

Santiago, ocho de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos y oídos los intervinientes,

Se reproduce la sentencia apelada, previo reemplazo de la forma verbal “había” por “habían”; la eliminación de la preposición “a” seguida al vocablo “enviadas” y la incorporación del nombre de doña Verónica Nieto Infante, todo ello en el primer apartado del numeral 6º; y la supresión en el primer párrafo del motivo 11º de la voz “que” escrita entre las palabras “delito” y “por”.

Y se tiene además presente:

1º) Que la igualdad ante la ley constituye uno de los pilares esenciales del Estado democrático. Dicho principio fundamental fluye del ordenamiento general expresado en el artículo 14 del Código Civil y del artículo 5º del Código Penal que, en similares términos, prescriben que *la ley –penal chilena, precisa el cuerpo punitivo- es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros*. Del mismo modo, se encuentra garantizada en el capítulo III de la Carta Fundamental, en su artículo 19 N°2.

El fuero parlamentario no opera, por lo tanto, como una excepción a la directriz y derecho a la igualdad ante la ley, sino que atendidas las especiales funciones que cumplen senadores y diputados, así como la representación de la soberanía nacional que tienen asignada, amerita de un procedimiento especial y previo estatuido para habilitar el avance en la persecución penal en su contra.

2º) Que el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental dispone que *ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema*.

El fuero es, entonces, la garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes -valores esenciales del estado de Derecho- y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular (Rol N° 478-2006 del Tribunal Constitucional).

3º) Que el desafuero se comporta como un ante juicio, cuya naturaleza jurídica no varió con motivo de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal,

puesto que bajo las normas establecidas en el Título IV del Libro IV de ese cuerpo legal, siempre habrá que ocurrir ante la Corte de Apelaciones correspondiente con el objeto que, si hallare mérito, declare que ha lugar a la formación de la causa, según lo prescrito en el artículo 416 de dicho Código (sentencias de la Corte Suprema recaídas en los Roles N° 2321-2006, 3337-2006 y 6478-2007).

4º) Que según se desprende de la discusión parlamentaria relativa al procedimiento de desafuero, en especial en lo relativo al concepto de la frase “ha lugar a la formación de la causa”, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado consignó que “estuvimos de acuerdo en que, en el nuevo procedimiento penal, la formación de la causa equivale a la acusación que formule el ministerio público (Segundo Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, segundo trámite constitucional). “Si el fiscal considera, una vez cerrada la investigación, que de los antecedentes surge mérito para acusar, deberá recabar de la Corte de Apelaciones la declaración previa a la que alude a la Constitución Política” (Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, tercer trámite constitucional).

“La expresión ‘formación de causa’ utilizada en la norma constitucional decía relación con el sometimiento a proceso, porque la causa se produce a partir del momento en que el inculcado adquiere la condición de parte y se entienden con él las actuaciones del juicio. Lo señalado se ve categóricamente confirmado por las opiniones vertidas por los miembros de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en sesión número 293, quienes uniformemente estimaron que la expresión ‘formar causa’ aludía a los requisitos del procesamiento. Con posterioridad, la modificación constitucional contenida en la Ley N° 20.050 persiguió adecuar la normativa al nuevo sistema de enjuiciamiento penal consagrado en el Código Procesal Penal, estimándose que la referencia actualmente debe entenderse efectuada a la acusación, al haber desaparecido la institución del auto de procesamiento” (Maturana M., Cristián y Montero L., Raúl. Derecho Procesal Penal Tomo II. Legal Publishing, 2010, págs. 1161 y 1162).

Asimismo, es pertinente recordar que la historia fidedigna del establecimiento del artículo 416 del Código Procesal Penal da cuenta de que procede entender esa frase “en el sentido de que deben existir, además de

elementos formales, antecedentes serios que permitan suponer que al aforado le hubiere cabido algún grado de participación en los mismos” (en los hechos) (Pfeffer U., Emilio, Código Procesal Penal Anotado y Concordado, página 403).

5º) Que en relación al estándar de convicción para hacer lugar al desafuero se debe atender a la modificación, ya citada en el motivo cuarto, introducida por la Ley N° 20.050 a distintos preceptos de la Carta Fundamental, con el objeto de adecuarlos al nuevo procedimiento penal. En lo que interesa al análisis, se incorporó en el inciso segundo del actual artículo 61 de la Constitución Política del Estado, la palabra “acusado” en lugar de “procesado”.

En el Mensaje del Ejecutivo en el Proyecto de Ley sobre Código Procesal Penal se expresa: *“la formulación de cargos debiera constituirse en un adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniendo de éste el contenido de garantía, en cuanto permite al afectado conocer la imputación y facilita su defensa y en cuanto limita el ámbito de la persecución y de la eventual acusación a los cargos formalmente planteados, impidiendo que se sorprenda al imputado; pero mitigando todos los elementos negativos del sistema vigente (...)”*.

La calificación de la procedencia de la acusación y la declaración sobre haber lugar a la formación de causa, que es su consecuencia, no importan una disminución de los requisitos para autorizarla, toda vez que la sustitución de la voz “procesado” por “acusado” no tiene otro entendimiento que incorporar constitucionalmente un concepto propio del nuevo procedimiento penal, excluyendo aquel que deja de tener vigencia (Rol N° 529-2006 del Tribunal Constitucional).

6º) Que, por consiguiente, el levantamiento del fuero parlamentario como viene declarado en la especie, no debe entenderse equiparable a una decisión sobre el fondo del asunto, vale decir concerniente a la comprobación acabada del delito en toda su estructura y de la atribución de responsabilidad al imputado, sino la declaración de existir antecedentes suficientes para dar lugar a la formación de causa en contra del aforado. Cabe, por lo tanto, descartar en esta sede el análisis que conduzca a determinaciones que pudieren importar un prejuzgamiento de aquello que tendrá que ventilarse en el juicio correspondiente.

7º) Que en estos autos la solicitud de desafuero presentada por el Ministerio Público y acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago en la resolución que se revisa, lo ha sido para acusar y posibilitar la solicitud de

medidas cautelares respecto al H. Senador Iván Moreira Barros, por su eventual responsabilidad penal en la comisión del delito previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4, inciso final, del Código Tributario.

La norma antes referida preceptúa: *El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 unidades tributarias anuales.*

8º) Que en su recurso de apelación la defensa del senador señor Moreira Barros aduce –en síntesis- que el Ministerio Público no ha aportado antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga, pues no los ha ofrecido para acreditar la existencia de una obligación de identificar a la persona receptora del servicio prestado en toda boleta de honorarios, soslayando la posibilidad que reconoce la ley electoral para que terceros paguen los gastos electorales y el reconocimiento por el ordenamiento civil de la institución del pago por subrogación. Agrega que la Fiscalía tampoco ha ofrecido antecedentes para acreditar un supuesto propósito del senador de posibilitar a las empresas del “Grupo Penta” la comisión de algún delito descrito en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario.

El recurrente sostiene que no hay antecedente alguno que permita afirmar que las boletas facilitadas por el señor Moreira sean falsas, ni que la conducta de facilitación se haya realizado para cometer o posibilitar la comisión de los delitos sancionados en el N° 4 del artículo 97 del citado Código, más aún cuando la evidencia aportada corrobora que aquellas fueron proporcionadas para obtener financiamiento para su campaña electoral

Señala que la sentencia apelada omite toda consideración a la faz subjetiva del tipo penal, máxime cuando no hay en la solicitud de la Fiscalía antecedentes que permitan sostener que las boletas fueron entregadas para posibilitar la comisión ulterior de delitos tributarios. En el presente caso –dice quien recurre- no concurre el elemento intencional, razón por la cual la conducta queda impune si no hay otro tipo penal que la castigue sin esos elementos.

9º) Que, como se ve, las principales alegaciones y argumentos esgrimidos por el apelante exorbitan el patrón de convicción que sirve de rasero mínimo en esta fase previa, puesto que, principalmente, giran en torno a aspectos

concernientes a la prueba de la efectiva prestación de los servicios por parte de los emisores de las boletas cuestionadas, la categorización del dolo requerido por el tipo penal específico y la incidencia en el elemento subjetivo exigido por la norma, derivada del móvil de financiamiento de la campaña electoral parlamentaria.

En esta sede, con el mérito de lo anotado en los motivos 6º y 11º de la resolución que se examina, queda de manifiesto la presencia de antecedentes serios y graves que hacen plausible la configuración del delito atribuido y permiten presumir fundadamente la intervención del imputado en el mismo, comprensiva –a lo menos- del conocimiento del hecho típico y la voluntad de su realización. En otras palabras, los hechos hasta ahora comprobados y/o aceptados por el indagado llevan a descartar que la conducta que se le atribuye sea jurídicamente irrelevante bajo el prisma penal y ajena a la figura típica que sustentó la formalización y ha sido invocada en la solicitud del desafuero.

Lo anterior, es sin perjuicio de una futura definición acerca de la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto de rango superior, que permita vincular la conducta objetiva a su antijuridicidad, así como su eventual dependencia de la finalidad perseguida por el agente.

10º) Que por lo expresado en los párrafos precedentes, no queda sino concluir que la resolución en alzada resulta ajustada a los parámetros del convencimiento preliminar requerido en esta etapa condicionante de la prosecución del proceso penal incoado en contra de un senador de la República, prevista como un requisito anidado en la garantía del debido proceso legal.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 61 de la Constitución Política de la República y 416 del Código Procesal Penal, **se confirma** la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de tres de julio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 164 y siguientes, rectificada con fecha treinta y uno de julio pasado a fojas 212, en cuanto hace lugar a la formación de causa en contra del senador señor Iván Moreira Barros, con declaración que ello es respecto del delito previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4, inciso final, del Código Tributario.

Se previene que el Ministro señor Muñoz tiene presente además para concurrir al fallo que, en su concepto, el elemento subjetivo del tipo *maliciosamente* aparece evidentemente acreditado por dos aspectos: el primero de ellos, dado que el límite de las donaciones para las campañas políticas

estaba definido por el legislador y el no consignarlo en estos términos permitía sobrepasar el monto de tales donaciones sin reflejar ese hecho, y en segundo lugar, con igual maniobra se obtiene el aumento del gasto necesario para producir renta por un servicio inexistente para el contribuyente que lo está declarando y por esa vía rebajar la base imponible para los efectos del impuesto de primera categoría, todo lo cual, ciertamente, satisface los presupuestos para los efectos del desafuero acogido en el caso de autos.

Acordada con el **voto en contra** del Presidente señor Dolmestch y los Ministros señores Carreño, Künsemüller, señora Egnem, señores Cisternas, y Valderrama, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada y negar lugar al desafuero, concordando con la opinión dejada en la disidencia de los ministros señores Silva y Crisosto, toda vez que, a su juicio, no surge de los antecedentes reunidos prueba suficiente que permita tener por concurrente en la conducta del imputado el dolo directo de lesionar el patrimonio fiscal, objeto jurídico de la tutela penal contemplada en el tipo delictivo, que requiere esa intención.

La Ministra señora Egnem funda su parecer teniendo particularmente en consideración que, en este caso en específico, de la totalidad de los elementos de que se ha hecho mención en estrados no es posible en modo alguno extraer que el direccionamiento de la voluntad del Senador Iván Moreira Barros hubiere estado orientado a alcanzar un fin distinto a aquel relativo al financiamiento de su campaña política. Lo expresado se confirma y reafirma –entre otros antecedentes como el relativo a las personas con las que se relacionó, ligadas todas a su campaña-, con el acotado periodo de tiempo –previo a la campaña, y término de las elecciones-, en el que se verificaron los hechos que explicita el Ministerio Público, con lo que no resulta configurado el elemento esencial del tipo penal que le es atribuido, esto es, el previsto en el inciso final del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Aránguiz, quien estuvo por revocar la decisión en alzada y negar lugar al desafuero del Senador señor Moreira, además de las razones expresadas en el voto particular de los Ministros señores Silva y Crisosto, por los siguientes fundamentos:

1) El desafuero constituye un antejudio de probabilidad, por el cual se priva a un parlamentario de la protección constitucional que la carta fundamental le otorga, a fin de hacer efectiva su responsabilidad penal en un hecho ilícito predeterminado. El “antejuicio de probabilidad” tiene como objetivo esencial

sopesar la posibilidad concreta de procesar y someter a juicio al parlamentario, porque, en otro caso, si la proyección resulta nula o débil, no resulta sensato conceder una autorización que por su naturaleza tensiona gravemente el sistema institucional de la República e interfiere incluso con los delicados quórum congresales.

2) Que, entonces, no se trata solamente de pesquisar algunos trazos de factibilidad de la infracción atribuible –como parecen entenderlo algunos, tanto al interior, como en estrados-, sino que de conseguir a través de los antecedentes probatorios reales y efectivos que se proporcionen, el convencimiento mínimo sobre el éxito eventual de la persecución penal.

3) Que en este caso, dicha convicción elemental no puede obtenerse, porque el delito no existe y menos la participación atribuida, al menos desde la formulación realizada por el Ministerio Público y el Servicio de Impuestos Internos, que constituyen el marco de congruencia que debe limitar el razonamiento necesario al respecto.

En efecto, como ya se ha asentado en la sentencia examinada, el ilícito atribuido es uno de carácter tributario (artículo 97 N°4 del Código Tributario), lo que nos introduce en un marco penal especial, si se recuerda además que delito tributario es “la violación de la relación jurídica tributaria para la cual está establecida una de las penas previstas en el Código Penal” (Giuseppe Spinelli). En el ámbito tributario “el objeto material es el deber u obligación tributaria sobre la cual recae, bajo la forma de violación, la actividad del agente (Pedro Massone Parodi). El bien jurídico protegido no es otro que la integridad del patrimonio fiscal.

De esta forma, resulta ineluctable, que en este marco especial prima un dolo específico que –aun cuando la figura no lo exigiera y en este caso lo exige- redundaría en que su objeto esencial debe ser burlar una carga tributaria. Así lo señala el precitado artículo, que pena las “declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior”.

4) Que los hechos constitutivos de tal figura, según la formulación de los entes persecutores, serían, en este caso, la solicitud dirigida por parte del parlamentario a unas empresas relacionadas ajenas a él, para cooperar en su campaña política a través de aportes económicos; y que esas empresas pidieran se justificaran por medio de boletas de terceros que consignaron servicios que resultan dudosos en cuanto a su efectiva prestación (factor al que se le atribuye

por los persecutores una importancia tal que hacen radicar en éste la falsedad, la que llaman "ideológica", para encauzarla dentro de los calificativos de las falsificaciones propiamente tales).

5) Que de este modo, es posible advertir, desde luego, la absoluta falta de malicia tributaria de parte del parlamentario en cuestión, quien en verdad y a la luz de la propia versión de sus persecutores, sólo perseguía con su actuación allegarse fondos para su campaña política; pero también la de las empresas involucradas, que a través de sus acciones sólo perseguían acceder a la solicitud de aportes al citado candidato, sin tener en cuenta –está visto- como eje fundamental de su accionar el dolo que se les atribuye, atendida la cuantía mínima de rebaja de su impuesto que les podía significar.

6) Que, así, sostener que el supuesto delito denunciado y sujeto a querrela fuese cierto y posible, conduciría a afirmar que el parlamentario quiso vulnerar y tuvo como objetivo de su acción, rebajar la carga tributaria de unas empresas ajenas a él, a través de una petición de dineros; y que a su vez esas empresas quisieron ocupar una rebaja tributaria injusta por medio de las boletas que daban cuenta de la entrega de dinero, aunque eso le costara el desembolso de sumas varias veces mayor.

Por eso, que las boletas dieran cuenta real o ficta de servicios de otros terceros, casi siempre relacionados cercanamente con el parlamentario, no tiene la implicancia pretendida por los persecutores: sólo representan un modo de justificación del dinero, sobre cuya base se pagó –nadie lo pone en duda- el impuesto provisional correspondiente, y cuyo genuino error es haberlas empleado para rebajar la base imponible de las empresas, error que puede ser corregido por la vía administrativa –y, aún, sancionatoria- como suele hacerlo el Servicio de Impuestos Internos cotidianamente, reservando la órbita penal para las verdaderas y claras infracciones contempladas en el código. Sólo así puede comprenderse por qué este Servicio se ha querellado en pocos casos y dejado para el resorte administrativo otros absolutamente análogos y actuales, en el que también aparecen comprometidos parlamentarios y otras altas autoridades políticas.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro señor Arturo Prado Puga, quien fue del parecer de rechazar la solicitud de desafuero y por consiguiente denegar la declaración de formación de causa en contra del H. Senador don Iván Moreira Barros, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 416 del

Código Procesal Penal, además de las razones expresadas en el voto particular de los Ministros señores Silva y Crisosto, por los siguientes razonamientos:

1.- Que en la especie, el supuesto enjuiciado recae -sobre la parte que determina penalizar la conducta del imputado- en la búsqueda de financiamiento destinada a llevar adelante la campaña electoral que lo llevó a perseverar en la función parlamentaria que venía ejerciendo en el Congreso de la República. Por lo tanto, ninguna duda existe que en la voluntad del encartado haya podido concurrir un comportamiento adicional, revelador de una supuesta malicia objetiva que el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, exige como presupuesto de existencia de la conducta típica, encaminada a establecer el tipo punible, ya que el resultado concreto e inmediato se agotaba, de acuerdo al tenor de las declaraciones transcritas en la petición de desafuero, en reunir los fondos destinados –por encima de los aportes regulares– a pagar los gastos electorales desde las primarias hasta la elección. Por esta razón temporal, ninguna implicancia puede desprenderse - más bien se excluye- de un hipotético ánimo defraudatorio destinado a disminuir, mediante engaño, la base imponible y consecuentemente, el monto del impuesto a declarar o a pagar por parte del receptor de las boletas, hecho que guarda congruencia con la circunstancia fáctica de las nueve boletas de honorarios profesionales por un total de \$38.888.890.- que se les atribuye la circunstancia de ser calificadas como “ideológicamente falsas”, o como se ha señalado en materia de facturas, “la materialidad del documento no está adulterada, pero las operaciones que en ella se consignan son mentirosas o inexistentes” (Circular N° 60) o “que deje constancia de cosas falsas o mentirosas, siendo las formas usadas aparentemente reales o auténticas” (Circular N° 93). Lo anterior no obsta a que fueron abonadas por el contribuyente y efectivamente, enterados los impuestos correspondientes que pesa sobre ellas. Dichos documentos fueron emitidos y despachados por personas reales que según se ha reconocido en estrados, trabajaban en el comando electoral del citado candidato. Las referidas boletas fueron abonadas directamente por el receptor a través de su apoderado que actuaba para estos efectos como un verdadero *alter ego* de los controladores del Grupo de empresas Penta, en su mayoría, sin la intermediación directa y presencial del señor Moreira. Así se desprende con toda nitidez al tenor de las declaraciones que colaciona el Ministerio Público; tanto las referidas al apoderado de Empresas Penta S.A, Inversiones Penta III Limitada, e Inversiones

Banpenta II Limitada, señor Hugo Bravo, como al propio señor Ivan Moreira, según se consigna en el intercambio de correos electrónicos, de todo lo cual se concluye que no concurre en quienes aparecen como emisores de las boletas de honorarios la conducta típica que autoriza subsumir estos hechos en la figura de un ilícito tributario, conforme al principio constitucional de legalidad, olvidando que la naturaleza jurídica del *ius puniendi*, y especialmente el que se ha denominado Derecho Penal Tributario en su más amplia expresión, es la de ser una salida de *última ratio legis*.

2.- La falta de convergencia entre el hecho o la actividad, -desglosada en acción, tipo, justificación y culpabilidad- que se le atribuye al imputado y las conductas desplegadas para servir como medio idóneo para un comportamiento típico, antijurídico y culpable del H. Senador Moreira, nos llevan a concluir que no existe la causalidad adecuada que permita vincular dicha conducta con el tipo penal que es su consecuencia, inconciliable con una interpretación amplia de la norma que contraviene el sistema establecido en el orden penal. En esta dirección se ha fallado que “las leyes punitivas son de derecho estricto y su aplicación no puede ser extendida a otros casos diversos de aquellos expresamente contemplados por el legislador” (Corte Suprema 27 de mayo de 1952, Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo XLIX, segunda parte, sección cuarta página 185), exigiendo por lo tanto para proceder en contra del H. Senador Moreira, que el Ministerio Público acredite haber transgredido la norma con intención subjetiva y maliciosa, conociendo directamente y sin diluciones, las consecuencias y las implicancias de su conducta específica, lo que en la especie no se ha acreditado más allá de la obtención indubitada del Senador Moreira Barros de obtener financiamiento para su campaña electoral. A juicio del disidente no resulta suficiente incluir la figura analizada en la presunción general de voluntariedad establecida en el artículo 1° del Código Penal, al exigirse que su actuar posibilite la comisión específica de un delito determinado, como es el que establece el referido artículo 97, numeral 4, relativo a la facilitación de boletas con un fin determinado. En esta misma dirección de clara exigencia volitiva y de resultado específico, el artículo 160 de la Ley General de Bancos establece que: “El que obtuviere créditos de instituciones de crédito, públicas o privadas, suministrando o proporcionando datos falsos o maliciosamente incompletos acerca de su identidad, actividades o estados de situación o patrimonio, ocasionando perjuicios a la institución, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio

a *máximo*”, con lo cual queda en evidencia la exigencia de una causalidad eficaz entre el dolo del agente y comportamiento preciso que se describe en el uso reiterado de adverbios que reflejan los subterfugios, maniobras o artimañas encaminados a un resultado lesivo lo que se agrega a un perjuicio concreto cual es la obtención maliciosa y con pleno conocimiento de créditos en instituciones financieras.

Según se ha fallado el carácter “malicioso” de una conducta se relaciona con un actuar “queriendo, sabiendo y conociendo los resultados de su actuar (Corte Suprema, Roles N° 1446-2015; y N° 3364-2015) todo lo cual exige deliberación, maquinación dolosa, dolo directo y resultado dañoso (José Cerezo Mir, “Curso de Derecho Penal Español. Parte General”. Teoría Jurídica del Delito, Tomo II. 6ª ed. Editorial Teknos Madrid, 1999) como elemento objetivo del tipo, lo que en materia impositiva se reconduce a la concurrencia de una acción particular predeterminada que afecte a una obligación tributaria.

3.- Por esta misma razón, el disidente es de la opinión que no se cumple el estándar inexcusable **de mérito** y las evidencias de “**seriedad y gravedad**” que, con justificada razón, exige el inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal en este antejuicio destinado nada menos que a la apertura de una causa contra un Parlamentario. Dicha fórmula de “**hallar mérito**” y su constatación que autoriza la declaración de desafuero exige como mínimo “*que de los antecedentes entregados por el querellante surjan evidencias serias y graves de haberse configurado el delito atribuido y ello supone, también, como exigencia mínima, que se haya ejecutado la acción descrita por el tipo*” (Corte Suprema Rol N° 1467-2013). En esta misma dirección se pronuncia esta Corte al señalar “*Que tal examen involucra necesariamente establecer si la imputación satisface, en los términos en que el Ministerio Público la concibe y somete al pronunciamiento jurisdiccional, los requisitos que al efecto establece el tipo penal. Entonces, el análisis de mérito que este Tribunal está llamado a efectuar a fin de declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de la querrela se refiere, en rigor, a la tipicidad, lo que lleva a encuadrar la conducta que se reprueba en el precepto que la describa con la mayor precisión*” (Corte Suprema Rol N° 4116-2016). En esta misma dirección el artículo 306 del antiguo Código de Procedimiento Penal, en materia de recurso de amparo, recogía la misma fórmula para determinar la orden de libertad del encartado dejando sin efecto la orden arraigo, detención o prisión, cuando esta era expedida “sin que haya mérito o antecedentes que lo

justifiquen, sea que dicha orden se haya ejecutado o no”. Por lo tanto el examen de mérito destinado a preservar la libertad de un individuo se aplica en este caso para preservar la libertad y la función parlamentaria, desterrando todo intento de neutralizarla o desdibujarla a través de estos procedimientos.

4.- Que en concepto del disidente, al no concurrir el injusto típico que se persigue a través de la mera facilitación de boletas con el exclusivo y delimitado propósito que obtener el pago de gastos de una campaña electoral, por sobre los aportes regulares, esto es sin ninguna otra finalidad adicional, estamos delante de un acto cuyo reproche se debe sancionar por otra vía en cuanto ello consiste en el incumplimiento de una obligación patrimonial legalmente establecida, consistente en rebajar de forma artificial de la base imponible sobre el cual se aplica la tasa del impuesto para determinar el monto de la obligación tributaria y de la carga impositiva que inflige un daño económico al acreedor tributario, esto es al Fisco, criminalizando conductas que consideradas en sí mismas, bien podrían estimarse simples contravenciones reparables o perseguibles por la vía de los procedimientos ordinarios de impugnación del gasto o reembolso rechazado y liquidación de los tributos adeudados por las empresas PENTA receptora de las boletas como parte de la renta líquida imponible.

5.- Por último, el disidente estima necesario hacer presente que la querrela interpuesta por el Director (S) del Servicio de Impuestos Internos en contra del H. Senador Moreira, fue presentada el día 19 de junio de 2015, en circunstancia que la formalización del Ministerio Público se llevó a cabo recién el día 22 de junio de 2015, por una investigación iniciada con mucha anterioridad a raíz de las pesquisas relacionadas con la denuncia de boletas ideológicamente falsas realizada por el Servicio de Impuestos Internos en contra empresas PENTA. Por esta razón la Fiscalía no podía iniciar y dirigir una investigación por delitos tributarios sancionados con penas privativas de libertad de forma autónoma, sin que para ello existiera planteada e iniciada una denuncia o querrela criminal interpuesta de forma previa por el Servicio de Impuestos Internos como órgano fiscalizador, elemento de subordinación indispensable para poder deducir dicha acción penal, de conformidad a lo establecido en el artículo 162 del Código

Tributario, que –empleando para ello el adverbio “solo”- prescribe sin mayores ambigüedades en su texto, que únicamente el Servicio de Impuestos Internos tiene la competencia para iniciar una investigación preliminar por delitos

tributarios. Al respecto cabe agregar que el actual artículo 162 contiene una dicción similar al primitivo artículo 162 contemplado en el Decreto Ley 830, publicado en el Diario Oficial del 31 de diciembre del año 1974, lo que confirma la pervivencia de un sistema que ha subsistido con idéntica factura por largos años todo lo cual limita el ejercicio de la acción penal tributaria a la previa y perceptiva interposición de una denuncia o querrela enderezada por el Servicio de Impuestos Internos en la forma que establece la ley procesal penal, sistema que, por lo demás, se encuadra y se ajusta al régimen establecido en el mencionado inciso primero del artículo 162 del Código Impositivo.

Redacción a cargo de la Ministra señora Muñoz y de los votos en contra sus autores.

Regístrese y devuélvase.

N° 38488-2017.-

Sr. Dolmestch

Sr. Juica

Sr. Muñoz

Sr. Carreño

Sr. Künsemüller

N° 38488-2017.-

Sr. Brito

Sr. Silva

Sra. Maggi

Sra. Egnem

Sr. Fuentes

Sr. Cisternas

Sr. Blanco

Sr. Aránguiz

Sra. Muñoz

Sr. Valderrama

Sr. Dahm

Sr. Prado

N° 38488-2017.-

Pronunciado por el Tribunal Pleno de la Excelentísima Corte Suprema integrada por los Ministros señores Hugo Dolmestch U., Milton Juica A., Sergio Muñoz G.,

Héctor Carreño S., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Guillermo Silva G., Sras. Rosa María Maggi D., y Rosa Egnem S., Sres. Juan Fuentes B., Lamberto Cisternas R., Ricardo Blanco H., Carlos Aránguiz Z., Sra., Andrea Muñoz S., Sres. Manuel Valderrama R., Jorge Dahm O. y Arturo Prado P.

No firman los Señores Ministros Juica, Muñoz, Brito, Cisternas, Blanco y Señor Dahm, sin perjuicio de concurrir a la vista de la causa. Santiago, ocho de noviembre de dos mil diecisiete.

Autoriza el Ministro de fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a ocho de noviembre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.