en el decreto ley N° 830, de 1974, Código Tributario, las siguientes modificaciones:

1.- Agrégase al inciso primero del artículo 162, a continuación del punto final (.) que pasa a ser seguido (.), el siguiente párrafo:

"La decisión del Servicio de deducir la acción penal, se adoptará por resolución fundada del Director, teniendo en consideración el mérito de la prueba reunida; el monto del perjuicio al interés fiscal, considerando la proporción entre impuestos evadidos y los debidamente pagados; la naturaleza y gravedad de la o las irregularidades; su posible propagación; el efecto ejemplarizador que pudiese lograrse en su zona; la utilización de asesorías contables o profesionales para evadir impuestos; la reiteración del acto doloso.".

2.- Agrégase el siguiente artículo 162 bis:

"Artículo 162 bis.- El ejercicio de la acción penal mediante denuncia o querella a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, no será necesaria, en aquellos casos en que el Ministerio Público investigando delitos comunes tome conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de delitos tributarios siempre que:

a) *La cuantía del impuesto exceda de 30 unidades tributarias anuales y afecten gravemente el patrimonio fiscal.*

Se entenderá que existe una grave afectación al patrimonio fiscal si se tratare de hechos que sean reiterados en más de un ejercicio comercial o que exista una notoria desproporción entre los impuestos pagados y los evadidos o se hubiere utilizado asesoría contable o profesional, o;

b) *Que estos tengan conexión con hechos punibles previstos en el párrafo 5, 6, 9 o 9 bis, del título V del Libro II del Código Penal y las leyes N°18.045, 18.314, 18.840, 19.913, 20.000, o el decreto con fuerza de ley N°3, que fija el texto refundido, sistematizado y coordinado de la Ley General de Bancos.".*

CAPITULO SEGUNDO

EL ARTÍCULO 162 DEL CODIGO TRIBUTARIO Y SUS MODIFICACIONES LEGALES

La normativa legal señala en la actualidad:

> *Art. 162. Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio. Con todo, la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.*
>
> *En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querella fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. En todo caso, los acuerdos reparatorios que celebre, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 de este Código.*
>
> *Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querella o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior.*
>
> *La circunstancia de haberse iniciado el procedimiento por denuncia administrativa señalado en el artículo anterior, no será impedimento para que, en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, se interponga querella o denuncia. En tal caso, el Juez Tributario y Aduanero se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia.*
>
> *La interposición de la acción penal o denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites inherentes a la*

determinación de los impuestos adeudados; igualmente no inhibirá al Juez Tributario y Aduanero para conocer o continuar conociendo y fallar la reclamación correspondiente.

El Ministerio Público informará al Servicio, a la brevedad posible, los antecedentes de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones de delitos comunes y que pudieren relacionarse con los delitos a que se refiere el inciso primero.

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre alguno de esos delitos, el Servicio los solicitará al fiscal que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si presentará denuncia o interpondrá querella, o si requerirá que lo haga al Consejo de Defensa del Estado. De rechazarse la solicitud, el Servicio podrá ocurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.

1. **La Ley N° 19.806**

Uno de los temas que planteó esta normativa fue el coordinar el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público y otros organismos públicos.

Para estos efectos, se señaló que:

"*Una ardua tarea que tuvo que cumplir la Comisión, y que surgió en variadas ocasiones, consistió en determinar el papel que podrían tener distintos organismos públicos respecto del ejercicio de la acción penal. Luego de evaluar las dos opciones extremas, consistente una en que sólo el Ministerio Público podría ejercer la acción penal pública en su calidad de representante del interés público, y la otra en que, sin perjuicio de la actividad del Ministerio Público, podrían actuar como querellantes particulares los organismos públicos que tuviesen interés, la Comisión se inclinó por una fórmula intermedia, más apegada al primer criterio por considerarlo de mayor coherencia con la finalidad tenida en cuenta por el constituyente y con la conveniencia práctica.*

En esa medida, como regla general circunscribió el papel de los organismos públicos a la formulación de la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público y a prestar la colaboración que éste le solicite.

Excepcionalmente, tratándose de ciertos casos en que se ve comprometido el patrimonio público, el Servicio de Impuestos

Internos, el Servicio Nacional de Aduanas y el Consejo de Defensa del Estado pueden deducir querella. También puede interponerse querella si se afectan específicos intereses del Estado, como la probidad funcionaria -caso en el cual podrá querellarse el Consejo de Defensa del Estado-, la seguridad del Estado, el control de armas o la represión del terrorismo, situaciones que habilitarán para querellarse al Ministerio del Interior, a los Intendentes y Gobernadores.[34]

En tal sentido, la Comisión analizó cuidadosamente las normas del Código Tributario y de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos que requerirían adecuarse al nuevo sistema procesal penal.

Sobre el particular el asesor del Ministerio de Justicia, señor Rafael Blanco, explicó que *"cuando se discutió esta iniciativa de ley en la Cámara de Diputados no se consideró necesario modificar expresamente la ley orgánica de este Servicio, ya que se juzgó que toda la investigación que él hacía -lo cual también se entendió extensivo para el Servicio Nacional de Aduanas- tenía una naturaleza contenciosa administrativa, y que si ella arrojaba la existencia de un ilícito, necesariamente los antecedentes tenían que ser puestos en conocimiento del fiscal, atendida las atribuciones constitucionales del Ministerio Público"*.[35]

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. Puso de relieve que, de acuerdo a las atribuciones que tiene el Servicio de querellarse, o bien, de no querellarse y aplicar la sanción pecuniaria, los Directores Regionales, que tienen delegada esa facultad, han aplicado en la gran mayoría de los casos sólo la sanción pecuniaria. Los casos más graves llegan al Departamento de Delitos Tributarios, donde son revisadas todas las pruebas y, en función de eso, se someten al Departamento de Defensa Judicial para que dé su opinión. Considerando esa opinión, sólo en ese momento el Director resuelve si interpone o no*

---

[34] INFORME DE LA COMISION DE CONSTITUCION DEL SENADO, Historia de la Ley 19.806, p. 203

[35] Ibid, p. 333

la querella respectiva. 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 querella. 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 3º 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 éste último, y deroga todas las normas procesales penales especiales no modificadas por esta ley en cuanto fueren incompatibles con el Código Procesal Penal. Como se desprende de su lectura, destacó, la disposición resulta especialmente compleja para el ejercicio de muchas de las competencias que actualmente tiene el Servicio, y además produce una situación de inseguridad jurídica que hará que sean los tribunales los que deban decidir si Impuestos Internos mantiene sus actuales facultades, y que en caso que se llegue a la conclusión que ello no es así, se podría originar un problema serio para el Ministerio Público, que tendría que asumir la investigación de estos diez mil casos[36]

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*

[36] Ibid., p. 334 y 335

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 inexistencia 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 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. Precisó que las pretensiones del Servicio no apuntan a continuar con un arraigo dispuesto en sede administrativa, que tiene su origen en la época en que había que pedir un salvoconducto para salir al extranjero y se exigía que estuvieran pagados los impuestos. Pero sí existe preocupación porque se pueda paralizar la actuación del Servicio en las auditorías, en que se invierte el peso de la prueba, obligando al contribuyente a probar los hechos con su contabilidad, y que es, esencialmente, el mecanismo a través del cual se realiza la fiscalización, lo que afectaría de manera substancial la labor que en la actualidad se realiza en todo el tema de las facturas falsas. A modo comparativo, indicó que en Estados Unidos se utiliza el mismo procedimiento empleado en nuestro país. Es imposible que el Departamento de Investigaciones Criminales en Estados Unidos vaya a pedir a los jueces facultades para examinar la contabilidad. Sería impracticable. Lo que hacen es enviar al equivalente de nuestro Ministerio Público mil o dos mil casos al año, para que los califiquen, pero no cabe duda de que es la Administración la que efectúa el acopio y la reunión de estos antecedentes, que fluyen del trabajo diario que hace el aparato fiscalizador.[37]

Sobre el particular, el H. Senador señor 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*

[37] Ibid., p. 335

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 la de este proyecto de ley. Manifestó compartir en ese sentido el razonamiento del señor Subdirector Jurídico del Servicio, toda vez que es factible que Impuestos Internos llegue a la conclusión de que los hechos investigados, para lo cual habrá acumulado muchos antecedentes, son constitutivos de delito, y, en ese momento, podrá pensarse que suspenda la gestión. Una solución distinta podría llegar a anarquizar el sistema, llegándose a jibarizar toda la gestión administrativa fiscalizadora, que va a tener tal carácter hasta el momento en que el órgano que tiene la responsabilidad estime que el hecho es constitutivo de delito.[38]

Finalmente, el señor Director de Impuestos Internos subrayó que esta nueva legislación afectaría no sólo 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.[39]

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 sólo con modificaciones de forma.[40]

Tal como se señaló en el informe de la Comisión de Constitución del Senado, el nuevo artículo 44 del proyecto introduce diversas modificaciones en el Código Tributario, aprobado por el decreto ley Nº 830, de 1974.

Respecto del Artículo 161 Regula el procedimiento aplicable a las sanciones por infracción a las disposiciones tributarias, que no consistan

---

38 Ibid., p. 336

39 Ibid.

40 Ibid.

en penas corporales, que son conocidas por el Director Regional competente, o por los funcionarios que designe conforme a las instrucciones que al respecto imparta el Director. Las enmiendas que se introducen conciernen solamente al número 10, y están destinadas a consultar el procedimiento de recopilación de antecedentes, que procederá en el caso de infracciones que el Código Tributario sanciona con multa y pena corporal. Los antecedentes recopilados servirán de fundamento a la decisión del Director acerca de interponer la respectiva denuncia o querella o dar curso a la aplicación de la multa por vía administrativa. Como tribunal competente para conocer del reclamo deducido en contra de la resolución que ordene aposición de sellos o incautación de documentos, se contempla al juez de letras en lo civil de turno del domicilio del contribuyente, en lugar del actual juez del crimen. Ello, toda vez que se está ejerciendo una atribución fiscalizadora de la Administración, que no está relacionada necesariamente con la comisión de un hecho delictivo. Las modificaciones señaladas se aprobaron por la unanimidad de los integrantes de la Comisión, HH. Senadores señores Díez, Fernández, Hamilton, Silva y Zurita.

Artículo 162 Se sustituye esta disposición, para regular en forma detallada las investigaciones de los delitos tributarios sancionados con pena corporal.[41]

2. **Sentencia del Tribunal Constitucional**

El TC, al conocer del proyecto de ley, lo aprueba en los siguientes términos:

> "(…)
> *33º Que, el artículo 43 del proyecto remitido, que modifica el Código Tributario, en su artículo 161, señala:*
>
> *"Modifícase el numeral 10º, del siguiente modo:*
> *Reemplazase el primer párrafo por el siguiente:*
> *"10º.- No se aplicará el procedimiento de este Párrafo tratándose de infracciones que este Código sanciona con multa y pena corporal. En estos casos corresponderá al Servicio recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director a que se refiere el artículo 162, inciso tercero.".*
> *Sustitúyense, en el segundo párrafo, las palabras "la investigación previa" por "la recopilación".*
> *Reemplázase, en el último párrafo, la expresión "el Juez de Letras de Mayor Cuantía en lo Criminal que corresponda", por la*

41 Ibid., p. 337

siguiente: "el juez de letras en lo civil de turno del domicilio del contribuyente".

34º Que, siguiendo el principio tantas veces aplicado por este Tribunal "de interpretación de conformidad a la Constitución", y a fin de precaver una eventual contradicción entre el nuevo numeral 10 del transcrito artículo 161 y el artículo 80 A de la Carta Fundamental, esta Magistratura aprueba la modificación a aquel precepto, en el entendido de que la "recopilación de antecedentes" a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80 A y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación;
(…)

43º Que, las disposiciones contempladas en los siguientes preceptos del proyecto remitido, no son contrarias a la Constitución Política de la República: (…)
*En el artículo 43: las referentes a los artículos 95, 105, 161, Nº 10, **162** y 196, Nº 7, del Código Tributario;*
(…)

Y, visto, lo prescrito en los artículos 18, inciso primero, 19, Nº 15, inciso quinto, 63, 74, incisos primero y segundo, 80 B, 81, inciso octavo, 82, Nº 1º e inciso tercero, 94, inciso primero, 97, 102, inciso primero, 107, incisos segundo y quinto y 108, de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 34 al 37 de la ley Nº 17.997, de 19 de mayo de 1981,

Se declara:

*Primero.- Que las siguientes disposiciones del proyecto remitido **son constitucionales**: (…)*
*En el artículo 43: las referentes a los artículos 95, 105, **162** y 196, Nº 7, del Código Tributario; (…)"*[42]

3. **Reforma constitucional de 1997**

[42] TC, Rol 349/2002

La Ley 19,519 reformó la Constitución Política de la República, incorporando la nueva institucionalidad del Ministerio Público. En sus antecedentes se observa que expresamente se aludió a las atribuciones del SII.

El Senador Otero indica:

"Se eleva a garantía constitucional el derecho del ofendido a ejercer la acción penal en conformidad a la ley. Será la ley orgánica constitucional la que determine la forma, oportunidad y requisitos para ejercer tal derecho. La ley deberá considerar el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción privada y, en los delitos de acción pública, las garantías y salvaguardias que debe de tener el ofendido, cuando el Ministerio Público rehúsa ejercer la acción penal correspondiente, al igual que la forma en que el ofendido podrá coadyuvar con aquél. No corresponde a una reforma constitucional entrar a la reglamentación de esta materia, sino establecer el principio de que el ofendido siempre podrá ejercer la acción penal". [43]

Por su lado, el Senador Díez afirma:

"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". [44]

Más adelante, agrega:

"Es cierto que las constancias que dejamos a veces no son seguidas por los intérpretes. Pero como en este caso el intérprete es el Tribunal Constitucional, encargado de revisar las leyes

43 Senador Otero, en Historia de la Ley 19.519, p. 104

44 Senador Díez, en Historia de la Ley 19.519, p. 207

orgánicas constitucionales respectivas, no me cabe duda de que, con su doctrina interpretativa finalista de la Constitución, tomará en cuenta la interpretación que se está dando aquí, es decir, que lo "exclusivo" no significa que el juez no puede ordenar investigar, y que "dirigir" no significa efectuar la investigación, sino dictar las pautas para realizarla. De manera que mañana -y formulo la consulta- el Fiscal puede decir a la Sección Delitos Tributarios de Impuestos Internos que la investigación se hará de tal manera, y no necesita suprimir la Sección Delitos Tributarios de Impuestos Internos. Si el Fiscal desea ejercer esa atribución él mismo, puede hacerlo, porque él va a dirigir la investigación. Pero no está "amarrado" para terminar con los servicios que actualmente existen".[45]

La Senadora Feliú se pregunta:

"Entonces, ¿por qué no me gusta esto y por qué renové la indicación? Porque siempre el constituyente parte del supuesto de que el ejercicio de la acción penal pública es restrictivo, es mal mirado, siempre va a ser limitativo en el legislador. Considero que esa materia (reitero) es propia de la ley. No es propio de la Carta determinar a quién corresponde ejercer la acción. Las normas constitucionales deben establecer el Ministerio Público y fijar sus facultades. Entonces, que la acción pueda ser ejercida también por el ofendido u otras personas no es propio del constituyente. Y tampoco se admite en la redacción que se dio".[46]

En definitiva, en el Informe de la Comisión de Constitución del Senado se hace presente que:

"El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido y a las demás personas que determine la ley para ejercer igualmente la acción penal, en alguna de las formas que el Código del ramo determine. En esta parte, hay una diferencia importante entre el mensaje y el texto que se comenta. El primero reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. El segundo, en cambio, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación

45 Senador Díez, en Historia de la Ley 19.519, p. 216 y 217

46 Senadora Feliú, en Historia de la Ley 19.519, p. 221

jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal".[47]

En definitiva, el Senador Hamilton recuerda:

A través del proyecto en votación se crea un órgano autónomo y jerarquizado denominado "Ministerio Público", cuya función exclusiva radicará en dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Asimismo, le corresponderá ejercer la acción penal pública, sin perjuicio de la facultad del ofendido y de otras personas para ejercerla.[48]

4. **Ley 20.322**

Dicha legislación establece la nueva jurisdicción tributaria y aduanera.

En el artículo segundo, N° 49), de dicha ley se modifica el artículo 162, de la siguiente manera:

a) En el inciso primero, sustitúyese la expresión "pena corporal" por "pena privativa de libertad".

b) En el inciso tercero, reemplázanse la expresión "pena corporal" por "pena privativa de libertad", y las palabras "aplique la" por "persiga la aplicación de la".

c) En el inciso cuarto, sustitúyese la expresión "Director Regional" por "Juez Tributario y Aduanero".

d) En el inciso quinto, reemplázase la expresión "Director Regional" por "Juez Tributario y Aduanero".

Tal como se señaló en la Comisión de Constitución del Senado, se modifica el artículo 162 del Código Tributario, el cual dispone que la investigación de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal sólo podrá ser iniciada por denuncia o querella del

47 Informe de la Comisión de Constitución del Senado, p. 257

48 Senador Hamilton, en Senado, en Historia de la Ley, p. 329

Servicio de Impuestos Internos, o del Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director del Servicio. El numeral en comento está compuesto por tres literales, que inciden en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 162. El inciso tercero otorga al Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos una opción: si la infracción tiene asignadas pena corporal y pecuniaria, el Director podrá, a su discreción, interponer la respectiva denuncia o querella o enviar los antecedentes al Director Regional para que aplique la multa.

En definitiva:

"La letra a) del número 48) rectifica la redacción, en vista de que el Director Regional ya no será tribunal, sino parte. En consecuencia, en lugar de la expresión "aplique la" multa plantea redactar la disposición en los siguientes términos: "persiga la aplicación de" la multa. El inciso cuarto, en su segunda parte, prescribe que el Director Regional se declarará incompetente si se interpone denuncia o querella por constituir el hecho un delito tributario.
La letra b) del número en análisis sustituye la expresión "Director Regional" por "Juez Tributario y Aduanero", pues en la eventualidad prevista en dicho inciso los hechos pasarán a ser de competencia del Ministerio Público y los jueces del orden penal. El inciso quinto postula que la interposición de la acción penal o de la denuncia administrativa no impedirá al Servicio proseguir los trámites tendientes a la determinación de los impuestos adeudados, ni al Director Regional ocuparse de la reclamación correspondiente.

La letra c) del numeral 48) reemplaza la expresión "Director Regional", por las palabras "Juez Tributario y Aduanero".[49]

En relación a una indicación del Honorable Senador señor Vásquez, para prevenir un error de redacción que se produciría en el inciso tercero del artículo 162 del Código Tributario, de aprobarse sin más la letra c) del número 48) en comento. En efecto, si se acepta tal como está dicho literal, la frase quedaría trunca y rezaría "para que persiga la aplicación de multa". Por eso, propone agregar el artículo definido "la", antes del vocablo "multa". - Fue aprobada por unanimidad, por los Honorables Senadores señores Gómez, Prokuriça y Muñoz, don Pedro.[50]

---

[49] Informe de la Comisión de Constitución del Senado, en Historia de la Ley, p. 528

[50] Ibid., p. 519

Acto seguido la Comisión, aplicando el mismo criterio que inspira otros cambios anteriores, sustituyó, siempre en el inciso tercero, la expresión "pena corporal" por "pena privativa de libertad". Así fue acordado, conforme al inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado. Esta modificación fue aprobada por unanimidad, con igual votación que la anterior.[51]

El Tribunal Constitucional no analizó la disposición, al no tener carácter orgánica.[52]

5. **Doctrina**

Como ha señalado la doctrina, la norma central con respecto al ejercicio de la acción penal en materia tributaria se encuentra en el artículo 162 CT, que *"establece una excepción a los arts. 53 y 172 del CPP, pues la investigación de hechos que revisten caracteres de delitos tributarios sólo puede ser iniciada por denuncia o querella de Servicio, o por querella del Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Servicio"*.[53] Así, *"la acción penal es pública, aunque se halla sometida a una regla especial, la iniciativa exclusiva del Servicio"*.[54]

Se trata de una normativa que ya tiene sus orígenes en la década del sesenta.[55] Se asocia al orden público económico como bien jurídico protegido.[56]

En efecto, *"en atención a que el Servicio de Impuestos Internos corresponde la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias –conforme a las disposiciones contenidas en el Código Tributario y su Estatuto Orgánico- el legislador le ha encomendado además la función de perseguir la responsabilidad penal del delincuente tributario. Con este último objeto, el artículo 162 del*

---

51 Ibid.

52 TC, Rol 1243

53 ALEX VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, 2007, p. 165

54 Ibid.

55 ERNESTO OLGUIN ARRIAZA, *Delito Tributario y jurisprudencia*, 1985

56 RODRIGO UGALDE PRIETO y JAIME GARCIA ESCOBAR, *Curso sobre delitos e infracciones tributarias*, 2011, p. 3 y ss.

Código Tributario ya citado faculta al Director del Servicio para deducir la correspondiente querella o denuncia o requerir para este mismo efecto al Consejo de Defensa del Estado. A fin de facilitar el cumplimiento de las respectivas funciones, el legislador lo ha dotado de atribuciones necesarias para el establecimiento de los hechos que constituirán el fundamento de la acción penal. De esta manera, la etapa previa de investigación administrativa de los aludidos hechos punibles permite que las querellas se deduzcan en forma responsable y con antecedentes y pruebas que a juicio del Servicio sean suficientes para que prospere la acción. En estas condiciones, la investigación administrativa constituye una garantía para los contribuyentes de no verse expuestos a ser llevados a la justicia del crimen, con el consiguiente perjuicio moral que ello implica, sin causa plenamente justificada". [57]

Del mismo modo, la doctrina ha justificado esta materia en que: a) la investigación que realiza el SII es exclusivamente contencioso administrativo, pudiendo aplicar una multa "en el entendido que se trata del único organismo técnico establecido en nuestro ordenamiento jurídico que tiene las competencias para realizar esta investigación"; b) tratándose de delitos de carácter especial, se puede aceptar cierta disponibilidad en la materia; c) se trata de una facultad discrecional que no debe ejercerse de manera arbitraria.[58]

En todo caso, resulta evidente que el carácter especial del delito tributario está dado por: a) el aspecto eminentemente técnico del delito, lo que requiere de un órgano igualmente capacitado para la recopilación de antecedentes y ejercicio de la acción; b) el bien jurídico protegido (patrimonio fiscal), que en conjunto con la finalidad del SII (fiscalizar el cumplimiento tributario y, por tanto, la recaudación), permite sostener que es éste el órgano especializado para ejercer la acción toda vez que vela -como fin- por una mayor recaudación, y; c) el llamado a representar al fisco en esta materia es del SII y, por tanto, al tener el carácter de "ofendido" por el delito debe disponer de las alternativas señaladas en la ley.

Ahora bien, como se ha puntualizado, la exclusividad no es una novedad en nuestra legislación "encontrándose presente en otras áreas como la libre competencia, aduanas o materias electorales"; de modo

---

57 OLGA KOGAN y JAIME FIGUEROA, *El delito tributario,* 1971

58 MARTIN VILA BALTRA, *Titularidad de la acción penal en los delitos tributarios*, Anuario de Derecho Tributario 7, 2015, p. 61 y ss.

que nos encontramos con "materias de carácter específico y técnico que competen a órganos especiales existentes para ello, los cuales tienen fines particulares y bien definidos, por lo cual la mencionada exclusividad se encontraría justificada".[59]

6. **Jurisprudencia**

Los tribunales de justicia se han pronunciado con claridad acerca de la naturaleza jurídica de la atribución que le otorga al SII el artículo 162 del Código Tributario.

Así, la Corte Suprema ha sentenciado que *"la norma del artículo 162 del Código Tributario fija un requisito de procesabilidad en el sentido que los juicios criminales por delitos sancionados con pena corporal sólo pueden ser iniciados por querella o denuncia del Servicio de Impuestos Internos o del Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento de Director. Tal disposición, por reglar normas de procedimiento, es de orden público, por lo que su omisión determina la nulidad absoluta del procedimiento"*. [60]

Por su parte, la ICA de San Miguel ha señalado que se trata de una acción *"semejante a la acción mixta, de modo que en el procedimiento antiguo el desistimiento o abandono no daba lugar al sobreseimiento definitivo"*. [61]

7. **Justificación del ejercicio de la acción penal tributaria**

La doctrina procesal que asume el Código Procesal Penal Chileno se refieren en su título tercero a la acción penal, acto procesal destinado a aperturar el proceso penal distinguiendo en su título III tres clases de acciones:

a) Acción penal pública

b) Acción privada y

c) Acción penal pública previa instancia particular.

---

59 LIBERTAD Y DESARROLLO, *Temas Públicos* 1301-2, 5 de mayo de 2017

60 CS., 27.01.1988, GJ 91, 1988, p. 92

61 ICA de San Miguel, 17.07.1992, RDJ LXXXIX, 1992, p. 181

La acción penal pública dice el Código no está sometida a regla especial y deberá ser ejercitada por el Ministerio Público y además por las personas que determine la ley.

La acción privada sólo podrá ser ejercida por la víctima.

En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sino cuando el ofendido por el delito hubiera denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la Policía.

Esta norma debe entenderse claramente en que sin su voluntad no puede abrirse proceso.

En el ámbito procesal penal esta acción se denomina monopólica en que sólo corresponde su ejercicio a las personas que indique la ley, siendo esta precisamente la situación de la acción destinada a abrir procesos tributarios.

Los antecedentes del proyecto primitivo y del Código Tributario nos precisan y se optó por esta solución fundamentalmente por dos razones.

La primera es que el SII es el que tiene el mejor conocimiento para tomar la decisión de iniciar o no un proceso penal y lo segundo es que se quiere impedir el abuso que puedan hacer los particulares denunciando acciones tributarias infundadas contra personas que tienen conflictos con ellos, situación ya conocida en los casos en que dos personas tienen un conflicto típicamente civil pero el actor naturalmente prefiere iniciar una acción penal con las consecuencias que ello lleva en contra del querellado, esto es, someterlo a un proceso criminal en vez de civil.

En consecuencia fueron razones de lógica jurídica las que llevaron a mantener la acción monopólica tributaria en manos del SII.

En suma, respecto a la naturaleza de la acción penal por delitos tributarios, tal y como está hoy consignada la facultad de iniciar un proceso investigativo en esta materia, la doctrina procesal se encuentra conteste en que éste tipo de delitos corresponde a aquellos denominados de acción pública previa instancia particular. Así, en este tipo de delitos no puede procederse de oficio sino cuando el ofendido por el delito hubiera denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la Policía.

Al respecto y tal como se señaló anteriormente, el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, es el patrimonio fiscal, por lo que resulta lógico que quien ejerza la acción penal sea el “ofendido” por el delito, en este caso, el Servicio de impuestos Internos, por ser éste el órgano llamado por ley a fiscalizar y recaudar los tributos que conformarán el patrimonio fiscal.

CAPITULO TERCERO
PRINCIPIOS LEGALES QUE RIGEN AL SII COMO INSTITUCION DE DERECHO PÚBLICO

El SII[62], como órgano técnico[63], que forma parte de la Administración del Estado[64], debe sujetarse a una serie de principios que resultan aplicables a toda institución pública, que nos parece necesario enunciar.

1. Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política y 2 de la ley 18.575, los órganos de la administración del Estado deben someter su acción a la CPR y a las leyes, debiendo *"actuar dentro de su competencia"*, no teniendo más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Lo anterior no es sino concreción del principio de sujeción de la Administración al Derecho.[65]

2. Responsabilidad

Según el ordenamiento jurídico (artículos 6 y 7 de la CPR y 2 de la ley 18.575, ya citada) todo abuso o exceso en el ejercicio de las potestades de los órganos de la administración del Estado dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

---

62 De acuerdo a lo señalado por su Ley Orgánica, le corresponde al Servicio de Impuestos Internos *"la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente"*. (art. 1° DFL 7, 1980).

63 Según el artículo 2° *"Este Servicio depende del Ministerio de Hacienda y está constituido por la Dirección Nacional y su Dirección de Grandes Contribuyentes, ambas con sede en la capital de la República, y por las Direcciones Regionales".* Por su lado, el artículo 3° indica que *"La Dirección Nacional estará constituida por los Departamentos Subdirecciones y Departamentos que establezca el Director con sujeción a la planta de personal del Servicio"*

64 La Administración del Estado estará constituida por *"los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".*(artículo 1° de la Ley de Bases de la Administración del Estado N° 18.575, cuyo texto refundido es el DFL 1/2001).

65 OELCKERS C., OSVALDO, *El principio de la legalidad, en la Administración del Estado de Chile 1990-2000*, p. 455 y ss.

3. **Servicialidad**

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 3 de la ley 18-575, en armonía con lo señalado en el artículo 1° de la Constitución Política, *"la administración del Estado está al servicio de la persona humana"* y su finalidad es *"promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente"*.[66]

4. **Eficiencia y Eficacia**

En tal sentido se debe velar *"por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública"*.[67]

La ley 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración del Estado, señala que *"el procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares"* (artículo 13). Del mismo modo, la Administración debe *"responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios"* (artículo 9)

5. **Coordinación**

Al respecto, el artículo 5 de la ley 18.575 ordena que los órganos de la administración del Estado *"deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones"*.[68]

---

66 Sobre el punto, Soto Kloss ha expresado que *"jurídicamente se trata de un 'deber jurídico' que la Constitución impone al Estado, en razón de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee, concebido éste -además- de un modo específico, como medio de perfeccionamiento de las personas. 'Deber jurídico' del Estado, concebido éste en un escenario en que el actor principal es la 'persona humana' y su primacía. Y como 'deber' que es jurídicamente, tiene un significado específico, ya de actuación, ya de abstención, y cuya infracción (de actuación o de abstención) conlleva efectos de sanción, e incluso si origina daños, el deber jurídico de indemnizar"* (SOTO KLOSS, EDUARDO, *La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad,* RDP 57/58, p. 20).

67 Como lo explica Gladys Camacho de lo que se trata es que *"el Estado y particularmente la administración pública, no sólo resuelva los problemas, sino que lo haga oportunamente y conforma a una racional utilización de los recursos"* (CAMACHO, GLADYS, *Los principios de eficacia y eficiencia administrativas*, p. 508).

68 La coordinación supone *"un proceso de gestión que implica una acción destinada a garantizar la sujeción de las partes de un sistema a un orden o supuesto básico común que introduciendo coherencia en la actividad de cada una, conduzca al logro de un propósito u objetivo que le es pertinente, o a la manera de lograrlo"*.[68] Como también lo expresa Vergara Blanco *"en virtud de este principio, una vez establecidos por ley los objetivos y fines de cada órgano de la administración del Estado, estos deben cumplir sus cometidos*

6. **Impulsión de oficio del procedimiento**

El artículo 8 de la ley 18.575 indica que los órganos de la administración del Estado *"actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o de reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites".* Por su lado, el artículo 7 de la ley 19.880 expresa -en armonía con lo anterior- que *"el procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión"*.

7. **Impugnabilidad de los actos administrativos**

De acuerdo al actual artículo 10 de ley 18.575, los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Al efecto, se indica, que *"se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar".* Precisando dicha disposición, el artículo 15 de la ley 19.880 expresa que *"todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales".*

8. **Control**

Como consecuencia del principio anterior, las autoridades y jefaturas ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. El referido control[69], según lo establece el artículo 11 de la ley, se

---

coordinadamente y de esta manera lograr la unidad de acción que debe regir en sus actuaciones. Persigue el legislador a través de este principio, evitar la duplicación y la interferencia de funciones en las actuaciones de los órganos de la administración pública, y de esta forma lograr el cumplimiento de la eficiencia en la administración del Estado" (VERGARA B., ALEJANDRO, *Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa en materia de aguas*).

69 Según señala Pantoja Bauzá, el control se concibe *"como una actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo según los patrones objetivos que sirven de base al control"* (PANTOJA B., ROLANDO, *La organización administrativa del Estado*, p. 351).

extenderá *"tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones".*[70]

9. **Probidad**

A partir de la reforma constitucional de 2005[71], el principio de probidad tiene fundamento constitucional, al establecerse en el artículo 8 de la Carta Fundamental que *"el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".* Los funcionarios de la administración del Estado deben el observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 12 de la ley 19.880 señala los casos en que las autoridades y funcionarios de la Administración deben abstenerse de actuar.

10. **Transparencia**

Por su parte, la función pública debe ejercerse con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. En igual sentido, el artículo 15 de la ley 19.880 ordena que *"el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él*".[72]

11. **Publicidad**

Como regla general, los actos administrativos de los órganos de la administración deben ser públicos, salvo las excepciones que establece la propia ley.[73] Como concreción de lo señalado, el inciso 2° del artículo

---

70 En el mismo sentido, Silva Cimma agrega, que el control *"tiene por finalidad procurar el respecto del orden jurídico por parte de los órganos llamados a ejercer el poder público, y que trasladado este concepto al campo meramente administrativo, el control persigue, en una palabra, la subordinación de esa Administración, en todos los aspectos, al sistema de derecho"* (SILVA C., ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado. El control público*, p. 17).

71 Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Reforma constitucional de 2005*, en RDP 67, 2005

72 Vid. Revista de Derecho UFT 1 (2013) dedicada extensamente al tema.

73 Este principio tiene fundamento constitucional, desde el momento que es consecuencia del régimen democrático establecido, de la libertad de información, del derecho a una oportuna defensa y de la excepcionalidad del sistema de confidencialidad. Se lo ha entendió como un principio rector *"en virtud del cual los actos de los órganos estatales, sus fundamentos y el procedimiento conforme al cual se adoptan son públicos y no secretos ni reservados"* (FERNANDEZ G., MIGUEL, *El principio de publicidad administrativa*, p. 730).

16 de la ley 19.880 indica que, salvo las excepciones legales o reglamentarias, *"son públicos los actos administrativos del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial"*. La reforma constitucional de 2005 estableció expresamente que *"son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional*".[74]

12. **Escrituración**

El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, deben expresarse por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia (artículo 5 de la ley 19.880).

13. **Gratuidad**

En el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario (artículo 6 de la ley 19.880).

14. **Contradictoriedad**

De acuerdo a este principio *"los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio"* (artículo 10 de la ley 19.880).[75] Como consecuencia de dicho principio se reconoce el derecho del inculpado a acceder a las pruebas que se rindan[76], de modo que los interesados se encuentren en plano de igualdad ante la Administración.[77]

---

74 El TC ha dictado diversas sentencias que han ido configurando el principio de publicidad, vinculado con el acceso a la información (Rol 634) y como un principio rector del ordenamiento jurídico y democrático (Rol 1800)

75 La CGR ha señalado que dicho principio supone el poder accederé a los actos administrativos (Dictamen 75.908/2010), impugnar las medidas (Dictamen 75.886/2010)

76 CGR, Dictamen 65.120/2010

77 CGR, Dictamen 36.234/2009

15. **Imparcialidad**

La Administración debe actuar con objetividad, expresando los hechos y fundamentos de derechos que motiven su actuación (artículo 11 de la ley 19.880), todo lo cual supone un actuar racional.[78]

16. **Inexcusabilidad**

Finalmente, la Administración del Estado se encuentra obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación (artículo 14 de la ley 19.880).

17. **Conclusivo**

Por último, todo procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad (artículo 8 de la Ley 19.880).[79]

---

78 Resulta esencial por lo mismo la motivación de la decisión (CGR, Dictamen 79.861/2010). La fundamentación del acto es consustancial (CGR, Dictamen 35.700/2010).

79 Como ha señalado la doctrina administrativa española, para que exista el procedimiento *"es necesario que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno suponga al anterior y el último suponga al grupo entero"* (JESUS GONZALEZ PEREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3ª. ed., 2001).

CAPITULO CUARTO
LA POTESTAD FISCALIZADORA Y SANCIONADORA DEL SII

Resulta relevante analizar las características que presenta la potestad sancionadora del SII, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

1. Potestades sancionatorias

Existe reiterada jurisprudencia en relación a los principios a los que debe someterse el SII en materia de fiscalización tributaria.[80] Desde ya cabe tener presente que el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") ha precisado que la facultad de los Directores Regionales del SII para aplicar, rebajar o condonar sanciones administrativas *"se enmarca dentro de sus potestades administrativas sancionatorias"*.[81]

Por su parte, la potestad punitiva administrativa ha sido definida por el TC como *"el poder con que actúan los órganos estatales no jurisdiccionales investidos de atribuciones para sancionar hechos ilícitos".*[82] Como ha señalado la doctrina ius publicista nacional *"un elemento básico de la sanción administrativa es el carácter administrativo del procedimiento que ha de observarse. El procedimiento aparece gobernado y dirigido, principalmente, por órganos y funcionarios integrantes de la Administración".*[83] Similar razonamiento han sostenido autores extranjeros.[84]

---

80 ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia constitucional chilena*. En Libro Homenaje a grandes penalistas chilenos, Ed. Universidad Finis Terra (2010), p. 241-265

81 TC, Rol 766/2007. Se puntualiza que el procedimiento que otorga competencia al Director Regional del SII para aplicar multas, habiendo previamente escuchado a la parte afectada y, eventualmente, recibiendo antecedentes probatorios, importa en la especie el ejercicio de facultades sancionatorias administrativas. En el mismo sentido, Roles 725/2007, 1148/2008, 1183/2008, 1203/2008, 1205/2008, 1221/2008, 1223/2008, 1229/2008, 1233/2008, 1245/2008.

82 T.C., Rol 2381/2012. Ahora bien, el mismo TC ha puntualizado que la sanción administrativa es un acto administrativo, que se dicta después de un procedimiento administrativo, a consecuencia de una infracción de bienes jurídicos de naturaleza administrativa (Roles 124/1991, 725/2008 y 1413/2010). Por ello, el hecho de que sea un acto administrativo implica descartar -en principio- que se trate del ejercicio de funciones jurisdiccionales (Roles 766/2008, 1183/2009, 1518/2010 y 2381/2013).

83 RAMIRO MENDOZA, *Acerca del principio general de la intransmisibilidad de las multas*, Conferencias Santo Tomás, 2005, p. 137.

84 Por lo mismo, *"La decisión de la administración imponiendo una sanción es un acto administrativo típico y por consiguiente tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No*

Por su lado, la jurisprudencia de nuestro TC ha resuelto sobre esta materia ya a mediados de los noventa[85], sobre la base de una interpretación extensiva de la Constitución, similar a lo sustentado en su oportunidad por el Tribunal Constitucional español[86], que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Carta Fundamental, especialmente en el artículo 19, N° 3°, *"han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestación del ius puniendi propio del Estado"*.[87] De acuerdo a este criterio, entonces, resulta claro que los principios de legalidad y tipicidad y, desde luego, todos aquellos que garantizan el derecho de las personas a la defensa jurídica y la protección de sus derechos, en la aplicación del derecho penal, como el debido proceso, el justo y racional procedimiento, proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad, deben ser

---

constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada" (ENRIQUE SAYAGUÉS LAZO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1998, pág. 354)

85 TC, Rol Nº 244, de 26 de agosto de 1996 (Ley de caza)

86 Sobre esta materia, cabe señalar que en la Constitución española de 1978 se reconocen en los artículos 24 y 25, similares o idénticas garantías a aquéllas consagradas en el artículo 19 Nº 3 de nuestra Carta Fundamental, es decir, las relativas a la protección judicial de los derechos, la defensa jurídica, la legalidad de los tribunales, la legalidad penal o el principio del nullum crimen, nulla poena, sine lege o nulla pena sine legale iudicium, el principio de la irretroactividad en materia penal. El artículo 25 de la Constitución española, siendo más explícito que la Constitución de 1980 establece el principio de legalidad de la pena o sanción, en materia penal y administrativa, disponiendo que *"nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*. De acuerdo a la garantía constitucional, El Tribunal Constitucional español ha establecido que los principios penales con ciertas excepciones, son aplicables al derecho administrativo sancionador. Así, en sentencia de 29.03.90 de este último Tribunal, aunque señala la necesidad de adaptación de los matices, no dispone la supresión de los principios penales al sancionador administrativo. Expresamente se indica que *"siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad de los ciudadanos".* El administrativista García de Enterría destaca que "El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias de amparo en la materia (30 de enero y 8 de junio de 1981), hizo suya la postura del del Tribunal Supremo: *<Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo…, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales>…"* (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, 2002, pág. 168).

87 T.C., Rol Nº 244, consid. 9º. Con posterioridad. En el mismo sentido, Roles N°s 479/2006, 480/2006, 1413/2010, 1518/2010, 2264/2012 y 2381/2013.

aplicables también al ámbito del *ius puniendi* ejercido por el Estado administrador.[88]

Por lo mismo, dicha Magistratura *"ha sujetado las sanciones administrativas al estatuto constitucional del artículo 19 Nº 3, en lo relativo a los principios de legalidad y tipicidad, exigiendo que el acto administrativo sancionador se imponga en el marco de un debido proceso, teniendo siempre el afectado derecho a impugnarlo ante los tribunales de justicia".*[89] Similar razonamiento ha sustentado la Corte Suprema[90] y la Contraloría General de la República.[91]

2. **Debido Proceso**

En esta materia, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso"*.[92]

---

88 El TC ha ratificado lo anterior, haciendo presente que "*esta Magistratura ha sujetado las sanciones administrativas al estatuto constitucional del artículo 19 Nº 3, en lo relativo a los principios de legalidad y tipicidad, exigiendo que el acto administrativo sancionador se imponga en el marco de un debido proceso, teniendo siempre el afectado derecho a impugnarlo ante los tribunales de justicia"* (Rol 766/2007)

89 T.C., Rol Nº 1184/2008

90 La CS ha sentenciado que *"se entiende que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen origen común en el ius puniendi único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia. De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al derecho penal"* (CS, Rol Nº 4627/2008. En el mismo sentido, Rol 5565/2009). También dicho máximo tribunal ha precisado que "*la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor"* (CS, Rol Nº 9078-2009).

91 CGR, Dictamen Nº 14.571/2005: *"Tal como lo han sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General en su Dictamen N° 50.013 bis de 2000, y la doctrina existente sobre la materia, la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario"*.

92 T.C., Rol 766/2007, consid. 12. Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Debido proceso en la jurisprudencia del TC*, en Litigación Pública, 2011, p. 11 y ss.

Por lo mismo, para dictar el acto administrativo sancionador se ha destacado la importancia de haber "previamente escuchado a la parte afectada" y eventualmente recibir "antecedentes probatorios".[93]

En tal sentido aplicación de lo anterior es "la posibilidad de impugnar el acto administrativo ante los tribunales", "resguardando así la observancia de un debido proceso"[94]

En materia sancionatoria el derecho a un debido proceso resulta aplicable, particularmente en relación al derecho a reclamar ante un tribunal.[95] De este modo, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, el acto administrativo sancionador exige que *"se imponga en el marco de un debido proceso, teniendo siempre el afectado derecho a impugnarlo ante los tribunales de justicia"*.[96]

Entre los principios propios de un debido proceso, cabe mencionar la debida intervención de letrado, la bilateralidad de la audiencia y la provisión al demandado de los medios necesarios para presentar adecuada y eficazmente sus alegaciones, lo que presupone el conocimiento oportuno de la acción.[97] También se ha precisado que el legislador debe permitir que quienes puedan ser afectados por dichas sanciones, puedan defenderse de los cargos que les formule la autoridad, pudiendo rendir prueba e impugnar la sanción.[98] Igualmente, se ha añadido la publicidad de las actuaciones del proceso, la motivación de las resoluciones y el acceso a los recursos.[99]

---

93 T.C., Rol 76/20076, consid. 25. En el mismo sentido, la Corte Suprema afirma que *"los principios de la audiencia bilateral y la posibilidad de rendir prueba constituyen elementos esenciales del debido proceso legal, cuya ausencia en la especie ha motivado el justificado reproche que el fallo recurrido dirige a la actuación de la entidad pública fiscalizadora"* (Rol 6333-07, 24.1.09)

94 T.C., Rol 766/2007, consid. 20. En el mismo sentido, Rol 1223/2008

95 T.C., Rol 415/2004, consid. 13 y 14. En el mismo sentido, Rol 666/2006, consid. 26. Igualmente, en relación a la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República (Rol 796/2007, consid. 24 y 25)

96 T.C., Rol 1223/2008, consid. 13

97 T.C., Roles N° 621/2006 y 2053/2011

98 T.C., Roles 376/2003, 388/2003, 389/2003, 473/2006, 725/2008, 792/2007, 1413/2010, 1518/2010 y 2381/2013

99 T.C., Rol 2381/2012

3. La sanción como medida de "ultima ratio".

Tal como se ha consignado, el principio de *última ratio del Derecho penal* expresa una tendencia histórica procedente del Derecho penal liberal y "humanista".[100]

Como lo ha señalado el profesor y actual Ministro de la Corte Suprema Carlos Künsemüller, la pretensión de una expansión del Derecho Penal propia de la sociedad del riesgo "es considerada por varios autores como 'una tendencia autoritaria en el sistema penal".[101]

De esta forma, la intervención penal es de ultima ratio, no debiendo emplearse frente a cualquier hecho ilícito que ocurra en la comunidad, teniendo el Derecho Penal un carácter fragmentario.[102]

Esto es, con relevancia únicamente para las hipótesis de mayor gravedad y trascendencia social.[103] Se le ha entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho Penal.[104]

Se ha señalado por lo mismo, que la justicia penal representa la última barrera de protección frente a los comportamientos corruptos una vez que han fallado los demás mecanismos de prevención y control.[105]

Otro autor, destaca la Escuela de Frankfurt, que tiende a entender el principio de lesividad y el postulado de un derecho penal como *ultima*

---

100 FRANCESCO PALAZZO, *Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal,* 26, p. 435.

101 KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, *¿Tiene futuro el 'bueno, viejo y decente derecho penal liberal'*, en VV. AA., Nuevas Tendencias del Derecho (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2004), p. 31

102 CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005, páginas 86 y ss.

103 LORENZO MORILLAS CUEVA, *La función de la pena en el estado social y democrático de derecho*, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Universidad de Almería, 2013, p. 24

104 RAUL CARNEVALI R., *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional,* Revista Ius et Praxis, año 14, N° 1, p. 13 y ss.

105 LUIS CONTRERAS ALFARO, *Conflicto de intereses y proceso penal: notas en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución de delitos económicos relacionados con la corrupción, a través de la aplicación de facultades de oportunidad fundadas en la reparación*, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 8.

ratio del control social estatal en términos de exclusiva protección de los clásicos bienes jurídicos individuales (vida, salud e integridad, libertad ambulatoria, propiedad, y poco más), lo que, en otras palabras, importa mantenerlo dentro de los límites de lo que hoy llamaríamos derecho penal nuclear o derecho penal convencional, que no son más que los límites históricos del derecho penal que se impone durante el siglo XIX.[106]

De esta forma, el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que solo puede emplearse en los casos estrictamente necesarios, siempre que su intervención resulte útil y el último recurso posible para evitar aquellos ataques más graves a esos valores.[107]

En suma, por la dureza de sus recursos, que suponen la privación o restricción de los bienes más preciados del individuo, el Derecho Penal, y por consiguiente el delito, debe considerarse siempre como la última ratio legis.[108]

La autoridad administrativa fiscalizadora así también lo ha señalado.[109]

El Tribunal Constitucional, en el ámbito de las sanciones constitucionales, también ha recordado que ello *"sólo podría tener lugar en los casos más graves, como última ratio, frente a un riesgo o amenaza real para la Constitución".*[110]

También en la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha resaltado el carácter excepcional o de *última ratio* que la sanción penal tiene en nuestro ordenamiento jurídico para reprimir las conductas socialmente lesivas.[111]

---

106 HECTOR HERNANDEZ, *Perspectivas del derecho penal económico en Chile,* Persona y sociedad, VOL XIX No1 / 2005; pp. 106. Debe tratarse de un ardid idóneo en concordancia con la idea de ultima ratio (MARIO H LAPORTA, *Delito fiscal*, B de F Ltda., p. 285).

107 AGUSTINA ALVARADO U., *Delitos de emprendimiento en el Código Tributario*, Librotecnia, 2011, p. 28

108 PEDRO MASSONE P., Infracciones Tributarias, Legalpublishing p. 155

109 La querella por delito tributario *"es la medida más enérgica que se puede adoptar en contra de un contribuyente, la "última ratio" o última herramienta del SII"* (Bernardo Lara B., La Tercera, 14 de diciembre de 2015)

110 TC, Rol 567, c. 51

Del carácter de derecho estricto y la última ratio de toda sanción, necesariamente se colige que ésta debe ser impuesta ahí donde no quepa duda que es aplicable.[112]

La sanción administrativa es una potestad de última ratio que solo es necesaria, y por ende justa, en caso de ineficacia o insuficiencia de las medidas correctivas de que dispone la administración pública para tutelar el interés público.[113]

También se ha destacado el carácter de última ratio de la sanción penal por las gravísimas consecuencias que una pena injusta puede causar a quien la sufre y la sociedad toda.[114] Corresponde a casos de extrema gravedad.[115]

De allí que la Corte Constitucional de Colombia afirme que la criminalización de una conducta, es decir, la conversión de una conducta en tipo penal, es la *última ratio* del catálogo de opciones a que el Estado puede acudir para proteger sus intereses y los de los asociados[116]. Se ha entendido entonces que el derecho penal se activa cuando el Estado enfrenta la necesidad de sancionar, con medidas especialmente gravosas, las conductas que pueden resultar lesivas de los intereses de la comunidad. Si dicha necesidad no es evidente, no es clara o no es proporcional al riesgo social, es claro que el Estado abusa de su poder punitivo al erigir una conducta antisocial en delito.[117] También desde la doctrina se ha señalado, por una parte, que la eficacia disuasoria para prevenir ciertas conductas no es privativa de la sanción penal sino

---

111 CS, Rol 900/2012, voto de minoría Ministros Kunsemuller y Brito.

112 C.S., Rol 3089/2013

113 JAIME ARANCIBIA MATTAR, *El principio de necesidad de la sanción como potestad de ultima ratio*, en obra colectiva Sanciones Administrativas, 2014, p. 146

114 ICA Copiapó, Rol 395/2013

115 ANGELA RADOVIC SCHOEPEN, *Sistema sancionatorio tributario*, Ed. Jurídica, 1994, p. 43

116 Así, la Corte ha dicho: *"En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudirse al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio*" (subrayas añadidas) Sentencia C-489 de 2002.

117 Sentencia C-705 de 2009

también de otro tipo de medidas coercitivas de carácter civil o administrativo y, en general de todas las consecuencias reprobadoras asociadas al incumplimiento de ciertas normas de conducta, por lo cual aunque pueda afirmarse que, la tipificación penal representa un medio idóneo, es igualmente cierto que éste no es el único, ni acaso el más idóneo de los medios posibles para prevenir conductas lesivas de bienes jurídicos. La remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Esta limitante implica que al tiempo que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño para la sociedad, tampoco le está permitido hacerlo con las que no ofrecen verdadero riesgo para ella.[118]

Por último, como ha señalado el profesor y actual Contralor Jorge Bermúdez, *"una administración eficiente llega al procedimiento administrativo sancionador una vez que ha agotado las etapas informales de cumplimiento"*.[119]

De esta forma, la intervención penal debe analizarse como "última alternativa", no correspondiendo emplearla frente a cualquier hecho ilícito que ocurra, sino solo para las hipótesis de mayor gravedad y trascendencia social.

En este sentido, el actuar del Servicio se condice plenamente con el principio señalado por cuanto frente a la detección de irregularidades y una vez auditados y recopilados los antecedentes, el Servicio en virtud de los criterios por el sostenidos, lleva a los tribunales de justicia solo los casos más graves, sin perjuicio de la aplicación de una sanción pecuniaria para la mayoría de los casos.

La doctrina ha destacado el deber de colaboración del contribuyente, desde que éste se obliga a ingresar el tributo y dar cumplimiento a una serie de deberes formales, vinculados con la relación jurídica tributaria.[120] No por nada en los ordenamientos

---

118 Ibid.

119 JORGE BERMUDEZ SOTO, *Derecho Administrativo General*, 2011, AbeledoPerrot p. 101

120 JAIME GONZALEZ O., *Tópicos de Derecho Tributario*, Librotecnia, 2015, p. 68

jurídicos existe la autodenuncia como exonerante de pena, beneficiando de esta forma al que rectifica o corrige los datos incorrectos u omitidos ante la agencia tributaria.[121]

La invocación del artículo 162 del Código Tributario debe ejercerse prudencialmente en atención a la naturaleza de la potestad.[122]

Se ha señalado por la doctrina que si el Director del SII decide no iniciar la acción penal, estamos en presencia de un acto administrativo declarativo, que crea en favor del contribuyente el derecho a tener la certeza que en el futuro no será objeto de ejercicio de la acción penal, por los mismos hechos.[123] Y es que las sanciones penales no se pueden acumular con aquellas administrativas: ambas representan castigos impuestos en el ejercicio del ius puniendi del Estado. De modo, que su aplicación concurrente violaría el principio del ne bis in ídem.[124]

4. **Criterios objetivos establecidos por el SII**

El SII ha utilizado criterios históricamente reconocidos, los cuales en su conjunto eliminan o al menos morigeran en gran medida la posibilidad de un actuar discriminatorio por su parte.

A este mismo respecto, cabe también consignar que, si bien el citado artículo 162 del Código Tributario, entrega al Director del Servicio la facultad de decidir en qué casos presentar querella por delitos tributarios, ésta no se ejerce de forma arbitraria, toda vez que el SII cuenta con políticas internas en materia de ejercicio de acción penal, por lo tanto, dicha discrecionalidad tiene parámetros y procedimientos que regulan su aplicación, en el marco del conjunto de tareas institucionales.

Es así como la Circular N° 8 del 2010, que imparte instrucciones sobre procesos de recopilación de antecedentes por delitos tributarios, establece criterios como el monto del perjuicio, la reiteración de la conducta del infractor, la intencionalidad y el efecto ejemplarizador, los cuales deben ser considerados por el Comité de análisis de casos para la adopción de la decisión entre, iniciar una recopilación de antecedentes o remitir los antecedentes a la unidad correspondiente a fin de que se

---

121 LOTHAR KUHLEN, Cuestiones fundamentales del delito de fraude fiscal, Marcial Pons, 2015, p. 205

122 ALEX VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica, 2007, p. 166

123 RODRIGO UGALDE P. y JAIME GARCIA E., *Curso sobre delitos e infracciones tributarias*, Legalpublishing, 2011, p. 257

124 PEDRO MASSONE P., *Infracciones Tributarias*, Legalpublishing p. 133

inicie un proceso de fiscalización y/o se proceda al cobro de los impuestos adeudados.

En efecto, se expresa textualmente:

"En cada sesión, el Comité procederá a efectuar el análisis de los casos incluidos en el listado que al efecto confeccione el secretario, revisando las minutas preparadas por el funcionario y remitidas por la jefatura del Departamento referente.
Efectuado dicho análisis, el Comité deberá adoptar alguna de las siguientes decisiones:

a) Ordenar se lleve a cabo una recopilación de antecedentes por delito tributario, disponiendo asimismo el cobro de las diferencias de impuestos que resultaren del proceso, cuando corresponda.

En este caso, no procederá el otorgamiento de condonaciones de ninguna especie.

En las Direcciones Regionales que cuenten con personal fiscalizador dependiente del Departamento u Oficina Jurídica, el proceso antes indicado será encargado a dicha unidad, salvo que existan razones fundadas para otra determinación.

En las Direcciones Regionales en que no exista personal fiscalizador dependiente de los Departamentos u Oficinas Jurídicas, la labor de recopilación podrá ser encomendada al área que se defina al efecto.

Junto con disponer la recopilación de antecedentes, el Comité deberá entregar lineamientos sobre el procedimiento a seguir, los plazos en que ella debe ser realizada y los períodos tributarios a revisar.

b) Remitir los antecedentes al Departamento que el Comité determine, dependiente de la Dirección Regional o de la Dirección Grandes Contribuyentes, según corresponda, a objeto que se desarrolle un procedimiento de fiscalización y/o se proceda al cobro de los impuestos adeudados o de las diferencias impositivas, si se presentan y no se hubiere completado, o archive los antecedentes, según corresponda.

Para la adopción de alguna de las decisiones indicadas en las letras a) y b) precedentes, el Comité deberá considerar especialmente los siguientes factores:

- *Monto del perjuicio al interés fiscal comprometido, en aquellos casos en que es posible determinar su cuantía, atendida la realidad regional o del sector.*
- *Relación del monto del crédito fiscal amparado en los documentos impugnados, con el monto del crédito total empleado en los períodos revisados, cuando pertenezca al ilícito.*
- *Reiteración en la utilización de facturas falsas en calidad de tenedor, o que el infractor registre participación en casos anteriores como proveedor de las mismas, si corresponde a la conducta detectada.*
- *Existencia de antecedentes que permitan presumir que ha existido intencionalidad en la conducta delictiva de que se trate.*
- *Efecto ejemplarizador o pedagógico que podría alcanzar una eventual persecución penal de los hechos, considerando la realidad regional, el giro o actividad del infractor y la naturaleza del ilícito".*

Tal como lo ha señalado recientemente el Director del SII, el ejercicio de la facultad privativa que le otorga el artículo 162 del Código Tributario para accionar penalmente, debe efectuarse sobre la base de criterios graves de ultima ratio, como son la gravedad de las irregularidades detectadas, a reiteración en la comisión de los delitos, el uso de asesoría tributaria para llevar a cabo el delito, el efecto ejemplarizador o pedagógico en otros contribuyentes, el perjuicio fiscal, la calidad y suficiencia de la prueba reunida en el proceso de recopilación de antecedentes y la factibilidad de obtener una condena.[125]

En el mismo sentido, el Subdirector Jurídico ha precisado que:

"La ley, concretamente el artículo 162 del Código Tributario, entrega al Director la facultad de decidir en qué casos presentar querella por delitos tributarios, lo que en rigor considera efectuar

[125] El Mercurio, 11 de agosto de 2016. Por lo mismo, se ha señalado que la política general del SII *"consiste en llevar a los tribunales aquellos casos cuya infracción evidencie una violación intencionada y maliciosa de la ley, con el acopio de pruebas suficientes para que el delito quede indubitablemente establecido, todo ello considerando: a) que la violación sea evidente, flagrante; b) que haya una razonable probabilidad de condena; c) que el caso esté llamado a producir efectos ejemplarizadores"* (EUGENIO OLGUIN ARRIAZA, *Delito tributario*, Ed. Conosur, 1994, p. 29 y 30)

una selección entre los casos en que puedan existir irregularidades de índole tributaria. Ahora bien, si el SII deduce una acción penal o no dependerá de que concurran los criterios técnicos que históricamente se han definido para el efecto; esto es, se considera la gravedad de las irregularidades detectadas; la reiteración en la comisión de los delitos; el uso de asesoría tributaria para llevar a cabo el delito; el efecto ejemplarizador o pedagógico en otros contribuyentes; el perjuicio fiscal; la calidad y suficiencia de la prueba reunida y la factibilidad de obtener una condena por delitos tributarios del o los querellados. En los casos en que se decida no ejercer la acción penal, la ley contempla que se debe aplicar una sanción de carácter pecuniario, conforme a un procedimiento especial establecido en el Código Tributario".[126]

5. **Riesgo de afectación de Principio de Igualdad**

Se ha sostenido por algunos que existiría un actuar "discriminatorio" por parte del SII, en la decisión de ejercer o no la acción penal tributaria, desconociendo los criterios técnicos a los que se debe apegar dicha repartición al momento de ejercer la facultad de decidir en qué casos presentar querella por delitos tributarios, tal como ya se ha explicado.

Afirmar lo anterior equivaldría a aseverar que el ejercicio de las diversas facultades contenidas principalmente en el Código Procesal Penal, y cuya materialización depende discrecionalmente de la decisión que adopten los Fiscales del Ministerio Público, revestiría en sí un tratamiento discriminatorio que vulneraría el principio de igualdad, desconociendo los factores implícitos que conllevan a determinada decisión, que si bien es facultativa no podría catalogarse por ese sólo hecho de arbitraria. De esta forma, la circunstancia que se otorgue al Ministerio Público la dirección de la investigación penal, no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño, pues *"esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal (CPP) y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación".* [127]

No obstante lo anterior, se puede constatar que en la mayor parte de las posibles decisiones de los fiscales públicos, existe cierto margen de discrecionalidad por parte de cada uno de ellos y, obviamente, existe

---

126 La Tercera, 14 de diciembre de 2015

127 Rol 1467

una gran disparidad de criterios al aplicar uno u otros, por cada uno de los fiscales del Ministerio Público, dada su independencia.

Dicho lo anterior, podría existir un mayor riesgo de vulneración al principio de igualdad, cuando entregada la facultad de iniciar investigaciones por delitos tributarios al Ministerio Público, los criterios de selección, referidos a cuándo comenzar una investigación, cuándo formalizar o cuándo poner término a una investigación, entre otros, queden supeditados a la discrecionalidad de cada uno de los fiscales que integran el Ministerio Público, que según lo anteriormente señalado, gozan de una independencia que podría devenir en una multiplicidad de criterios.

En efecto, al existir dos órganos con capacidad de ejercer la acción penal por delitos tributarios, existiría un riesgo enorme de vulneración al principio de igualdad, considerando -por una parte- que en el evento de que el SII estime que se ha acreditado la existencia de hechos constitutivos de delito tributarios, existirá la opción de que se ejerza la acción penal o bien que se opte por la aplicación de la sanción pecuniaria a través de los Tribunales Tributarios y Aduaneros. En cambio, si los hechos son investigados por el Ministerio Público, y se establece la existencia de hechos constitutivos de delitos tributarios, éste se verá en la obligación de formalizar y acusar, para llegar a la aplicación de una condena con pena privativa de libertad y multa, a menos, que opte por una salida alternativa como la suspensión condicional o el acuerdo reparatorio, considerando que en ambos casos se exige que el imputado tenga capacidad económica, con lo que claramente, solo podrían acceder a ellas ciertos imputados, lo que constituiría un sistema de privilegio.

De igual manera, por esta vía de entregar la facultad de iniciar de oficio investigaciones por hechos constitutivos de delitos tributarios, se estaría modificando -de hecho- las funciones del SII, toda vez que a partir de ese momento, se transformará en un organismo auxiliar, dependiente del Ministerio Público; puesto que, atendida su falta de capacidad y conocimiento técnico, en cada investigación, el Fiscal del caso recurrirá a solicitar informe al SII, con lo cual, una parte importante de la fuerza fiscalizadora actual, deberá estar a disposición del Ministerio público, alterándose todos los planes y programas de fiscalización, lo que podría redundar incluso en una menor recaudación.

Por otra parte, cabe mencionar las implicancias que conllevaría el que el Ministerio Público también tuviese la facultad de iniciativa de investigar y ejercer la acción penal pública por delitos tributarios, en

relación al hecho de que el SII no sólo recopila antecedentes fundantes de acción penal sino que también efectúa el cobro civil de los impuestos adeudados, basado en los mismos antecedentes. Por lo tanto, si el Ministerio Público decidiera ejercer la acción penal por delito tributario, en medio de un proceso de auditoría, quedaría inconcluso el procedimiento de cobro mencionado sin poder recaudar los impuestos debidos, ya que éste requeriría toda la documentación en poder del Servicio y se entorpecería de esta manera la fundamentación de las acciones de cobro y su defensa en el los Tribunales Tributarios y Aduaneros, afectando de esta manera severamente la función recaudadora del SII.

Otro aspecto relevante es aquel asociado a la certeza que debe existir en los contribuyentes, en cuanto a la interpretación administrativa de la ley tributaria. Lo anterior, dado que los fiscales del Ministerio Público podrán eventualmente sostener -para apoyar sus acciones penales tributarias- teorías o interpretaciones que no necesariamente se ajusten a la interpretación que de las normas tributarias ha efectuado el Director Nacional del SII, de conformidad al artículo 6 letra A) N°1 del Código Tributario, facultad que le ha sido conferida en carácter de exclusiva y excluyente. [128]

En suma, se debe tener presente que la persecución de este tipo de delitos, por su complejidad, amerita un análisis técnico, lo cual sustenta la exclusividad de la titularidad del ejercicio de la acción penal en el Director del SII, condiciéndose además con el rol de la Administración Tributaria, en cuanto el procedimiento de recopilación de antecedentes, es de naturaleza administrativa y se realiza por profesionales con alto conocimiento y especialización en auditorías tributarias.

En todo caso, la iniciativa legislativa deja muchas materias sin resolver al no reparar ni pronunciarse sobre eventuales conflictos que se podrían producir con esta doble facultad de poder iniciar la investigación en este tipo de delitos. Por ejemplo: ¿qué pasa si el Ministerio Público inicia una investigación y el SII ya ha iniciado un proceso de recopilación de antecedentes?. En ese caso, ¿el SII debe inhibirse de continuar con

---

[128] ***ARTICULO 6.-*** *Corresponde al Servicio de Impuestos Internos el ejercicio de las atribuciones que le confiere su Estatuto Orgánico, el presente Código y las leyes y, en especial, la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias.*
Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponde:
A.- Al Director de Impuestos Internos:
1º.- Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos.

dicho procedimiento?. De ser así, ¿qué pasa con los plazos de prescripción en materia tributaria?;

6. **Potestad sancionadora del SII y Dictámenes de la CGR**

La CGR ha dictaminado recientemente, en relación a la atribución que le otorga el artículo 162 del Código Tributario al Director del SII:

> *"Como se aprecia de la preceptiva recién transcrita, ante una infracción tributaria que puede ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el ordenamiento jurídico entrega al Director del SII la posibilidad de optar por instar a la aplicación de ambas sanciones en el marco de un proceso penal, presentando la pertinente denuncia o querella, o bien por remitir los antecedentes al director regional que corresponda, a fin de que solo se persiga la imposición de la multa respectiva mediante el procedimiento que regula el artículo 161 del Código Tributario.*
>
> *De este modo, es a aquella jefatura de servicio a la que le compete decidir, en forma discrecional, cuál de esas dos alternativas de persecución elige, a fin de que los partícipes de los ilícitos tributarios reciban la sanción que corresponda por realizar conductas que atentan contra el patrimonio estatal.*
>
> *Ahora bien, en armonía con el criterio sustentado, entre otros, en el dictamen N° 6.190, de 2014, de este origen, cabe puntualizar que, pese a tratarse de una atribución discrecional del Director del SII, resulta indispensable que las decisiones que adopte en la materia tengan un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante que estas no obedezcan al mero capricho de la autoridad, sino a criterios objetivos que le otorguen legitimidad, por lo que lo que resuelva sobre el particular requiere tener un sustento en los antecedentes recabados al efecto.*
>
> *En el mismo sentido, cabe recordar que las autoridades y los funcionarios del SII están obligados a observar el principio de imparcialidad consagrado en el artículo 11 de la ley N° 19.880, conforme al cual, tanto en la substanciación de sus procedimientos como en las resoluciones que adopten, han de actuar con objetividad y respetar el principio de probidad, el que, a su vez, les impone la obligación de emplear medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, según lo ordena el artículo 53 de la ley N° 18.575.*

Asimismo, en atención a los principios de juridicidad, eficiencia y eficacia que consagran los artículos 2°, 3° y 5° de la ley N° 18.575, y de celeridad y economía procedimental contemplados en los artículos 7° y 9° de la ley N° 19.880, corresponde que el anotado servicio ejerza oportunamente alguna de las facultades que el inciso tercero del artículo 162 del Código Tributario le confiere cuando se trate de las infracciones tributarias que allí se consignan, de modo de evitar que las acciones destinadas a su persecución y sanción se extingan por prescripción".[129]

Como se aprecia, la CGR ha recordado que las facultades del SII tienen una justificación legal, debiendo emplearse dicha facultad discrecional de manera fundada y motivada.

7. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El TC ha sentenciado que la discrecionalidad se ubica en el terreno de la configuración de las potestades públicas. La potestad es un poder de actuación que da una norma jurídica a un órgano del Estado con una finalidad determinada. Las potestades son atribuciones configuradas por la norma, que a su vez son entregadas a un órgano definido del Estado. No se trata, por tanto, de una atribución que espontánea o libremente cree o se autoatribuya el órgano respectivo. La potestad la otorga el ordenamiento jurídico. Es, por eso, un caso de remisión legal. No hay potestades discrecionales absolutas; lo que existe son elementos de dicha atribución que pueden tener rasgos de ese carácter. Por eso, se afirma que en las potestades íntegramente regladas, los elementos que las configuran (su titular, la forma en que se ejercen, su finalidad, la forma que adoptan los actos que se dictan en su ejercicio, la oportunidad de su ejercicio, los hechos y fundamentos en que se fundan, etc.) están detalladamente definidos por la norma que las confiere. En la potestad discrecional, en cambio, hay uno o más de dichos elementos abiertos, entregados al órgano respectivo para ser completados por su apreciación subjetiva. Ello implica que el órgano debe optar entre elementos igualmente justos o equivalentes. Mientras que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten un enunciado preciso y el órgano que los interpreta tiene una sola opción válida, en la discrecionalidad, en cambio, el órgano puede optar entre alternativas igualmente legítimas; hay, en este sentido, una suerte de libertad de opción entre alternativas intercambiables o equivalentes. [130]

---

129 CGR, Dictamen 14.000/2017

130 TC, Rol 1341, c. 14

Del mismo modo, se ha sentenciado que la razón de la existencia de potestades con elementos discrecionales radica, por una parte, en que en la potestad íntegramente reglada no hay espacio para ningún juicio subjetivo, salvo el de constatación o verificación del supuesto para su ejercicio. Ese diseño puede hacer extremadamente difícil su aplicación. Por la otra, hay un criterio de eficacia. Para lograr ciertos propósitos de modo idóneo, el legislador convoca a la apreciación singular de un órgano determinado.[131]

Como ya se ha expresado, la facultad de aplicar sanciones por parte de SII o el Director Regional, se enmarca en sus potestades administrativas sancionatorias, siendo el procedimiento de carácter igualmente administrativo, no constituyendo así, un acto jurisdiccional ni produciendo cosa juzgada.[132]

No obstante no ser potestad jurisdiccional, la potestad para aplicar, rebajar o condonar sanciones administrativas debe sujetarse a los parámetros del debido proceso, puesto que los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, al ser ambas manifestaciones del *ius puniendi*. Principalmente será exigible el principio de legalidad, tipicidad y derecho a impugnarlo ante los Tribunales de Justicia. [133]

Igualmente, no debe olvidarse que, como toda potestad, debe ser debidamente fundada y motivada. Al efecto, se ha dictaminado que "*atendido que los actos administrativos terminales deben necesariamente ser fundados, conforme se prescribe en el inciso cuarto del artículo 41 de la referida Ley N° 19.880, corresponde a la autoridad que los dicta señalar de qué manera llegó a la convicción de la veracidad de los hechos que se dan por acreditados, para lo cual deberá ponderar debidamente todos los medios de prueba que se hayan hecho valer y aquellos de que se disponga".*[134] En este mismo sentido, como nos recuerda la Corte Suprema "*la decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los* ***datos objetivos*** *sobre los cuales opera (…) En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el* ***proceso lógico***

131 TC, Rol 1341, c. 14

132 TC, Rol 1183, c. 15

133 TC, Rol 725, c. 12

134 CGR, Dictamen N° 62.113/2006. Igualmente, vid. Dictámenes 70.935/2011, 20.637/2010 y 46.427/2008.

que conduce a la decisión*. La Administración está obligada a aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifican"*.[135] En concordancia con lo anterior, se ha sostenido que los motivos corresponden a las *"**circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo**"*.[136] Así también lo ha reiterado reciente jurisprudencia del TC quien ha precisado que el procedimiento debe terminar, si procede, *"con una sanción fundada"*.[137] Adicionalmente, la motivación de los actos administrativos tiene fundamento constitucional, desde que el artículo 8°, modificado el año 2005, establece que *"son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus **fundamentos** y los procedimientos que utilicen".*[138] Por lo mismo, García de Enterría puntualiza que *"el control de los motivos del acto administrativo se erige así en uno de los puntos centrales del control de la legalidad de la administración".[139]*

Como consecuencia de lo señalado, resulta evidente que la **actuación del SII debe ser ejercida de manera fundada y respetando las garantías de un justo y racional proceso**, razón por la cual ello debe ser aprobado o impugnado judicialmente, en este caso, por resolución de los Tribunales Tributarios y Aduaneros. Así lo ha reiterado recientemente la propia Contraloría General de la República, en el dictamen citado.

De esta forma, en cierto sentido, el SII no impone directamente ninguna sanción, sino que ésta debe ser finalmente aplicada por los tribunales de justicia, instancia en la que se validará la actuación del ente administrativo fiscalizador, resguardándose debidamente así los derechos de los contribuyentes.

---

135 RDJ 88, 1991, p. 123.

136 IVAN AROSTICA MALDONADO, *La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno*, Revista de Derecho UCV X, 1986, p. 505.

137 TC, Rol 2682/2014

138 Sobre la materia vid. sentencias del TC, entre otros, Roles 1800/2010, 1990/2011, 1892/2011 y 2153/2011

139 GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, *Curso de Derecho Administrativo*, Timo I, 2008, p 537

CAPITULO QUINTO
CARÁCTER ORGANICA CONSTITUCIONAL Y DE INICIATIVA PRESIDENCIAL

I. LEY DE INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El proyecto de ley que analizamos corresponde a una ley que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

1. Disposición constitucional

El artículo 65 N° 2 de la Constitución Política de la República establece que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República:

> *"Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones"*

2. Limitación de iniciativa en materia económica

Lo anterior se vincula con las limitaciones existentes en materia económica.

En efecto, se señaló por la comisionada señora Romo "*que en los análisis sobre la materia realizados con los personeros del sector económico, se llegó a la conclusión de que era conveniente prohibir terminantemente al Congreso todo tipo de iniciativa en materia económica, porque éste tiende, de manera inevitable, a crear seudo financiamientos y los consiguientes problemas posteriores al gobierno. A su juicio, la iniciativa en materia económica debe quedar radicada exclusivamente en el Presidente de la República (páginas 3029 y 3030), afirmaciones que contaron con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión y con la adhesión de los invitados a esa sesión, señores Pablo Barahona (Ministro de Economía) y de Sergio Castro (Ministro de Hacienda). El pensamiento dominante en la Comisión Ortúzar llega a concretarse en la proposición formulada en el Consejo de Estado luego del debate que da cuenta su sesión 88 (págs. 104 y 105), redactada por el señor julio Philippi y origen del inciso tercero del artículo 62", hoy artículo 65 de la Carta.*[140]

En el informe de la Comisión de Estudio se indicó que "*el anteproyecto otorga asimismo, especiales atribuciones al Presidente de*

---

140 ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, Gobierno, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, página 202

la República para ejercer la administración económica del país (…) Al efecto como se verá al tratar de las atribuciones de carácter legislativo del Presidente de la República, amplía considerablemente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en todas aquellas materias administrativas, económicas, financieras, previsionales y otras que, en general, pueden importar gastos al erario". [141]

Por su parte, el Consejo de Estado al explicar la iniciativa exclusiva presidencial hace presente que *"para desterrar de nuestra política otro mal gravísimo (…) la irresponsabilidad parlamentaria (…) agravada (pese a las esforzadas y laudables iniciativas en contraria desplegadas por algunos Presidentes de la república) por las facilidades que la distorsión de los textos constitucionales vigentes hasta ayer les brindaban, en sus pretensiones de coadministrar el Estado, de intervenir en el manejo de la hacienda pública y de entrometerse en los mecanismos financieros"*, enfatizándose además que en materia de gasto público *"se ha reservado toda iniciativa en la materia al Presidente de la República, quien, como administrador del Estado y para poder realizar una gestión útil, debe tener en la materia una exclusividad absoluta, de manera que en sus medidas no se vean, como ocurrió a menudo en el pasado, entrabadas o enteramente desfiguradas y anuladas, por indicaciones carentes de estudio, imprudentes o simplemente demagógicas"*.[142]

3. **Reserva de constitucionalidad**

Durante la tramitación legislativa ya se efectuó una reserva de constitucionalidad.

Así, el Señor Sergio Granados, Director de Presupuestos, señala que *"el Ejecutivo considera que esta iniciativa introduce modificaciones correspondientes a materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, referidas a las facultades y funciones de los servicios públicos"*. Agrega que *"el Ejecutivo considera que se está otorgando una nueva atribución al Ministerio Público y hace presente que el Ejecutivo hará reserva de constitucionalidad en el momento respectivo"*.[143]

---

141 Informe de la CENC

142 Informe CE

143 Ibid., p. 21

4. Antecedentes generales de la iniciativa exclusiva presidencial

4.1. Precisiones previas

De acuerdo a lo establecido en el artículo 65 de la Constitución, las leyes pueden originarse por mensaje de Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores. Carecen de iniciativa legislativa todos los demás órganos del Estado. Los órganos facultados para dar inicio a la discusión de un proyecto de ley pueden, por regla general, hacerlo respecto de la generalidad de las materias propias de ley.[144]

La Constitución Política establece que ciertas materias legislativas únicamente pueden ser de iniciativa del Presidente de la República, las cuales son enumeradas fundamentalmente en el artículo 65. Entre ellas se encuentra la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos.

De esta manera, las normas sobre iniciativa exclusiva son limitaciones constitucionales al proceso de formación de la ley, en orden a que sobre ciertas materias sólo el Presidente puede hacer propuestas legislativas, sea por la vía del mensaje, sea mediante indicaciones o formulando vetos, por lo que, como reglas de excepción de derecho estricto, deben ser interpretadas restrictivamente. [145]

4.2. El Presidente Alessandri y la Constitución de 1925

Sabido es que el Presidente Alessandri había propuesto que todas las leyes que importaran gastos para el erario fiscal fueran de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, lo que en definitiva no obtuvo consenso entre los constituyentes. En efecto, como recuerda el propio Presidente Arturo Alessandri, *"el régimen parlamentario implantado, como hemos dicho y repetido, como consecuencia de las batallas de Concón y Placilla, donde mayores y más grandes perturbaciones introdujo, fue en lo relativo a la Hacienda Pública y a su necesaria y correcta administración. No faltaban leyes para imponer orden en aquel importantísimo servicio; pero, la dictadura parlamentaria imperante, encontraba el medio de eludir el cumplimiento de aquellas leyes. Se había hecho endémico despachar los presupuestos con déficit por no considerar y respetar debidamente el equilibrio entre las entradas y los*

144 Algunos de estos aspectos los destaca el TC en el Rol 1867/2010

145 Ibid., c. 8

gastos. Lo más grave era que se tomó la costumbre de ir retardando el despacho de los presupuestos que, debiendo empezar a regir el 1° de enero, fue creciendo el hábito de ir progresivamente retardando la fecha de vigencia año por año. El último año de mi primera administración fue despachado en octubre, es decir, en el último trimestre del año financiero. Se comprenderá fácilmente la absoluta imposibilidad de mantener orden y corrección en gestión de las finanzas nacionales con tal régimen. Era un desquiciamiento total en todos los ramos y resortes de la Administración Pública (…) Se comprenderá por estas razones cuán grande fue mi esfuerzo para encontrar en la Subcomisión un remedio eficaz para tan inmenso mal. Se creyó encontrar el remedio definitivo para los males denunciados, estableciendo que por ley se aprobaría anualmente el cálculo de entradas para fijar con arreglo a ese cálculo y en equilibrio, los gastos de la Administración Pública. Se estableció que en la Ley de Presupuestos no se podrían alterar los gastos ni las contribuciones establecidas por leyes generales o especiales. La ley de Presupuesto podría modificar sólo los gastos variables. La iniciativa para un aumento o para alterar el cálculo de entradas, correspondería exclusivamente al Presidente de la República. El proyecto de Ley de Presupuesto debería ser presentado al Congreso con cuatro meses de anterioridad a la fecha en que debía empezar a regir, y, si no hubiere sido despachado a la expiración de aquel plazo, regirá el proyecto enviado por el Presidente de la República. Los cuatro meses se contarían desde la presentación del proyecto si no se hubiere cumplido aquel trámite antes de los cuatro meses anteriores para su vigencia. No se podría aprobar por el Congreso ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la nación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarias para atender a dicho gasto. Los suplementos que se necesitaren sólo corresponde su iniciativa al Presidente de la República y podrán despacharse ocho meses después de la vigencia del presupuesto. Estas medidas propuestas y aceptadas por la Subcomisión, quedaron después incluidas en la Constitución de 1925. Su eficacia fue inmensa. Se puso un dique infranqueable al desorden financiero y, desde que aquella Constitución se promulgó, no se ha retardado nunca la entrada en vigencia del presupuesto después del 1° de enero de cada año (…) Desgraciadamente, si es cierto que se ha mantenido la vigencia del presupuesto desde el 1° de enero de cada año, por sobre las eficaces medidas constitucionales referidas, el parlamentarismo que lucha por recuperar su pérdida y dañosa influencia de otros años, amparado en la debilidad de algunos gobiernos, ha conseguido hacer renacer nuevamente con arrogancia los déficit presupuestarios de otros años, que no existieron jamás durante mi última administración".[146]

[146] ARTURO ALESSANDRI PALMA, *Recuerdos de Gobierno*, Tomo II, p. 195 y 196

La Constitución de 1925 consagraba la iniciativa exclusiva del Presidente de la República especialmente respecto de suplementos a partidas o ítems de la Ley General de Presupuestos. Al analizar los fundamentos de esta limitación a la iniciativa legislativa, la doctrina señala: *"A poco andar el sistema legislativo diseñado por el constituyente de 1925, se advirtió que los parlamentarios no eran capaces de sustentar o apoyar una conducción económica pública unitaria. En efecto, los intereses de cada congresal movían a promover iniciativas legales con impacto económico siguiendo las necesidades particulares de cada clientela política. Para un Poder Ejecutivo deseoso de invertir recursos fiscales en programas de desarrollo técnicamente planificados, este casuismo económico representaba el creciente alejamiento de la posibilidad de llevar adelante una gestión de gobierno exitosa. De allí que ya a mediados de los años treinta el Presidente comience a reclamar la aprobación de una reforma constitucional que acabe con la iniciativa económica de los parlamentarios."* [147]

4.3. **La reforma constitucional de 1943**

La iniciativa exclusiva del Presidente de la República fue fortalecida en las reformas constitucionales de 1943, durante el mandato del Presidente Juan Antonio Ríos, que agregó a las materias de iniciativa exclusiva: 1) la alteración de la división política o administrativa del país; 2) la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados; y 3) la concesión o aumento de sueldos y gratificaciones al personal de la administración pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

En efecto, en 1943, se dicta la ley de reforma constitucional N° 7.727, impulsada por el Presidente Juan Antonio Ríos, por medio de la cual se buscaba restringir la injerencia del Congreso en los gastos públicos. Lo anterior por cuanto se entendió que "*privando de derecho de iniciativa a los representantes populares en los órdenes administrativo y financiero, se daría un gran paso para su fortalecimiento fue la idea central que inspiró la primera reforma de que fue objeto el texto de 1.925"*.[148]

---

147 ALDUNATE L., EDUARDO; BRONFMAN V., ALAN, CORDERO Q., EDUARDO: *Informe Final del Estudio "Actualización de Normas y Prácticas Parlamentarias"*, encargado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 2009

148 ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, ob cit., p. 107

Fundando la necesidad de restringir la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos, señaló el entonces Ministro de Justicia de la época Óscar Gajardo Villarroel: "*Si el factor económico es determinante para el éxito de un gobierno y, por lo tanto, para la felicidad de la ciudadanía, la marcha de las finanzas sólo puede ser acertada cuando su dirección está en una sola mano. La Constitución del 25 trató de establecer un Ejecutivo fuerte, pero no advirtió que al planificar dentro de ella un sistema financiero débil, en que interfiere cada diputado y cada senador su propósito resultaba estéril por la libre e ilimitada actual iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos*."

A su vez, el Ministro exponía que era necesario vigorizar la iniciativa exclusiva del Presidente en materia de gasto público, toda vez que la falta de ésta: "*Ha dado vida a la inestabilidad en la organización administrativa; ha llevado al embate político lo que es de la elemental técnica del Gobierno; ha permitido alterar la contextura legítima de los servicios públicos, entregándolos a las influencias indebidas de la politiquería bajo la presión irresponsable de las clientelas electorales; ha roto el orden de las finanzas y el equilibrio de los presupuestos, y ha quitado al Ejecutivo, en la gestión financiera, toda la autoridad que le es debida en razón de las supremas conveniencias nacionales en una palabra, ese vacío es la mantención de las iniciativas en materia de gastos públicos en manos del Congreso*." [149]

De esta manera, la alegada necesidad de vigorizar las facultades del Presidente de la República en materia de gastos, se concretó en el texto de la Ley de Reforma Constitucional de 1943 que le confió la iniciativa exclusiva al agregar un tercer inciso al artículo 45 de la Constitución del 25, del siguiente tenor: *"Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales. El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos o aumentos que se propongan. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional ni a los servicios que de él dependan".*[150]

---

149 Discurso pronunciado por el Ministro de Justicia, don Óscar Gajardo Villarroel, en la sesión de 6 de julio de 1943, en "La reforma constitucional en su contexto histórico de Eduardo Frei" en el libro "La Reforma Constitucional de 1970", Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 37.

150 SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VII, p.107

4.4. **Necesidad de profundizar la iniciativa exclusiva presidencial**

Pese a la reforma efectuada, sólo dos décadas después, los altos dirigentes del país hacían presente que ella no había sido suficiente para ordenar los gastos públicos. Explica un autor que "*La acción de los gobiernos posteriores al de don Juan Antonio Ríos fue evidenciando gradualmente que la precitada reforma había dejado en manos del Congreso un amplio campo de acción para aumentar el gasto público, frente al cual la posibilidad del Ejecutivo de controlar la legislación que emergía en estas circunstancias era prácticamente nula. En efecto, el Congreso, mediante iniciativas parlamentarias en materia de exención o condonaciones tributarias, en materia previsional y en todo lo relativo a las remuneraciones del sector privado, podía aún dictar leyes que impusieran nuevas cargas no financiadas al erario nacional, que disminuyeran sus ingresos, o que alteraran las bases de la división política económica programada por el gobierno. De este modo, el concepto mismo de la planificación económica era desvirtuado, pues los planes resultaban esterilizados por iniciativas contradictorias del Ejecutivo y del Parlamento*." [151]

El año 1964, el entonces Presidente Alessandri fundaba la necesidad de la reforma que enviara al Congreso en los siguientes términos: "*Aquellas prácticas inconvenientes que antes ejercitó el Congreso en la ley de presupuestos, se hace sentir hoy en día en todos los proyectos que el Ejecutivo somete a su consideración, especialmente, en los de orden social, previsional, financiero, tributario y otros, aparte de que muchas veces los parlamentarios toman directamente la iniciativa de proyectos de ley sobre estas materias, que producen efectos aún peores. Cada proyecto es objeto de cientos de indicaciones que desnaturalizan su finalidad, que destruyen otras legislaciones vigentes y que involucran toda clase de materias absolutamente ajenas al proyecto mismo (…) Las consecuencias de todas estas iniciativas –continuó diciendo el señor Alessandri- y de los errores que pueden significar, recaen sobre el Presidente de la República, a quien corresponde la administración financiera y económicas de la Nación. Si este tiene la responsabilidad exclusiva de su manejo, lo lógico es que los parlamentarios no tengan derecho alguno de iniciativa en esta materia y que ella le pertenezca exclusivamente al jefe de Estado*." [152]

---

151 MARIO VERDUGO Y OTROS, *Derecho Constitucional*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1994, página 43

152 ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *La Reforma Constitucional de 1970*, Editorial Jurídica de Chile, año 1970, página 91 y 92

4.5. **La reforma de 1970**

Posteriormente, el Presidente Frei, presentó dos proyectos de reforma constitucional, siendo el segundo, que data de 17 de enero de 1969, el que finalmente se concretará como la Ley de Reforma Constitucional N° 17.284, y que viene a establecer las bases que en materia de iniciativa sobre gasto público contempla actualmente nuestra Carta Fundamental.

Se lee en la exposición de motivos presentados por el Presidente Frei que el fortalecimiento de la iniciativa presidencial en materia de administración financiera y presupuestaria era necesaria desde el momento que: "*La autoridad del Ejecutivo debe ser reafirmada en lo que concierne a la planificación del desarrollo y del control del proceso económico y, para este efecto, es necesario extender los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, a todas las materias que incidan en gastos fiscales y en el régimen de remuneraciones y de previsión del sector privado. La idea tiene ya un lugar en la Constitución vigente, donde la llevó una reforma que patrocinó el Presidente Ríos. Pero su texto, la interpretación que de ella se ha dado y la experiencia recogida, hacen impostergable ampliarla en la forma que se propugna. Es imperioso porque la eficacia de la gestión económica del Estado, hace inevitable radicar esta responsabilidad en el Poder Ejecutivo, el que, por su estructura y la asistencia técnica de que dispone, está en situación de actuar con la coherencia y la continuidad que el Congreso Nacional no puede dar y que son esenciales en todos los países, pero especialmente, en los que están en desarrollo como el nuestro.*"

En su discurso, de 16 de enero de 1969, el Presidente Frei Montalva, indica que *"la política monetaria, el gasto público, el régimen tributario, las inversiones, los gastos de previsión que son significativos, las prioridades que se otorgan, son de tal manera determinantes que no pueden quedar al acaso ni expuestas a iniciativas contradictorias o esporádicas, que llevan muchas veces el temor y la inseguridad a quienes están trabajando (…) ¿Cómo puede pensarse entonces que la economía de un país pueda manejarse si quienes son elegidos para dirigir y administrar ven destruidos sus proyectos, distorsionando el programa, o se le imponen nuevos gastos para los cuales no se le dan recursos, o se cambian las prioridades en la inversión, con repercusiones tan variadas en todo el contexto de la política que se está aplicando?. Muchas veces el Gobierno está estudiando un proyecto en que un millón de escudos más o menos desequilibra todo, y de repente pasa una indicación que grava al Servicio de Seguro Social y le impone obligaciones por doscientos millones de escudos. Y el que ha hecho la indicación, ¿quién sabe su nombre? Pero si mañana el Servicio de*

Seguro Social no tiene con qué pagar esas pensiones ¿a quién responsabiliza el país?; al Presidente de la República porque está mandando. Y, sin embargo, el Presidente dice, no me planteen esta indicación o manda el veto y se lo rechaza ¿En qué condiciones puede dirigirse la economía del país en esta forma? Esto conduce necesariamente al fracaso. La tendencia natural de quienes no tienen la responsabilidad de la administración es imponer más gastos. Esto es humano, está en la estructura de las cosas. Yo he sido parlamentario y no estoy haciendo una crítica barata. Llegan los grupos y piden. Son los mismos grupos que dentro de pocos días van a votar y cuyos votos se necesitan. ¿Qué se puede hacer? Tendría que ser un superhombre el que dijera siempre que no. Por eso, están presionados inevitablemente, por su propia fuerza electoral, por su propia posición política, e incluso por intereses regionales legítimos, o por la imposibilidad de conocer en el detalle las repercusiones de cada medida que sólo una compleja red técnica y administrativa puede conocer".

Explicando el alcance de la reforma aprobada, el Presidente Frei Montalva, luego de despachado el proyecto, que *"la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para legislar en determinadas materias de orden económico-social relacionadas con el cumplimiento de las metas de la planificación nacional. Bajo la Presidencia de don Juan Antonio Ríos, en 1943, se modificó la Constitución con el fin de reservar al Ejecutivo la iniciativa de las leyes que importaran gastos públicos, especialmente creación de nuestros servicios o empleos públicos y mejoramiento de las remuneraciones de los funcionarios del sector público. El propósito de esa reforma fue impedir que mediante indicaciones de origen parlamentario se dictaran nuevas disposiciones legales que desfinanciaran el presupuesto de la Nación y perturbaran la política económica financiera cuyo cumplimiento es de responsabilidad del Presidente de la República. A pesar de esa reforma, ha seguido ocurriendo que, mediante iniciativas parlamentarias en materia de exenciones o condonaciones tributarias, en materia previsional y en lo relativo a remuneraciones del sector privado, se dictan leyes que imponen nuevas cargas no financiadas al erario nacional, que disminuyen sus ingresos o que alteran las bases de la política programadas por el Gobierno. De este modo, la idea a que responde la planificación es desvirtuada, puesto que los planes son esterilizados por iniciativas contradictorias. La reforma aprobada por el Congreso en esta materia permitirá, en lo sucesivo, que la política económica financiera planificada por el Gobierno pueda cumplirse sin interferencias, y se*

ponga término al régimen de irresponsabilidad existente hasta ahora en la materia" .[153]

En virtud de la comentada reforma constitucional, contenida en la Ley N° 17.284, el texto supremo amplió aún más el campo de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República a las siguientes materias: *"suprimir, reducir o condonar impuestos y contribuciones de cualquiera clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; fijar los sueldos y salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos, establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia*" .[154]

De este modo, el Presidente Jorge Alessandri intentó ampliar su radio de acción, lo que sólo se logró por insistencia del Presidente Eduardo Frei Montalva en el año 1970, aprobándose una reforma constitucional en que las nuevas materias reservadas correspondían a: 1) suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; 2) fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto centralizada como descentralizada; 3) fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; 4) establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; 5) conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios económicos; y 6) condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia.

Luego de entrar en vigencia, la doctrina comentó que "*La reforma constitucional aprobada (…) no elimina la discusión en el Congreso de las materias que son objeto de ley, sino que limita a los parlamentarios la posibilidad de tomar iniciativas en ciertas materias económicas. (…) Este último aspecto tiene profundo significado y está en la línea de la*

153 FRANCISCO CUMPLIDO, *La reforma constitucional*, 1970, p. 168 y 169

154 CARLOS ANDRADE, *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, 1971, p. 532

argumentación que se ha hecho en párrafos anteriores, en el sentido que los programas económicos y sociales deben cumplir con el requisito esencial de la coherencia y la globalidad y, en consecuencia, no es aceptable ni recomendable para el buen funcionamiento de la administración del país que se rompa esta coherencia por quienes no tienen la responsabilidad de la administración que, en definitiva, está radicada en el Presidente de la República. La historia legislativa chilena está plagada de ejemplos en que, por la vía de la iniciación de proyectos de ley o la iniciativa parlamentaria en el período ordinario de sesiones se han creado obstáculos graves para el normal desenvolvimiento económico y social del país (…). Lo que sucede es que la presión o presencia de ciertos grupos induce a tomar iniciativas en su favor, sin ponderar debidamente todas las repercusiones que esto pueda acarrear. (…) Es difícil para un parlamentario –concluye- negarse a este tipo de demandas porque (…) constituyen grupos con fuerza electoral y política (…). El ejemplo más claro y trágico se encuentra en la caótica, injusta y dispendiosa legislación sobre seguridad social".[155]

4.6. **La Constitución de 1980**

En la elaboración de la Constitución de 1980, se tuvo presente en la Comisión de Estudio similares fundamentos para mantener el régimen que en materia de gastos había establecido la aludida ley de reforma constitucional de 1970.

En efecto, se señaló por la comisionada señora Romo "*que en los análisis sobre la materia realizados con los personeros del sector económico, se llegó a la conclusión de que era conveniente prohibir terminantemente al Congreso todo tipo de iniciativa en materia económica, porque éste tiende, de manera inevitable, a crear seudo financiamientos y los consiguientes problemas posteriores al gobierno. A su juicio, la iniciativa en materia económica debe quedar radicada exclusivamente en el Presidente de la República (páginas 3029 y 3030), afirmaciones que contaron con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión y con la adhesión de los invitados a esa sesión, señores Pablo Barahona (Ministro de Economía) y de Sergio Castro (Ministro de Hacienda). El pensamiento dominante en la Comisión Ortúzar llega a concretarse en la proposición formulada en el Consejo de Estado luego del debate que da cuenta su sesión 88 (págs.*

[155] SERGIO MOLINA, *La Reforma Constitucional de 1970*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, página 81 y ss.

104 y 105), redactada por el señor julio Philippi y origen del inciso tercero del artículo 62", hoy artículo 65 de la Carta.[156]

En el informe de la Comisión de Estudio se indicó que *"el anteproyecto otorga asimismo, especiales atribuciones al Presidente de la República para ejercer la administración económica del país (…) Al efecto como se verá al tratar de las atribuciones de carácter legislativo del Presidente de la República, amplía considerablemente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en todas aquellas materias administrativas, económicas, financieras, previsionales y otras que, en general, pueden importar gastos al erario"*. [157]

Por su parte, el Consejo de Estado al explicar la iniciativa exclusiva presidencial hace presente que *"para desterrar de nuestra política otro mal gravísimo (…) la irresponsabilidad parlamentaria (…) agravada (pese a las esforzadas y laudables iniciativas en contraria desplegadas por algunos Presidentes de la república) por las facilidades que la distorsión de los textos constitucionales vigentes hasta ayer les brindaban, en sus pretensiones de coadministrar el Estado, de intervenir en el manejo de la hacienda pública y de entrometerse en los mecanismos financieros"*, enfatizándose además que en materia de gasto público *"se ha reservado toda iniciativa en la materia al Presidente de la República, quien, como administrador del Estado y para poder realizar una gestión útil, debe tener en la materia una exclusividad absoluta, de manera que en sus medidas no se vean, como ocurrió a menudo en el pasado, entrabadas o enteramente desfiguradas y anuladas, por indicaciones carentes de estudio, imprudentes o simplemente demagógicas"*.[158]

La Constitución de 1980 mantuvo, con algunos ajustes, las materias de iniciativa exclusiva. A ellas agregó las siguientes: 1) todos los proyectos que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos; 2) contratar empréstitos o celebrar otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier

156 ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, Gobierno, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, página 202

157 Informe de la CENC

158 Informe CE

naturaleza establecidas a favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos; 3) establecer modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; 4) fijar normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento y concesión; 5) fijar las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él.

4.7. **Análisis de la evolución constitucional**

Como se aprecia de la evolución constitucional reseñada, ha sido una constante desde el año 1925 que dentro de las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República se incluyan las materias que implican gasto público y las que afectan la administración financiera del Estado.[159]

Así, las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno. Tales normas permiten resguardar, asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República. En este sentido, se ha señalado que *"el constituyente desea que todas las leyes que tengan un impacto económico en la vida nacional, sean iniciadas por quien tiene a su cargo 'el gobierno y la administración del Estado', quien es el Jefe de Estado: el Presidente de la República (art. 24)."* [160]

Las normas sobre iniciativa exclusiva previstas en la Constitución son hechas operativas por el artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que en sus incisos segundo y tercero señala: *"No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a tales gastos. En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma*

159 TC, Rol 1867/2010, c. 12

160 FERMANDOIS V., ARTURO Y GARCÍA G., JOSÉ: "Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva", en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36 Nº 2, 2009, p. 297

materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento. No obstante, se admitirán las indicaciones que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que haya propuesto el Presidente de la República.".

Por ello, las materias de iniciativa exclusiva no sólo importen la imposibilidad de que los parlamentarios ingresen proyectos de ley sobre tales materias, sino también la imposibilidad de que éstos presenten indicaciones que incidan en ellas.

5. **Justificación**

Como señala Silva Bascuñán, *"el desorden administrativo y económico siguiente a la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, fue atribuido en amplios sectores de la ciudadanía, principalmente a las iniciativas de los congresales, que, según sus críticos, se veían obsesionados por formularlas inspirados en afanes demagógicos de conquista del electorado"*.[161]

Desde el punto de vista de la teoría de la elección pública se justifica una reducción de la iniciativa de los parlamentarios, dado que éstos *"no podrían ofrecer a sus electores, ni estos pedir a aquellos, regulaciones que digan relación con tributos, exenciones, remuneraciones y toda una gama amplia de materias reservadas a la iniciativa del Presidente de la República"*.[162]

Del mismo modo, se justifica dicha iniciativa exclusiva presidencial en razones de disciplina fiscal y promoción de la prosperidad económica del país, lo que se constata en las reformas desde la de 1943. Incluso, se ha señalado por algunos economistas que se trata de *"el principal factor que explica el éxito en materia fiscal que se exhibe en los últimos 18 años"*.[163]

En definitiva, se ha concluido que *"en el proceso legislativo el respeto a las reglas del juego es un aspecto fundamental para mantener las bases de un sistema democrático".* Y es que, *"la tramitación de los*

---

161 ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII, p. 107

162 SEBASTIAN SOTO VELASCO, *Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretació*n, en Sentencias destacadas 2007, p. 234

163 JOSE PABLO ARELLANO, *Del déficit al superávit fiscal: razones para una transformación estructural en Chile*, CEP 101, 2006, p. 173

proyectos de ley sigue una serie de trámites y está sometida a diversas reglas que se unen entre sí con el objeto de facilitar el debate y la aprobación de leyes a través de la votación". De modo que *"cuando estas reglas se modifican sobre la marcha o no se cumplen, el diálogo democrático se daña"*. De ocurrir, *"los más afectados serían los representantes de las minorías y también el sistema en general que pierde legitimidad"*. [164]

Este mismo autor, señala que usualmente la Cámara de Diputados nunca declara un proyecto de ley iniciado en moción contrario a la Constitución, mientras que la mesa del Senado actuaría de otra forma.[165]

6. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de iniciativa exclusiva**

Existe una reiterada jurisprudencia del TC en materia de iniciativa exclusiva presidencial, alguna de cuyas decisiones relevantes destacamos.

6.1. **Traslado del Congreso**

El TC acoge un requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra de un proyecto de ley, surgido por moción parlamentaria, que disponía el traslado del Congreso Nacional a la ciudad de Santiago.[166]

Se señala al efecto:

" (…) Que, para el establecimiento de la vulneración que el artículo único del proyecto haría a los incisos tercero y final del artículo 62 de la Constitución en la parte en que el primero estatuye que corresponde en exclusiva al Presidente de la República presentar los proyectos que tengan relación "con la administración financiera o presupuestaria del Estado" y en cuanto al segundo dispone que "El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República", se hace imprescindible determinar como

---

164 SEBASTIAN SOTO VELASCO, *Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretació*n, en Sentencias destacadas 2007, p. 238

165 Ibid., p. 240. Incluso, se ejemplifica con mociones declaradas inadmisibles, como ocurrió con los proyectos de Ley de royalty a la minería y de IVA a la construcción

166 TC, Rol 242/1996

presupuesto básico y primero si el traslado del Congreso Nacional de Valparaíso a Santiago -por qué no otra cosa significa cambiar su sede y la destinación del edificio que hoy ocupa- irroga o no gastos al Estado. Si al respecto se considera que de los antecedentes agregados a estos autos no aparece opinión o parecer alguno en el sentido de que tal traslado no produzca los gastos naturales y consecuenciales; que, por el contrario, dichos gastos se reconocen y no se discuten, si bien algunos señores Senadores estiman que ellos se subsumirían en los que dejarían de producirse con la mantención del Congreso en Valparaíso, como lo han expresado entre otros el Senador don Andrés Zaldívar en el curso de la sesión del Senado de 15 de mayo último, y el propio Presidente del Senado don Sergio Diez en su libelo de respuesta al requerimiento; si se tiene en consideración, por otra parte, que en el Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización de 20 de junio recién pasado, se dejó constancia del parecer del señor Subsecretario de Bienes Nacionales don Sergio Vergara en cuanto a que el traslado del Congreso a Santiago supondría, al menos, el gasto de la mudanza; y si se pondera, por último, que es de evidencia incuestionable y de natural consecuencia que el cambio de todas las dependencias, instalaciones, mobiliario e instrumentos de trabajo en general de la totalidad del edificio que ocupa el Congreso Nacional en Valparaíso para su acomodación posterior en otra edificación en Santiago, en la que deberán efectuarse las adecuaciones imprescindibles, conlleva un costo pecuniario real, de existencia efectiva indudable, fácilmente se llega a concluir que el traslado en cuestión implica gastos al erario nacional;

Que, lo argumentado, en el sentido de que el gasto que demandaría la aplicación del proyecto de ley podría absorberse mediante meros cambios internos en las partidas presupuestarias ya aprobadas para el Congreso Nacional en la Ley de Presupuestos por tratarse de un gasto relativo a sí mismo, sin que se precise para el efecto de iniciativa presidencial en consideración al grado de autonomía que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional confiere al órgano legislativo, no aparece expresado ni reflejado de modo alguno en el proyecto de ley cuestionado, por lo que no es procedente fundar en ello una fuente de recursos que no afecte la administración presupuestaria de responsabilidad del Presidente de la República por mandato de la Constitución. Tal argumentación carece de justificación en todo caso, pues si bien el artículo 54 de la referida ley orgánica al disponer que "Cada Cámara establecerá la forma en que se distribuirán los fondos que

le correspondan", faculta al Congreso para distribuir con autonomía los fondos que le asigna la Ley de Presupuestos, tal autonomía se refiere únicamente a los gastos ordinarios que causen sus actividades normales y de rutina, porque es ese el sentido natural y lógico de la expresión "funcionamiento" que usa el artículo 53 que le precede, cuando textualmente expresa: "La Ley de Presupuestos de la Nación deberá consultar anualmente los recursos necesarios para el funcionamiento del Congreso Nacional, sujetándose a la clasificación presupuestaria común para el sector público.";

Que, el proyecto de ley en examen, por las motivaciones ya expuestas, es generador de gastos actualmente no considerados, ya que ellos corresponderían a las exigencias del traslado del Congreso Nacional de su actual sede a la ciudad de Santiago, lo que indiscutiblemente es un hecho nuevo, no previsto hasta este momento;
(...)

Que, por todas las razones ya indicadas, mal podría entenderse que las consecuencias económicas del proyecto materia de las cuestiones de constitucionalidad no comprometan o comprometerían la administración presupuestaria del Estado, ya que, de una u otra manera, sería en el presupuesto nacional donde debería preverse la atención de los gastos que desencadenaría el referido traslado;

Que, de tal manera y acorde con todo lo consignado precedentemente, forzoso se hace concluir que el artículo único del proyecto de ley que motiva este requerimiento adolece de inconstitucionalidad porque infringe los artículos 62, en sus incisos tercero y final, y 64, en su inciso cuarto, de la Carta Fundamental, por no indicarse en él un financiamiento que demostrare que sus consecuencias resultarían ajenas a la administración presupuestaria del Estado, lo que lo hace, consiguientemente, entrar en el ámbito de tal administración sin la iniciativa constitucionalmente reservada al Presidente de la República, ni indicar fuente alguna de recursos para atender los no previstos gastos que originaría;

Que, el conculcamiento que, conforme a los razonamientos vertidos, hace el artículo único del proyecto a los incisos tercero y final del artículo 62 de la Constitución, porque su iniciativa ha sido parlamentaria debiendo haber sido presidencial implica el

quebrantamiento que también hace del artículo 7º de la misma, de acuerdo al cual los órganos del Estado solamente pueden ejercer las atribuciones que la propia Constitución o las leyes les han conferido, sin que bajo ningún pretexto puedan inmiscuirse en el ámbito de la competencia de un órgano diverso"[167]

Adicionalmente, se concluye que se vincula con normativa sobre la división política y administrativa del país:

Que, la cuestión sobre constitucionalidad planteada también en base a lo que dispone el inciso tercero del artículo 62 de la Constitución en el sentido de que el citado artículo único del proyecto debe ser, en todo caso, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, porque dice relación con la división política y administrativa del país, considerándose que el lugar en que ha de tener su sede cada uno de los poderes en que se divide el ejercicio de las potestades públicas es materia que se relaciona directamente con la división de los poderes políticos del Estado y que, en lo que concierne al aspecto administrativo que menciona el referido inciso tercero, en relación con el Nº 2º del inciso siguiente, es clara la intención del texto de reservar al Presidente de la República la iniciativa para alterar en cualquier forma el funcionamiento de los servicios estatales, incluyendo su sede, ya que ello importa modificar la estructura administrativa del país, es un asunto que, en sus dos aspectos, carece de argumentación valedera. En efecto, en cuanto se le hace descansar en que el artículo objetado tiene que ver con la división política del país, debe considerarse que ésta es distinta de la estructura política del mismo, por lo que es erróneo sostener que la conformación política de los poderes del Estado tenga alguna vinculación con la división política del país, que dice relación con un factor eminentemente territorial. La división política nacional es la que establece el artículo 99 de la Constitución Política, que expresa que "Para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias de dividirán en comunas." Luego, no es efectivo que el artículo único del proyecto diga relación con la división política del país; y en cuanto se le basa en que afectaría la división administrativa del mismo por estimar que la expresión "servicios públicos" que emplea el artículo 62, inciso cuarto, Nº 2º, de la Constitución, comprendería a los servicios que sirven de apoyo al

[167] Ibid., c. 4, 5, 6, 11, 12 y 13

Congreso Nacional, porque los servicios públicos a que alude dicho artículo deben entenderse relacionados con la Administración del Estado, situación que el constituyente aclara al referirse a continuación a empleos rentados mencionando a los fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales, órganos todos que constituyen la Administración del Estado o Administración Pública de acuerdo al artículo 38 de la Constitución, por lo que si bien los servicios de apoyo al Congreso que de consuno acuerden crear ambas Cámaras para su mejor organización y funcionamiento, además de la Biblioteca del Congreso y de un Centro de Informática y Computación, son servicios, no lo son de la naturaleza de los aludidos en el artículo 62, Nº 2º de la carta Fundamental, vale decir, "servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa", como los denomina la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, sino que servicios dependientes del Congreso que se rigen por su Ley Orgánica Constitucional, según ésta lo expresa claramente en su artículo 3º;

Que, la cuestión de constitucionalidad relativa al artículo transitorio del proyecto se apoya básicamente en la consideración de que la destinación de los bienes del Estado es una facultad que corresponde al Presidente de la República dentro de sus atribuciones administrativas ordinarias y que no es materia de ley, por lo que infringiría la parte inicial del artículo 60 de la Constitución y también el artículo 7º de la misma[168]

6.2. ***Posnatal***

El Senado, al aprobar –en la forma como lo hizo- el nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, alteró el proyecto presentado por el Presidente de la República, introduciendo a su respecto un aumento de beneficios al personal en servicio de la administración pública como también a trabajadores del sector privado, y modificó asimismo normas sobre seguridad social o que inciden en ella, materias todas en que, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Presidente de la República, pero no aumentarlos.[169]

Así, se expresa:

---

168 Ibid., c. 14 y 15

169 TC, Rol 2025/2011

Que, como se ha venido señalando, la disposición concerniente a estos autos se ubica dentro de las materias que, por estar vinculadas al gasto público, la Constitución prescribe que son de iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República. Al mismo tiempo, del debate producido se desprende que dicha disposición y la votación a su respecto efectuada en el Senado, recayó sobre el aumento de un específico gasto estatal.

El senador Rossi, quien propuso la idea de votar separadamente las oraciones e incisos del tantas veces señalado artículo 197 bis, expresó que: "Gracias a la Concertación, senador Longueira –lo digo por intermedio del Presidente- esta iniciativa es ahora mucho mejor. Si el Presidente de la República fuera sabio y si estuviera realmente interesado en el futuro de los niños de Chile, acogería nuestra propuesta y le pediría a ustedes que valoraran nuestras indicaciones. Finalmente se lucirá en su discurso el 21 de mayo, porque diría que se aumentó la cobertura del postnatal, que no se discriminó, que no se les quitaron derechos a las mujeres." Por su parte, el senador Escalona expresó que: "El presupuesto nacional, que contribuimos a aprobar, asciende a 55 millones de dólares. Y la diferencia eventual entre el proyecto enviado y el aprobado es de 35 millones de dólares. O sea, de acuerdo con el artículo 67, el Presidente de la República está autorizado para resolver el problema que presente este último monto, en relación con el presupuesto de 55 mil millones aprobado para el año en curso". La senadora Rincón, a su vez, cuantifica el aumento en la suma de 35 millones de dólares, lo que "no son una cifra sideral". En igual sentido, el Senador Lagos se pregunta si "¿el país no puede financiar esa cantidad?". A su turno, el Senador Gómez al contestar acerca de la intromisión en las facultades presidenciales expresa: "Me alegro de que de una vez por todas el Congreso Nacional haya tomado la decisión de impugnar esta Constitución, que contempla facultades que imponen un régimen casi monárquico en el país". Por último, el senador Zaldívar reconoce "que se da el efecto indicado: se produce un mayor gasto. Por cierto, es posible que ello sea así".

Este sentenciador ya fue claro en precisar, en términos similares a lo señalado en esta sentencia, que "ha sido una constante desde el año 1925 que dentro de las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República se incluyan las materias que implican gasto público y las que afectan la administración financiera del Estado" (sentencia Rol N° 1.867);

Que, de conformidad a las consideraciones consignadas precedentemente, referidas a la evolución histórica, ha quedado suficientemente demostrado que, en materia de gasto público y de regulación de la seguridad social, diversas disposiciones constitucionales a partir del siglo XX y, hoy en día el artículo 65 de la Carta Fundamental, reservan exclusiva y excluyentemente al Presidente de la República la iniciativa de ley, es decir, la facultad para predeterminar las normas que sobre estas materias regirán a la sociedad.

A lo que cabe agregar que la facultad entregada a esa autoridad para hacer nacer una propuesta legal que involucre un nuevo gasto público, o un aumento del mismo y que, entre otras causas, como en la especie, puede derivar de beneficios que se enmarcan en el ámbito de la seguridad social, no se constriñe a la presentación del proyecto de ley, sino que se extiende a todo el proceso nomogenético. Lo anterior, desde que el inciso final del artículo 65 citado, a efectos de mantener y resguardar la iniciativa exclusiva descrita, sólo permite al Congreso "aceptar, disminuir o rechazar" los beneficios y gastos propuestos por el Jefe de Estado, de donde se sigue que a los parlamentarios les está vedado aumentarlos, en cualquier instancia del proceso de formación de la ley;

Que las atribuciones conferidas por la Constitución Política al Congreso Nacional se ejercen, como toda atribución entregada a órganos colegiados, a través del resultado que emane de las votaciones de sus integrantes. En la especie, el resultado de la votación del Senado, por la cual se modificó el tope del subsidio postnatal parental, repercute en un aumento del gasto público que demanda aquella prestación de seguridad social, propuesta por el Presidente de la República.

De esta manera, al innovar, creando un nuevo subsidio, distinto y más elevado que el propuesto en la correspondiente iniciativa presidencial, la Cámara Alta aparece ejerciendo una atribución que no le ha sido otorgada por el artículo 65 constitucional, comoquiera que la misma se encuentra radicada expresamente en el Presidente de la República, extralimitación que, por lo mismo, comporta una vulneración de dicha norma;[170]

[170] Ibid., c. 42 a 44

Concluyéndose:

Que, de su simple lectura, puede concluirse que el nuevo texto aprobado en el primer trámite constitucional modificó sustancialmente el beneficio de seguridad social contenido en el Mensaje del Presidente de la República.

En efecto, mientras el beneficio propuesto en el Mensaje consultaba un límite de 30 unidades de fomento, tratándose tanto de trabajadores del sector público como del sector privado, el nuevo texto ha suprimido dicho límite. También suprimió la fuente de financiamiento permanente del beneficio;

Que, en suma, con una modificación introducida al proyecto de ley por iniciativa parlamentaria, se configura un beneficio de seguridad social de características sustancialmente diferentes a las del propuesto por el Mensaje original, que, al suprimir los límites originales, establece mayores beneficios aplicables tanto a trabajadores del sector privado como público. Y adicionalmente, como es obvio, aumenta el costo del proyecto de ley, tal como consta del certificado que rola a fojas 82;[171]

En suma:

Que, como aparece de las consideraciones expuestas, el Senado, al aprobar –en la forma como lo hizo- el nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, alteró el proyecto presentado por el Presidente de la República, introduciendo a su respecto un aumento de beneficios al personal en servicio de la administración pública como también a trabajadores del sector privado, y modificó asimismo normas sobre seguridad social o que inciden en ella, materias todas en que, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Presidente de la República, pero no aumentarlos;[172]

171 Ibid., c. 50 y 51

172 Ibid., c. 65

6.3. **Ley de Presupuesto**

También se declaró inconstitucional una glosa presupuestaria -referida a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana- al estimarse que, al corresponder a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, no podía ser incorporada al proyecto de ley respectivo mediante una indicación parlamentaria.[173]

De esta manera, se expresa:

Que corolario de lo razonado en los considerandos precedentes es que la Glosa 09 de la Ley de Presupuestos para 2011, aprobada por el Congreso Nacional, corresponde a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, no obstante lo cual fue incorporada al proyecto de ley respectivo mediante una indicación parlamentaria;

Que lo anterior es evidente, toda vez que la Glosa 09 impugnada se refiere a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana.
Que, de esta manera, la referida glosa es una norma destinada a regular la administración de fondos en los términos previstos por el artículo 6º del Decreto Ley Nº 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado;

Que, en consecuencia, la Glosa 09 impugnada por el requerimiento es inconstitucional y así se declarará;[174]

6.4. **Subcontratación**

Se declaró la inconstitucionalidad del artículo 183 ter, referente al trabajo en régimen de subcontratación y a la definición de empresa, al incidir en una materia de seguridad social, de iniciativa exclusiva presidencial.[175]

De esta forma, se expresa:

---

173 TC, Rol 1867/2010

174 Ibid., c. 17 a 20

175 TC, Rol 534/2006

Que la aplicación del concepto de empresa que formula el artículo 183 ter en análisis a las distintas situaciones de subcontratación contenidas en el proyecto de ley, determina los sujetos obligados al pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores como, asimismo, la clase de responsabilidad civil de la persona denominada mandante o empresa principal en la subcontratación, responsabilidad que, por regla general, es solidaria, pero que puede convertirse en subsidiaria;

Que por consiguiente, estamos ante disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella tanto del sector público como del sector privado, las cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, Nº 6, de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República;

Que sin embargo, y como consta del Acta de la Sesión Nº 67, de 10 de enero de 2006, de la Cámara de Diputados, y de los demás antecedentes que obran en conocimiento de esta Magistratura, la proposición que tuvo por objeto conceptualizar la definición de empresa que se encuentra contenida en el artículo 183 ter, surgió por indicación parlamentaria y no de la Presidenta de la República, a pesar de que se trata de una materia reservada por la Constitución Política a la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado, como se ha señalado en el considerando anterior;

Que de lo expuesto resulta que, en la tramitación y aprobación del artículo 183 ter del Código del Trabajo, se ha vulnerado el artículo 65, inciso cuarto, Nº 6, de la Carta Fundamental, lo que configura un vicio de inconstitucionalidad de forma del precepto legal sometido a control de esta Magistratura;[176]

7. **Jurisprudencia constitucional en materia de atribución de funciones de servicios públicos**

De acuerdo a la jurisprudencia del TC, los servicios públicos son, en primer lugar, órganos de la administración del Estado encargados de colaborar con el Presidente de la República en su tarea de gobierno y administración (art. 1º LOCBGAE).

En segundo lugar, los servicios públicos por regla general sólo ejecutan políticas pero no las diseñan, ya que esta labor le corresponde

176 Ibid., c. 8 a 11

a los ministerios (arts. 22 y 28 LOCBGAE). Los servicios públicos se caracterizan porque entregan prestaciones materiales a los usuarios (educación, salud, vivienda, etc.), satisfacen de modo concreto, directo e inmediato cierta necesidad y son servicios para el público.

En tercer lugar, los servicios públicos son creados y configurados por ley simple, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 65, inc. 4°, CPR).

En cuarto lugar, están sometidos a un régimen de derecho público; ello determina que se rijan por el principio de legalidad (art. 7º, inc. 2°, CPR y art. 2º LOCBGAE). Además, están sujetos a ciertos controles en su actuación: el de la CGR (art. 98 CPR); el de los tribunales (art. 38 CPR); el de la Cámara de Diputados (art. 52 CPR); y el de las personas (arts. 10, 15 y 17 de la Ley Nº 19.880). Por otra parte, el estar sometidos a un régimen de derecho público también determina que se rijan por el principio de responsabilidad (arts. 7º y 38 CPR y arts. 4º, 18 y 42 LOCBGAE); que sus manifestaciones de voluntad estén sujetas a un procedimiento administrativo (arts. 1º y 2º de la Ley Nº 19.880); y que su personal, bienes y presupuesto estén sujetos a regulaciones especiales.

Finalmente, los servicios públicos satisfacen necesidades públicas (arts. 3º y 28 LOCBGAE) de manera regular (arts. 2º y 28 LOCBGAE), continua (art. 19, Nº 16, CPR; arts. 3º y 28 LOCBGAE, y art. 57 Ley Nº 19.880) e igualitaria (art. 19, Nºs 2 y 22, CPR). [177]

Como se ha sentenciado también por el TC, la creación de servicios públicos, la determinación de su estructura interna y de las atribuciones que tendrán los cargos o empleos, por mandato constitucional, sólo puede hacerse a través de una ley a iniciativa exclusiva del Presidente de la Republica, excluyendo la posibilidad de que estas materias sean delegadas a autoridades superiores de servicios públicos. [178]

Ha resuelto el TC:

“13º. Que, resulta ilustrativo en este sentido, tener presente lo que indica al respecto el Informe de la Comisión Conjunta que analizó el proyecto que daría origen a la Ley Nº 18.575, Orgánica

[177] TC, Rol 1295, c. 50

[178] TC, Rol 319, cc. 13 y 14. En el mismo sentido Rol 358, cc. 11,12 y 14

Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con las instituciones estatales de Educación Superior. Expresa que el texto original propuesto por el Ejecutivo no las afectaba "atendida la definición que efectuaba de "Administración Pública", la que excluía, entre otras, a estas instituciones. Del estudio efectuado ... se concluyó que no existían fundamentos constitucionales que permitieran excluir de la aplicación de todas las normas del proyecto a las instituciones de Educación Superior de carácter estatal, como ocurría inversamente con otros organismos, dado que nada autoriza a diferenciarlos(las) de los servicios públicos." (págs. 51-52).

14º. Que, el artículo 60 de la Carta Fundamental dispone que: "Sólo son materias de ley: 14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República." A su vez, el artículo 62, inciso cuarto, Nº 2º, de la misma Carta establece que: "Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados sean fiscales, semifiscales, autónomos, o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones.";

15º. Que, de un análisis armónico de los preceptos antes transcritos, se infiere que la organización interna de un servicio público, como también las atribuciones de sus cargos o empleos, es materia de ley común de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, por expreso mandato de la Constitución"[179]

[179] TC, Rol 352, c. 15

II. LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista formal, el proyecto de ley ciertamente que tiene el carácter de orgánico constitucional, al vincularse a las atribuciones del Ministerio Público y, adicionalmente, incidir y en la organización de la administración.

1. Ley orgánica del Ministerio Público

En primer lugar, indudablemente, que la moción parlamentaria afecta directamente a las atribuciones del Ministerio Público, en los términos que señala el artículo 84 de la Carta Fundamental.

1.1 Norma constitucional

En efecto, el artículo 84 de la Constitución Política de la República señala:

> *"Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público, señalará las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los fiscales para su nombramiento y las causales de remoción de los fiscales adjuntos, en lo no contemplado en la Constitución. Las personas que sean designadas fiscales no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Los fiscales regionales y adjuntos cesarán en su cargo al cumplir 75 años de edad".*

1.2. Constancias en las Comisiones

a) Informe de Comisión de Hacienda

En el informe técnico de la aludida Comisión se indica que se trata de una ley orgánica constitucional.

En efecto:

> *"El artículo único del proyecto tiene el rango de orgánico constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 de la Carta Fundamental, norma que establece que una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público. En la especie, este proyecto regula una nueva atribución para el organismo, cual es ejercer la acción penal pública en un ámbito que, en este momento, le está vedado, de conformidad con el inciso primero del artículo 162 del Código Tributario. Por su parte, el inciso primero del artículo 83 de la Constitución Política, establece que el Ministerio Público*

ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Dado que la regulación de la atribución del ejercicio de esta acción incide, sin duda, en una mayor o menor atribución por parte de este organismo autónomo, toda modificación en el sentido de ampliar o restringir este espectro incide en las atribuciones del mismo, y, en consecuencia, cae en el ámbito de lo orgánico constitucional. Se precisa que el proyecto no requiere de informe de la Excma. Corte Suprema".[180]

b) **Informe de la Comisión de Constitución**

Paradojalmente, en el informe de la Comisión de Constitución se modifica lo anterior, al expresar:

"Cabe señalar que la Comisión de Hacienda calificó como orgánico constitucional el artículo único del proyecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 de la Carta Fundamental, norma que establece que una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público.

Sin perjuicio de ello, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, no compartió dicho criterio en atención a las siguientes consideraciones:

Efectivamente, el artículo 1º de la ley orgánica constitucional del Ministerio Público señala que: "El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es 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, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales.".

Por otra parte, en el caso de los delitos tributarios, el artículo 162 del Código Tributario establece la forma del ejercicio de la acción penal pública, por parte del Ministerio Público, consistente en que las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio. Con todo, la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.

---

180 Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados

El proyecto en informe no altera para nada la facultad genérica del Ministerio Público para ejercer acción penal pública, contemplada en la Constitución y en su ley orgánica, ya que la remisión al artículo 162 del Código Tributario es, precisamente, a una de las formas previstas en la ley, contemplada en un cuerpo legal que no reviste, en esta materia el rango de norma orgánica constitucional.

Reafirma esto lo señalado por el Tribunal Constitucional en el considerando 42° de su sentencia pronunciada en la causa rol N°3130-16, de 9 de agosto de 2016, que en lo medular dispone: "….También porque conforme al artículo 83 de la Constitución, la acción penal pública la ejerce el Ministerio Público "en la forma prevista por la ley". Cuando la Constitución no califica el tipo de ley, se entiende que es ley simple (STC 260/1997). Ello es consistente con que las materias de procedimiento son materias de ley simple (artículo 63, N° 3, Constitución). Además, conforme al artículo 53, la acción pública es ejercida de oficio por el Ministerio Público, siempre que "no esté sometida a regla especial". Finalmente, el artículo 166 del Código Procesal Penal no ha sido considerado por esta Magistratura como propio de ley orgánica constitucional.".

El texto propuesto por el proyecto de ley sólo tendría este carácter si alterara, de algún modo el artículo 1º de la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, lo que en la esencia no ocurre".[181]

c) **<u>Jurisprudencia constitucional</u>**

Se ha sentenciado que corresponde a materias propias de LOC lo referente a la organización y entrada en vigencia gradual de la Institución. Así, la norma que se refiere a la organización de dicha institución y la que modifica la entrada en vigor de las disposiciones de dicho cuerpo legal y su aplicación gradual en la forma como en ella misma se indica.[182]

También lo será lo atingente a los requisitos de admisión a funciones y empleos públicos. La norma que regula las exigencias necesarias para ingresar a dicho organismo no podrá delegar el establecimiento de los requisitos necesarios a un reglamento, por

---

181 Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados

182 TC, Rol 336, c. 11. En el mismo sentido, Rol 396, c. 7

tratarse de una materia de reserva legal.[183] Del mismo modo materias tan diversas como la autorización de agentes encubiertos. Facultad del fiscal para autorizar que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos e informantes de los respectivos servicios en el delito de tráfico de niños y personas adultas.[184] O aquellas disposiciones que establecen deberes de comparecencia de los fiscales y las que regulan criterios que deben aplicar. [185]

En el mismo sentido, la facultad del fiscal nacional y de los fiscales regionales para establecer que otros funcionarios sean considerados sujetos pasivos de la ley de Lobby, cuando en razón de su función o cargo y por tener atribuciones decisorias relevantes o por influir decisivamente en las personas que tienen dichas atribuciones, sea necesario someterlos a esta normativa.[186] Igualmente, la facultad de tres Fiscales Regionales, designados por sorteo de conformidad al reglamento de dicho cuerpo legal, para aplicar sanción en caso de incumplimiento del fiscal nacional de la obligación de informar y registrar, contenida en la ley de Lobby.[187]

En general, la modificación legal que le confiere nuevas atribuciones.[188] Las normas que modifican las atribuciones del Fiscal Nacional, tales como las que dicen relación con la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, o en relación al funcionamiento de la Reforma Procesal Penal.[189] Las normas que modifican este cuerpo normativo, en tanto tienen la misma naturaleza.[190]

Cabe señalar que la recopilación de antecedentes por parte del SII no importa ni puede constituir una investigación de aquéllas que son competencia del Ministerio Público, en el ámbito de sus atribuciones. Por

183 TC, Rol 293, cc. 22 y 23

184 TC, Rol 1939, cc. 4 a 9

185 TC, Rol 458, c. 8

186 TC, Rol 2619, c. 20

187 TC, Rol 2619, c. 25

188 TC 349, cc. 12 y 32. Igualmente, Roles 433, cc. 14 y 20; 1001, c. 7; 1939, c. 6; 2764, c. 9

189 TC, Rol 458, c. 8. En el mismo sentido, Rol 1403, c. 6

190 TC, Rol 396, c. 7. En el mismo sentido, Roles 419, c. 15; 433, c. 16; 1001, c. 7; 460, cc. 12 y 14 y 1403, c. 6

ende, si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación.[191] Sin perjuicio de lo anterior, el TC valida plenamente la constitucionalidad de la disposición que radica en el SII la titularidad de la acción penal tributaria, tal como ya se explicó latamente en el capítulo segundo del presente informe.

2. Ley orgánica de la administración del Estado

En segundo lugar, la disposición también presenta el carácter de orgánica constitucional, al vincularse con materias propias de la organización básica de la Administración Pública, en los términos que señala el artículo 38 de la Carta Magna.

Así, El artículo 38 de la Constitución Política de la República expresa:

> *"Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes".*

a) Sentido y alcance de la LOCBGAE.

De acuerdo a la jurisprudencia del TC, la Ley Orgánica Constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado responde a dos factores: por un lado, al propósito de dotar de orden a la Administración a través de sus normas, y por otro, al hecho de que es una ley de bases, por lo que puede referirse y regular únicamente principios y normas generales, de manera de establecer los cimientos en que descansarán los elementos orgánicos de la Administración. Esta norma debe contener únicamente el estatuto básico y común de la Administración, tanto porque así lo señala la CPR como por una serie de otras razones. Por un lado, muchos órganos encuentran una regulación básica en la misma CPR, o el propio constituyente señala que deben regularse en otras LOC. Luego, porque al tener que abordar sólo las bases, la ley común debe desarrollar el resto de la regulación, por lo que no puede exceder su ámbito. Finalmente, porque los órganos de la

[191] TC , Rol 349, c. 34

Administración son heterogéneos, por lo que no pueden compartir más que una normativa básica. [192]

b) **Ejercicio de potestades públicas**

Se ha estimado que es materia de Ley Orgánica Constitucional la creación y determinación de funciones y atribuciones de un Comité o Consejo, en tanto órgano nuevo en la Administración del Estado llamado a ejercer potestades públicas.[193] En el mismo sentido, la normativa que crea o establece un Consejo a cargo de la dirección superior de un servicio público.[194] De igual forma, las normas que crean un órgano colegiado no contemplado en la estructura propia de los servicios públicos que establecen los arts. 31 y 32 de dicho cuerpo legal, lo que sólo puede hacerse a través de normas de carácter orgánico constitucional.[195]

El TC ha recordado que la normativa que establece una estructura, que difiere de aquella contemplada para dichos órganos estatales en los arts. 31 y 32 de dicho cuerpo legal, sólo puede hacerse a través de normas de carácter orgánico constitucional.[196]

También las normas relativas a la creación de un comité consultivo dentro de un servicio público, como las relativas al consejo del adulto mayor, al referirse a la organización del Servicio Nacional del Adulto Mayor, o al consejo consultivo regional, en relación a la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Deportes, tienen carácter de orgánica constitucional.[197] En el mismo sentido, la normativa que regula

192 TC, Rol 2367, cc. 16 y 17

193 TC, Rol 379, c. 10. En el mismo sentido, Rol 400, c. 8; 425, c. 10; 1595, c. 7; 320, cc. 5 y 23; 185, c. 7 y 319, c. 5

194 TC, Rol 178, c. 9. En el mismo sentido, Rol 206, c. 5; 185, c. 7; 723, c. 6; 2152, c. 18 y 87, c. 3

195 TC, Rol 425, c. 6. En el mismo sentido, Rol 429, c. 10; 375, c. 35; 2061, c. 7; 2390, c. 9; 2520, c. 7; 320, c. 5; 169, c. 5; 1868, c. 9 y 1554, c. 10

196 TC, Rol 320, cc. 5 y 26. En el mismo sentido, Roles 379, cc. 10, 13 y 14; 1031, c. 6; 723, c. 6; 363, cc. 4 y 5; 361, c. 14; 358, c. 6; 548, cc. 8 y 12 y 1027, c. 9

197 TC, Rol 319, c. 7. En el mismo sentido, Rol 358, cc. 6 y 7; 379, c. 10; 400, c. 6 y 1554, c. 10

la composición de órganos y consejos que tienen carácter orgánico constitucional.[198]

Reviste igualmente carácter de orgánica constitucional, la atribución que se le otorga a la Corporación Nacional Forestal para autorizar cualquier modificación al plan de manejo forestal en caso de discordancia con los objetivos del plan original, una vez acreditado el reintegro total de los beneficios percibidos por aplicación de la ley.[199]

c) **Normativas que modifican mecanismos de impugnación**

Las disposiciones que modifican la regla sobre impugnación de los actos administrativos, previstas en los arts. 2°, 3°, inc. 2°, y 10 de la LOCBGAE, tienen la naturaleza de ley orgánica constitucional.[200]

d) **Normas previamente declaradas orgánicas**

La normativa que modifica disposiciones que han sido declaradas previamente con este carácter también lo son orgánicas.[201] Así, por lo demás, ocurrió con la normativa del artículo 162 del Código Tributario.

e) **Sanciones y denuncias**

Igualmente son orgánicas las normativas que sancionan a los funcionarios que realicen denuncias de irregularidades o faltas a la probidad, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.[202]

f) **Concepto amplio de Administración, incluyendo el SII**

Por último, debe señalarse que la Administración del Estado mencionada en el art. 38, así como la LOCBGAE, comprende de manera amplia a todos los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado, incluyendo las universidades estatales.[203]

---

198 TC, Rol 379, c. 16. En el mismo sentido, Rol 361, cc. 14, 15 y 19; 2009, c. 15; 164, c. 5; 320, cc. 5 y 24; 185, c. 7; 257, c. 7; 2245, c. 8 y 1868, c. 9

199 TC, Rol 1024, cc. 27 y 28

200 TC, Rol 287, c. 10. En el mismo sentido, Roles 374, c. 6; 1027, c. 8; 1554, c. 10 y 2009, c. 14

201 TC, Rol 143, c. 5. En el mismo sentido, Roles 379, c. 27; 1868, c. 9; 433, c. 16; 87, c. 3; 378, c. 6; 81, cc. 8 y 11; 299, c. 4; 460, c. 14 y 375, cc. 15 y 16

202 TC, Rol 799, c. 6

203 TC, Rol 1892, c. 3

En dicho concepto ciertamente debe incluirse al SII. De acuerdo a su ley orgánica., le corresponde *"la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente"*.[204] Dicho servicio *"depende del Ministerio de Hacienda y está constituido por la Dirección Nacional, con sede en la capital de la República, y por las Direcciones Regionales".*[205]

[204] Ley Orgánica del SII, DFL 7, de 1980, art. 1

[205] Ley Orgánica del SII, DFL 7, de 1980, art. 1

CAPITULO SEXTO
PRECEDENTES LEGALES DE TITULARIDAD DE ACCION

Es importante tener presente que, tal como ocurre con la facultad exclusiva del SII en el ámbito de los ilícitos tributarios, existen otros precedentes que han validado también la titularidad del ejercicio de la acción penal. Así ocurre en delitos asociados al ámbito electoral como a ciertos atentados a la libre competencia, los que han sido también expresamente validados por el Tribunal Constitucional, no estimando que contrarían las atribuciones constitucionales del Ministerio Público.

1. Delitos electorales

Tal como ocurre en el caso del SII, de acuerdo a la normativa electoral, las investigaciones por delitos electorales sólo pueden ser iniciada por denuncia o querella del Servicio Electoral.

El artículo 27 quater de la Ley 19.884 señala:

Artículo 27 quáter.- Las investigaciones de los delitos descritos en los artículos 27 bis y 27 ter solo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio Electoral, sin perjuicio del derecho de toda persona de denunciar dichas infracciones ante el mencionado Servicio.
Los juzgados de garantía y los tribunales del juicio oral en lo penal deberán remitir al Consejo Directivo del Servicio Electoral las sentencias firmes y ejecutoriadas que condenen a personas por los delitos previstos en la letra b) del artículo 28 bis de esta ley, en un plazo de cinco días hábiles desde que se encuentren en dicho estado.

Al revisar esta nueva normativa, el TC señaló:

NONAGESIMOSÉPTIMO.- *Que el proyecto controlado establece en su artículo 2°, números 23 y 24, que modifican la Ley N° 19.884, nuevas figuras penales vinculadas al gasto electoral en los artículos 27 bis y 27 ter. Sin embargo, en el numeral 24 de su artículo 2° que agrega el nuevo artículo 27 quáter a la Ley N° 19.884, establece que las investigaciones por estos delitos sólo pueden ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio Electoral. También establece que cualquier persona puede denunciar estos hechos ante el Servicio Electoral.*

La norma, en los términos redactados, podría considerarse que afecta el artículo 83 de la Constitución, en cuanto limita la facultad exclusiva que tiene el Ministerio Público para investigar los hechos

constitutivos de delito, toda vez que no puede realizar ninguna investigación si antes el Servicio Electoral no presente denuncia o querella;

NONAGESIMOCTAVO.- *Que para resolver adecuadamente este asunto, es necesario tener en cuenta lo siguientes criterios interpretativos. En primer lugar, conforme al artículo 83 inciso segundo de la Constitución, hay tres titulares de la acción penal: el Ministerio Público, el ofendido por el delito "y las demás personas que determine la ley". Respecto de la acción penal del Ministerio Público, esta queda sujeta a dos condiciones, conforme lo establece el artículo 1° del artículo 83. Por una parte, que, en su caso, el Ministerio Público la ejerza. Y por la otra, que dicha acción penal está sujeta a "la forma prevista por la ley".*

En segundo lugar, es necesario considerar que el Servicio Electoral, por reforma constitucional de la Ley N° 20.860/2014, pasó a ser un órgano constitucional, autónomo, encargado de "la administración, supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios; del cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; de las normas sobre los partidos políticos, y las demás funciones que señale una ley orgánica constitucional". La exigencia de querella o denuncia previa, se enmarca en esta regulación.

En tercer lugar, de acuerdo al artículo 53 del Código Procesal Penal, la acción penal es pública o privada. La acción pública es ejercida de oficio por el Ministerio Público, siempre que "no esté sometido a regla especial". Sin embargo, existen delitos de acción pública que requieren la denuncia previa de la víctima. A su vez, los fiscales ejercen y sustentan la acción penal pública "en la forma prevista por la ley" (artículo 77 Código Procesal Penal). Asimismo, el artículo 172 del mismo cuerpo legal establece que la investigación de un hecho que reviste caracteres de delito, puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querella;

NONAGESIMONOVENO.- *Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo del reproche. En primer lugar, no hay ningún inconveniente constitucional que la acción penal la pueda ejercer, por querella, el Servicio Electoral, pues la Constitución establece que los titulares de esta son el Ministerio Público, el ofendido por el delito "y las demás personas que determine la ley". Entre estas "demás personas" está el Servicio Electoral, a quien la*

Constitución le entregó personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 94 bis).

En segundo lugar, la acción penal pública que la Constitución le encarga al Ministerio Público, convoca a la ley. El artículo 83 dice que este organismo ejercerá la acción penal "en la forma prevista por la ley". Ello implica que el legislador puede establecer un procedimiento en la materia. Por eso, el artículo 53 del Código Penal señala que la acción penal pública debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, siempre que "se trate de un delito "que no esté sometido a regla especial".

En tercer lugar, el legislador contempla casos en que la acción penal del Ministerio Público está sujeta a la actividad procesal de un tercero. El propio Código Procesal Penal pone un caso con los delitos de acción pública previa instancia particular (artículo 54). Estos requieren la denuncia previa de la víctima. En otro cuerpo legal, el artículo 162 del Código Tributario, establece que las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad, sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio de Impuestos Internos.

Con ese sistema, hay dos delitos de acción pública. Unos que inicia de oficio el Ministerio Público; y otros que requieren de una denuncia o querella de un particular o de un organismo público.

En cuarto lugar, no se limita la facultad investigativa del Ministerio Público, porque esta supone que ya se ejerció la acción penal en la forma prevista por el legislador. Una vez iniciada, los fiscales pueden practicar todas las diligencias que fueran conducentes al éxito de la investigación y dirigir la acción de la policía (artículo 77, Código Procesal Penal). Lo mismo reitera el artículo 180 de dicho cuerpo legal, al establecer que los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos. Pero antes de esta condición, no puede actuar.

En quinto lugar, hay que considerar que, iniciada la acción penal, el Ministerio Público tiene una serie de facultades para detenerla. Así, puede no iniciar la investigación (artículo 168), abandonar la investigación iniciada (artículo 170), lograr la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237), no perseverar

(artículo 248), o no acusar (artículo 248). Si iniciada la investigación la puede detener, el mismo legislador puede condicionar su partida;

CENTÉSIMO.- *Que la razón que el legislador establezca estos trámites previos para que el Ministerio Público inicie la investigación, radica en que pone de cargo de ciertos órganos públicos, actividades de fiscalización que deben ser debidamente coordinadas con las facultades que la Constitución le encarga al Ministerio Público;*

CENTÉSIMO PRIMERO.- *Que no se trata, tampoco, de funciones de fiscalización que no tengan reconocimiento constitucional, tal como la del Ministerio Público. Así, la facultad del Servicio de Impuestos Internos se encuentra reconocida en la potestad del Presidente de la República de "cuidar de la recaudación de las rentas públicas (artículo 32 N° 20). Y la del Servicio Electoral, en el artículo 94 bis, que le encarga al Servicio Electoral la supervigilancia y fiscalización del cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral;*

CENTÉSIMO SEGUNDO.- *Que no consideramos, en consecuencia, que la facultad que entrega el artículo 27 quáter, que se introduce por el proyecto a la Ley N° 19.884, afecte las facultades que el artículo 83 de la Constitución entrega al Ministerio Público. Esta última norma permite la intervención del legislador en la materia, tal como desde la partida lo hizo el Código Procesal Penal.*

Es el legislador el que debe definir. Pero esa es una cuestión de mérito, que no corresponde a estos jueces apreciar o evaluar;[206]

Incluso en la disidencia, se valida expresamente la constitucionalidad de la facultad del Director del SII, al señalar:

"se puede entender la exclusiva facultad que tiene el Servicio de Impuestos Internos, para denunciar o interponer querellas por delitos tributarios, ya que la víctima es el Fisco de Chile, el cual deja de percibir recursos que legítimamente pueden pertenecerle en razón de tributos; lo mismo ocurre respecto a las facultades privativas del Ministro del Interior y Seguridad Pública para iniciar procesos por Ley de Seguridad Interior del Estado mediante las

[206] TC, Rol 2981/2016

querellas correspondientes, y que son los ejemplos citados en el referido informe del alto tribunal".[207]

2. **Delitos que atenten contra la libre competencia**

Por su parte, en materia de libre competencia, el artículo 38, inciso 7° del DL 211 expresa:

"Las investigaciones de los hechos constitutivos de dicho delito sólo serán iniciadas por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal".

El TC, al revisar la normativa modificada sentenció su sujeción a la constitución, en los siguientes términos:

"***TRIGESIMOTERCERO:*** *Que la letra h) del numeral 18 del artículo 1° permanente del proyecto de ley agrega una serie de incisos al artículo 39 bis del D.F.L. N° 1, del 2004, de Economía. El artículo 39 bis tipifica como autor de delito a quien alega la existencia de una conducta antimonopólica, fundado a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos, con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos. El nuevo inciso séptimo que agrega el proyecto establece que las investigaciones de los hechos constitutivos de dicho delito, sólo serán iniciadas por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal;*

TRIGESIMOCUARTO: *Que consideramos que dicho precepto no es orgánico constitucional. En primer lugar, porque regula una facultad propia de la Fiscalía Nacional Económica. Al ser ésta un servicio público (artículo 33, D.F.L. N° 1, 2004, Economía), sus potestades las fija el legislador común (artículo 65, inciso cuarto, N° 2, Constitución). En segundo lugar, conforme al artículo 83 de la Constitución, la acción penal pública la ejerce el Ministerio Público "en la forma prevista por la ley". Cuando la Constitución no califica el tipo de ley, se entiende que es ley simple (STC 260/1997). Ello es consistente con que las materias de procedimiento son materias de ley simple (artículo 63, N° 3, Constitución). En tercer lugar, conforme al artículo 53, la acción pública es ejercida de oficio por el Ministerio Público, siempre que*

[207] Ministros señor Iván Aróstica Maldonado, señora María Luisa Brahm Barril, y señores Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez.

"no esté sometida a regla especial". Finalmente, el artículo 166 del Código Procesal Penal no ha sido considerado por esta Magistratura como propio de ley orgánica constitucional;

TRIGESIMOQUINTO: *Que al ser una materia propia de ley simple, no corresponde a esta Magistratura emitir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de este precepto*
(…)

CUADRAGESIMOPRIMERO: *Que el artículo 64 del D.L. N° 211, que introduce el N° 22 del artículo 1° permanente del proyecto, establece que las investigaciones por los hechos tipificados en el artículo 62 sólo se pueden iniciar por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica. Para que formule esa querella, el precepto establece dos requisitos. Por de pronto, que el acuerdo anticompetitivo haya sido establecido por sentencia definitiva ejecutoriada. Enseguida, debe interponerla a más tardar dentro del plazo de seis meses contado desde que se encuentre ejecutoriada dicha sentencia. La querella es facultativa. Pero necesariamente debe interponerla en aquellos casos en que se trate de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados. En los casos en que es facultativo interponerla, debe emitir una decisión fundada, si decide no interponerla. La norma del proyecto, por otra parte, establece que el hecho de que se pueda iniciar sólo por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, implica que no sea admisible denuncia o cualquier otra querella, ni se aplique lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal;*

CUADRAGESIMOSEGUNDO: *Que tal como lo dijimos respecto de la facultad para perseguir el delito tipificado en el artículo 39 bis, no consideramos que esta facultad de la Fiscalía Nacional Económica sea propia de ley orgánica constitucional, porque regula una facultad propia de la Fiscalía Nacional Económica. Al ser ésta un servicio público (artículo 33, D.F.L. N° 1, 2004, Economía), sus potestades las fija el legislador común (artículo 65, inciso cuarto, N° 2, Constitución). También porque, conforme al artículo 83 de la Constitución, la acción penal pública la ejerce el Ministerio Público "en la forma prevista por la ley". Cuando la Constitución no califica el tipo de ley, se entiende que es ley simple (STC 260/1997). Ello es consistente con que las materias de procedimiento son materias de ley simple (artículo 63, N° 3, Constitución). Además, conforme al artículo 53, la acción pública es ejercida de oficio por el Ministerio Público, siempre que "no esté*

sometida a regla especial". Finalmente, el artículo 166 del Código Procesal Penal no ha sido considerado por esta Magistratura como propio de ley orgánica constitucional;

CUADRAGESIMOTERCERO: *Que en la sentencia 2981/2016, el Tribunal consideró como propio de ley orgánica una facultad semejante que se daba al Servicio Electoral. Sin embargo, lo hizo no por efecto del artículo 84 de la Constitución, que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, sino por efecto del artículo 94 bis, inciso final, que establece que todas las atribuciones del Servicio Electoral serán establecidas por una ley orgánica constitucional. En cambio, en este caso, la facultad de interponer querella por la Fiscalía Nacional Económica, que estableció la letra r) del N° 17 del artículo 1° permanente del proyecto de ley, que modifica el artículo 39 del D.F.L. N° 1, de 2004, de Economía, esta Magistratura ni siquiera la consideró en esta oportunidad como propia de ley orgánica constitucional".* [208]

Como puede observarse, tanto en el ámbito de la libre competencia como en el electoral, se ha entregado la titularidad de las acciones respectivas a ciertos órganos administrativos (Fiscalía Económica y Servicio Electoral, respectivamente), que dada su especialidad técnica, justifican dicha atribución exclusiva.

208 TC, Rol 3130-2016

CAPITULO SEPTIMO

CONCLUSIONES

1. El proyecto de ley presentado por **moción parlamentaria** pretende que la **iniciativa en materia de delitos tributarios sea compartida entre el SII y el Ministerio Público**. De esta manera, se eliminaría el monopolio de la misma que tiene desde 1960 a la fecha el aludido organismo administrativo y técnico fiscalizador.

2. Tal como se señaló, durante la tramitación de la **Ley 19.806**, se **dejó a salvo la atribución del SII, por la especialidad de la materia**. Ello ha sido establecido en atención a las particularidades técnicas de la materia.

3. Igualmente, durante la **reforma constitucional** de 1997 que incorporó el Ministerio Público se reiteró que **se mantenían las atribuciones del propio SII en el ámbito de los delitos tributarios**, señalándose que el ofendido por el delito *"y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal"* (artículo 83, inciso 2° de la Carta Fundamental).

4. La norma legal contenida en el **artículo 162 del Código Tributario** fue estimada **ajustada a la Constitución Política por parte del Tribunal Constitucional**. De esta manera, el TC (Rol 349/2002) estableció que la aludida disposición contenida en el artículo 162 se sujetaba adecuadamente a la Carta Magna, resolución que produce cosa juzgada.

5. En el ámbito procesal penal esta acción se denomina **monopólica en que sólo corresponde su ejercicio a las personas que indique la ley**, siendo esta precisamente la situación de la acción destinada a abrir procesos tributarios. De esta manera, la acción penal tributaria corresponde a aquellos denominados por la doctrina procesal como de **acción pública previa instancia de particular.**

6. Los antecedentes del proyecto primitivo y del Código Tributario nos precisan la opción por esta solución, fundamentalmente por dos razones. La primera es que el **SII es el que tiene el mejor conocimiento para tomar la decisión de iniciar o no un proceso penal**. En tal sentido, debe recordarse que el bien

jurídico protegido es la mejor recaudación tributaria. El organismo llamado a representar al fisco en relación a la fiscalización y cumplimiento de las obligaciones fiscales internas es precisamente el SII.

7. La segunda razón es que se quiere **impedir el abuso que puedan hacer los particulares denunciando acciones tributarias infundadas** contra personas que tienen conflictos con ellos, situación ya conocida en los casos en que dos personas tienen un conflicto típicamente civil pero el actor naturalmente prefiere iniciar una acción penal con las consecuencias que ello lleva en contra del querellado, esto es, someterlo a un proceso criminal en vez de civil.

8. El SII para cumplir su **rol fiscalizador** tiene diversas herramientas que van desde la facilitación y asistencia a los contribuyentes, pasando por la fiscalización y control, terminando y sólo como última medida en la acción penal.

9. De esta forma, la pérdida del ejercicio exclusivo de la acción penal por delitos tributarios significa **afectar severamente las herramientas del SII para fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de la normativa tributaria**.

10. El SII, como órgano que forma parte de la Administración del Estado, respeta los **principios** de competencia, responsabilidad, servicialidad, eficacia, eficiencia, coordinación, actuación de oficio, impugnabilidad, control, probidad, transparencia, publicidad, escrituración, gratuidad, contradictoriedad, imparcialidad, inexcusabilidad y conclusivo.

11. La potestad sancionadora del SII debe ejercerse respetando los **principios penales, con matices, como emanación propia del ius puniendi estatal**, tal como reiteradamente lo ha fallado el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y dictámenes de la Contraloría General de la República.

12. De esta manera, la sanción penal corresponde a una **medida de "ultima ratio"**, no debiendo emplearse frente a cualquier hecho ilícito que ocurra, sino solo para hipótesis de mayor gravedad y trascendencia social.

13. Como consecuencia de lo anterior, su **actuación debe ser ejercida de manera fundada y respetando las garantías de un justo y racional proceso**, razón por la cual ello debe ser aprobado o impugnado judicialmente, en este caso, por resolución de los Tribunales Tributarios y Aduaneros. Así lo ha reiterado recientemente la propia Contraloría General de la República. De esta forma, en cierto sentido, el SII no impone directamente ninguna sanción, sino que ésta debe ser finalmente aplicada por los tribunales de justicia, instancia en la que se validará la actuación del ente administrativo fiscalizador, resguardándose debidamente así los derechos de los contribuyentes.

14. De acuerdo a la práctica legal y a las circulares dictadas al efecto, el ejercicio de la facultad privativa que le otorga el artículo 162 del Código Tributario al SII para accionar penalmente, debe efectuarse sobre la base de **criterios graves de ultima ratio**, como son la gravedad de las irregularidades detectadas, a reiteración en la comisión de los delitos, el uso de asesoría tributaria para llevar a cabo el delito, el efecto ejemplarizador o pedagógico en otros contribuyentes, el perjuicio fiscal, la calidad y suficiencia de la prueba reunida en el proceso de recopilación de antecedentes y la factibilidad de obtener una condena.

15. De haber dos órganos con capacidad de ejercer la acción penal por delitos tributarios, existiría un **riesgo enorme de vulneración al principio de igualdad**, considerando -por una parte- que cuando los hechos hayan sido analizados por el SII, y en el evento de que se estime que se ha acreditado la concurrencia de hechos constitutivos de delito tributarios, se presentará la opción de que se ejerza la acción penal o bien que se opte por la aplicación de la sanción pecuniaria a través de los Tribunales Tributarios y Aduaneros.

16. Así las cosas la persecución de este tipo de delitos, por su complejidad, amerita un **análisis técnico**, lo cual sustenta la exclusividad de la titularidad del ejercicio de la acción penal en el Director del SII, condiciéndose además con el rol de la Administración Tributaria, en cuanto el procedimiento de recopilación de antecedentes, es de naturaleza administrativa y se realiza por profesionales con alto conocimiento y especialización en auditorías tributarias.

    Resulta evidente que el carácter especial del delito tributario está dado por: a) el **aspecto eminentemente técnico del delito**, lo

que requiere de un órgano igualmente capacitado para la recopilación de antecedentes y ejercicio de la acción; b) el **bien jurídico protegido** (patrimonio fiscal), que en conjunto con la finalidad del SII (fiscalizar el cumplimiento tributario y, por tanto, la recaudación), permite sostener que es éste el órgano especializado para ejercer la acción toda vez que vela -como fin- por una mayor recaudación, y; c) **el llamado a representar al fisco en esta materia es del SII** y, por tanto, al tener el carácter de "ofendido" por el delito debe disponer de las alternativas señaladas en la ley.

17. La titularidad de la acción del SII no solamente se ajusta a la Carta Fundamental sino que es consistente con lo que ocurre en otras **materias técnicas y especializadas**, como por ejemplo, en el ámbito **electoral** y de **libre competencia**, las que también han sido revisadas por el TC. Incluso, los votos disidentes también han validado tal titularidad de la acción por parte del SII.

18. El proyecto de ley que motiva el presente informe corresponde a una materia que evidentemente es de **iniciativa exclusiva del Presidente de la República**, al incidir en las **atribuciones de un órgano de la administración del Estado, como es precisamente el SII**. Ello contraviene una reiterada jurisprudencia del TC, que ha recordado que se trata de normativa de antigua data constitucional, ya desde la Carta de 1925, asociado a materias de administración y finanzas públicas, respecto de las cuales está vedado que se inicien por moción parlamentaria.

19. Respecto a las indicaciones que sufriera el Proyecto original, durante su tramitación, contenidas en el Informe N° 2 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de la Cámara de Diputados, donde se incorporan al artículo 162, elementos a nivel normativo de algunos de los criterios históricos que han inspirado el ejercicio de la acción penal, esto implicaría modificar la atribución de un órgano del Estado al pasar de una facultad discrecional a una facultad reglada; y, a su vez, se crea un nuevo artículo 162 bis, mediante el cual se pretende otorgar la facultar de inicio de la acción penal de los delitos tributarios, al Ministerio Público. Estas incorporaciones realizadas al proyecto **mantienen los vicios de constitucionalidad** ya denunciados en el cuerpo del presente Informe.

20. Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de su aprobación, sin duda nos encontramos doblemente frente a una que tiene el carácter de **ley orgánica constitucional** por referirse específicamente a las **atribuciones del Ministerio Público** -como en su momento lo calificó la propia Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados- a la vez que también se vincula con la **organización administrativa del Estado**, tal como se desprende de la numerosa jurisprudencia citada en el presente informe. De esta forma, deberá ser aprobada por los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, debiendo ser revisado obligatoriamente por el TC (artículo 93 N° 1 dela CPR).

21. Por último, al haberse efectuado una **reserva de constitucionalidad** durante la tramitación, será el propio TC el que deberá revisar este punto previamente, ya sea a través su control obligatorio como ley orgánica constitucional (artículo 93 N° 1) o, en su caso, por requerimiento presentado por el Presidente de la República o por un cuarto de alguna de las Cámaras (artículo 93 N° 3).

Juan Colombo Campbell
Profesor Titular
Derecho Procesal Constitucional
Universidad de Chile

Enrique Navarro Beltrán
Profesor Titular
Derecho Constitucional
Universidad de Chile