

Exposición audiencia Convención Constitucional

I.- Presentación personal:

Cristian Vargas, abogado, magister en derecho económico U. Chile, profesor de derecho tributario, ex Subdirector Jurídico del Servicio de Impuestos Internos.

Fui funcionario del SII por lapso de 20 años, ocupando diversos cargos en la institución, como abogado, jefe de departamento jurídico regional, jefe del departamento de técnica tributaria de la Dirección Nacional del Servicio, y en el último periodo, Subdirector Jurídico del organismo, hasta mediados del 2015.

II.- Puntos de la presentación:

1. Situación del SII respecto a la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones
2. Planteamientos para garantizar constitucionalmente la autonomía e independencia del SII como organismo fiscalizador.
3. Propuesta respecto al ejercicio de la acción penal en casos de delitos tributarios.

1. Situación del SII respecto a la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones

Como es sabido, en el año 2015 hubo una flagrante intervención política en el Servicio de Impuestos Internos. Su dirección nacional, de la que formé parte, fue descabezada por el gobierno de turno, acción que puede leerse como una represalia por haber ejercido la acción penal en los denominados casos Penta y SQM, y no someterse a las presiones para que el Servicio no siguiera actuando en forma independiente y autónoma de las presiones políticas. A continuación lo que vino fue la implementación de una estrategia de impunidad para los casos de delitos tributarios relacionados con el financiamiento ilícito de la política. Se echó a andar una máquina para tapar las situaciones irregulares, nombrándose en el SII a un director funcional a esa estrategia. Entonces el SII se abstuvo de presentar denunciar o querrelas en muchos de esos casos, o las presentó solo respecto de algunas personas, en forma arbitraria, sin posibilitar a la fiscalía la investigación en contra de quien resultara responsable de los ilícitos.

La intervención alcanzó también a la fiscalía, nombrando a un Fiscal Nacional afín a la estrategia de impunidad, marginando de los casos que alcanzaron a iniciarse a los fiscales que tenían voluntad de investigar. Se impuso un perdón general para los que cometieron esos hechos tan graves, una autoamnistía de hecho.

La decisión de no perseverar en la investigación comunicada por el Ministerio Público en muchos de esos casos, es la culminación de una estrategia de impunidad respecto del financiamiento ilícito de la política, en la que el fiscal nacional adujo en su decisión que el SII no había ejercido la acción penal.

Hubo una acción concertada, políticamente transversal, para evitar que se investigaran por la fiscalía y los tribunales, hechos irregulares en que estaban involucradas personas poderosas,

y eso es un atentado a la igualdad ante la ley y el Estado de Derecho. Con estas acciones la República es vulnerada.

La situación evidenció la realidad de una precaria autonomía e independencia en el ejercicio de las funciones fiscalizadoras del SII, razón por la que se hace imperativo considerar una garantía constitucional que las fortalezca.

2. Garantía constitucional de la autonomía e independencia del SII en el ejercicio de sus funciones

Para garantizar la autonomía e independencia del SII como organismo fiscalizador existen varias posibilidades. Expondré a continuación dos opciones, ambas con el objetivo de establecer una institución seria, profesional, alejada de interferencias políticas y del ciclo político.

2.1 Consagrar al SII como un organismo autónomo en la Constitución Política.

Una primera posibilidad es el reconocimiento en la Constitución del SII como un organismo autónomo. Este carácter autónomo lo tienen en la Constitución vigente la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Banco Central, el Servicio Electoral, entre otros.

En la Constitución vigente los órganos autónomos presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, encontrándose sometidos sólo a la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones.

En cuanto a lo que se entiende por 'autonomía', desde el punto de vista doctrinario, la autonomía consiste en organismos independientes dentro del Estado, en el sentido que no están sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República, encontrándose sometidos sólo a la Constitución y a la ley¹.

La autonomía hace referencia a la libertad de acción respecto del entorno social y político en que se inserta el organismo².

Al respecto, un informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, emitido con ocasión de la reforma constitucional que estableció el Ministerio Público como órgano constitucional autónomo en la Constitución señala lo siguiente:

¹ Sin perjuicio que, como ocurre actualmente, los organismos autónomos constitucionales, se rijan por la Ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, formando parte de la Administración del Estado o Administración Pública.

² Emilio Pfeffer U.: "Ministerio Público. Antecedentes de la Reforma Constitucional". Edit. Jurídica Conosur, Santiago, 1997. pág. 58-59.

"Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros; ella tiene una dimensión funcional consistente en el libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas, y una operativa, que permite hacer cumplir las decisiones adoptadas. La autonomía en la especie está referida a los Poderes del Estado (...)." ³

Asimismo, respecto de los órganos constitucionalmente autónomos, el prestigioso jurista Enrique Silva Cimma, señala que: "...Se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado [el Presidente de la República], puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría (...), haría inconciliable con ellas la subordinación..." ⁴

Por otra parte, es importante establecer la forma de designación del jefe superior del Servicio, porque el mecanismo de designación actual y la dependencia del Presidente de la República como funcionario de su exclusiva confianza ⁵, nos parece que atentan contra la debida autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras. En esta parte creemos que puede seguirse el mecanismo de designación previsto por la actual Constitución para el Contralor General de la República, esto es, ser designado por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente.

Por ultimo, en esta opción de autonomía, consideramos que es conveniente que el control o fiscalización de sus actos sea ejercido por la Contraloría General de la República.

De esta manera, una primera alternativa es consagrar en la Constitución Política al SII como un organismo autónomo en el sentido señalado, con una norma como la siguiente:

"Un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Servicio de Impuestos Internos, aplicará y fiscalizará 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, interpretará administrativamente las disposiciones tributarias, ejercerá la acción penal por delitos tributarios en la forma prevista por la ley, sin perjuicio de la facultad del Ministerio Público de ejercer la acción penal pública, y desempeñará las demás funciones que señale una ley orgánica constitucional.

³ Informe de la Comisión de la Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, evacuado el 8 de abril de 1997, contenido en el Diario de Sesiones del Senado, sesión 39a, p. 4565.

⁴ Silva Cimma, Enrique: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 170-171

⁵ El artículo 6° de la Ley Orgánica del Servicio establece: "Un funcionario con el título de "Director", es el Jefe Superior del Servicio; será nombrado por el Presidente de la República, siendo de su exclusiva confianza y será seleccionado, nombrado y remunerado conforme a las normas establecidas en el Título VI de la ley N° 19.882, que Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos, sujetándose en todo a las reglas a que se refiere el citado Título."

El Director del Servicio de Impuestos Internos, jefe superior del Servicio, será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.

La organización, el funcionamiento y las atribuciones del Servicio de Impuestos Internos, serán materia de una ley orgánica constitucional.

El Servicio de Impuestos Internos será fiscalizado por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al Director del Servicio, dentro del ámbito de su competencia.”

2.2 Alternativa de mantener al SII como un servicio público descentralizado, pero con un mecanismo distinto de designación del Director.

La segunda opción que expondremos es que el Servicio tenga el carácter de ser un servicio descentralizado, según la definición de servicios públicos descentralizados que establece el artículo 29 de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Conforme a dicha normativa los servicios descentralizados actúan con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne, y someten a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. No quedan sujetos a la dependencia del Presidente de la República, como es el caso de los servicios centralizados, sino que a la supervigilancia.

Esta es una opción que nos parece que por sí sola no resguarda suficientemente la debida autonomía e independencia que el organismo debe tener en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras. Por ello, considerando la evidencia empírica, si se decide que el SII mantenga su carácter de servicio descentralizado, parece necesario establecer un mecanismo de nombramiento del Director del SII que permita una mayor garantía de esa autonomía.

El mecanismo de designación que proponemos es el mismo señalado anteriormente, es decir, que se sujete a las normas constitucionales existentes para el nombramiento del Contralor General de la República.

De esta manera, debería disponerse en la Constitución una norma que señale lo siguiente:

“El Director del Servicio de Impuestos Internos, será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.”

Junto con ello puede establecerse una norma constitucional que encomiende a la ley garantizar la autonomía e independencia del Servicio de Impuestos Internos en el ejercicio de sus funciones y sancione a quien intervenga menoscabándolas. Al efecto propone una disposición como la siguiente:

“La ley garantizará la debida autonomía e independencia del Servicio de Impuestos Internos en el ejercicio de sus funciones. Todo aquel que interfiera menoscabando dicha autonomía e independencia, será sancionado en la forma que establezca la ley.”

3. Propuesta sobre el ejercicio de la acción penal en casos de delitos tributarios.

Como se sabe, en nuestro país el ejercicio de la acción penal tratándose de delitos tributarios, es una facultad exclusiva del SII, confiriéndole la ley atribuciones que le permiten decidir si iniciar o no la persecución penal, sin que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal pública como es la regla general.

En conformidad al artículo 162 del Código Tributario, Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Y si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director del SII puede, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o solo perseguir la aplicación de la multa que correspondiere a través de un procedimiento administrativo.

La normativa actual señalada es excepcional en el derecho comparado. De los países que integran la OCDE, solo Chile y Nueva Zelanda tienen un sistema en que la autoridad administrativa tributaria tiene la facultad exclusiva para decidir si perseguir o no un delito tributario.

Por la experiencia vivida en el país en esta materia y no habiendo garantías jurídicas de que la autoridad administrativa que ostenta la prerrogativa, actúe de manera justa y no arbitraria en su ejercicio, se hace imperativo un cambio en el estatuto normativo vigente.

Hay al menos dos posibilidades de modificaciones acorde a la normativa existente en países que pertenecen a la OCDE.

La primera es que la acción penal por delitos tributarios quede radicada en el Ministerio Público, quien tiene la facultad de investigar los delitos, ejercer la acción penal pública, y acusar conforme a las normas de la Constitución vigente.

En esta alternativa la Constitución podría contemplar una disposición que establezca que los organismos administrativos o servicios públicos, no tendrán en ningún caso la exclusividad en el ejercicio de la acción penal por los delitos que conozcan o de los que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones, y que la acción penal pública corresponderá siempre al Ministerio Público.

En este caso, cuando la administración tributaria considere que los hechos de que conozca en el ejercicio de sus funciones pueden ser constitutivos de delito tributario, deberá enviar el expediente al Ministerio Público el cual será el encargado de investigar los mismos y la eventual responsabilidad penal de los imputados.

Una segunda alternativa a considerar sería permitir que la autoridad administrativa, el Director del SII, tome la decisión de ejercer o no la acción penal en los casos de delitos tributarios de una cuantía menor. Esto es, en los casos en que el perjuicio fiscal sea menor a una determinada cantidad que la ley determine. Y si el perjuicio fiscal es mayor, la acción penal publica corresponderá siempre al Ministerio Público.

Es lo que ocurre actualmente en Dinamarca, en los casos en que el perjuicio fiscal es menor a 35.000 euros (unos 34 millones de pesos). En los casos de delitos que superen los 35.000 euros es la Autoridad Penal quien ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal tributaria y por ende la decisión de ejercerla.

Si bien, el ejercicio de la acción penal es una materia que debe ser regulada en la ley y no en la Constitución, si se sigue esta alternativa, bien puede establecerse en la Constitución una disposición que faculte al director del Servicio de Impuestos Internos decidir en forma exclusiva si ejercer la acción penal o solo perseguir la sanción pecuniaria contemplada en el delito, en los casos en que el perjuicio fiscal sea inferior a la suma que establezca la ley.

Cristian Vargas
Abogado

Santiago, 21 de diciembre de 2021