

Santiago, tres de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

A fs. 94 y con fecha 13 de Marzo de dos mil diecisiete, la Fiscal Regional (s) de la Fiscalía Oriente Lorena Parra Parra y Carlos Gajardo Pinto y Javier Norambuena Arizábalos, Fiscales Adjuntos de la Fiscalía de Alta Complejidad de la misma zona, comparecen señalando que se ha iniciado una investigación en contra del Senador Iván Moreira Barros, por el delito tributario descrito y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso final del Código del ramo, en el cual le cabría participación como autor de acuerdo al artículo 15 N° 1 del Código Penal.

En cuanto al estado procesal de la causa destacan que el Senador fue debidamente notificado y asistió a la audiencia de formalización, encontrándose en consecuencia el proceso en etapa de investigación formalizada y cerrada; siendo necesario en este estado se decreten medidas cautelares personales a su respecto, de acuerdo al artículo 155 del Código Procesal Penal. solicitan a esta Corte la declaración que contempla el artículo 416 del Código Procesal Penal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 61 inciso 2° de la Constitución Política de la República .

En cuanto a los hechos materia de la formalización y acusación que se le atribuyen, reseñan:

Durante el año 2013 el imputado facilitó a Empresas Penta S.A. Inversiones Penta III Ltda. e Inversiones Banpenta II Ltda, 9 boletas de honorarios por un total de \$38.888.890.- que daban cuenta de servicios inexistentes que los emisores nunca prestaron, documentos que había sido previamente acordados entre los imputados I. Moreira, Hugo Brazo, Carlos Délano y Carlos Lavín, los que fueron confeccionados de acuerdo a sus instrucciones por cuatro personas que trabajaban para él en su campaña electoral: Andrea Schultz Figueroa, Rodrigo Molina Requena, Eduardo Montalva Pérez e Isabel Marinovic Merino. Luego de confeccionadas, fueron enviadas por I. Moreira a Hugo Bravo por correos electrónicos de 30 de Enero, de 27 de Septiembre y de 29 de octubre, todos del año 2013, ello según detalle que rola a fs. 99, por montos de \$2.222,222.- dos de ellas \$ 3.333.333.- también dos de ellas y cinco por \$ 5.555.556.- que completan las nueve objetadas y alcanzan el total de \$38.888.890.- denunciados.

Las referidas boletas ideológicamente falsas, fueron incorporadas a la contabilidad de las señaladas empresas, efectuando estas declaraciones de impuestos también manifiestamente falsas.

Señalan los fiscales solicitantes, que todas las personas mencionadas naturales y jurídicas están formalizadas por el delito contemplado en el artículo 97 N° 4 inciso final de Código Tributario.

En cuanto a la calidad de funcionario público de Iván Moreira Barros, éste fue declarado electo como senador por el período de ocho años el 11 de Marzo del año 2014, por la Décima Séptima Circunscripción, según consta por Oficio del Tribunal Calificador de Elecciones.

Los hechos reseñados precedentemente, fueron denunciados el 8 de Octubre del 2014, por Sub-Director del Servicio de Impuestos Internos, y objeto de Querrela por el mismo Sub-Director del S.I.I. el 20 de Febrero del 2015 en contra de las empresas Penta S.A.; y por Querrela del 18 de Junio del 2015, deducida por el Director del S.I.I. en contra del senador Iván Moreira y los representantes y controladores el grupo Penta, por las 9 boletas de honorarios ya detalladas y por él facilitadas; y en Querrela de 1° de octubre del 2015, también deducida por el Director del S.I.I. en contra del senador Moreira y las personas que extendieron las boletas ideológicamente falsas.

Todas estas acciones penales se encuentran radicadas ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, y tanto las boletas como los mails aludidos, y las representaciones computacionales y declaraciones de impuestos de las empresas en cuestión, han sido incorporados a la carpeta investigativa como medios probatorios.

Agregan que, dado lo anterior, las empresas del grupo Penta durante el año tributario 2014, evadieron el impuesto del artículo 21 de la ley sobre Impuesto a la Renta y rebajaron artificiosamente la renta líquida imponible del Impuesto de Primera Categoría declarada en los formularios N° 22 sobre impuestos anuales a la renta.

A continuación citan algunas jurisprudencias de diversas Cortes de Apelaciones, las cuales pronunciándose sobre desafueros solicitados ante ellas, han detallado cual sería el estándar exigible para los efectos de su concesión.

Por las razones anotadas y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 61 inciso 4to. de la Constitución Política de la República, lo dispuesto en los artículos 248 y 416 y siguientes del Código Procesal Penal y en los artículos 63 n° 2 letra a), 66 inciso 4to. Del Código Orgánico de Tribunales, solicitan someter a tramitación su solicitud de desafuero, acogerla y declarar haber lugar a la formación de causa en contra del senador Iván Moreira Barros, solo en cuanto en calidad a su calidad de autor del delito previsto en el

artículo 97 n° 4 inciso final del Código Tributario, según calificación que en definitiva realice el Tribunal de fondo.

A fs. 145 se hace parte el Servicio de Impuestos Internos, por intermedio del abogado Sub-Director Jurídico, Bernardo Lara Berríos, en la presente causa de desafuero, sin hacer ninguna alegación de fondo.

A fs. 154 evacúa traslado el abogado Gabriel Zaliasnick Schilkrut, en representación del senador Iván Moreira Barros, solicitando no se dé lugar a la formación de causa en su contra, por no existir antecedentes con mérito suficiente.

Señala que para que con éste procedimiento de carácter excepcional se alteren los quóruns constitucionales, y se dé lugar a la formación de juicio, es necesario que los tipos penales en los que la conducta se reprocha, se encuadra dentro de sus dimensiones tanto objetivas como subjetivas, lo que no se da en este caso.

Sostiene que el Ministerio Público no logra superar el estándar que éste proceso requiere.

En primer lugar señala que el desafuero se solicita al cierre de la investigación, por lo que los antecedentes reunidos hasta esa fecha son los únicos que pueden considerarse para el sustento de la acusación. Ello en razón que debe haber una relación directa entre lo imputado y una prognosis mínima de éxito, ya que como ha señalado la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, debe protegerse al parlamentario de una persecución criminal infundada, por lo que el análisis debe ser de suyo riguroso, ya que está en juego alterar la voluntad popular manifestada en elecciones que son la esencia de la vida democrática.

Reseña a continuación diversos votos en causas de rechazo a formar causa en contra de otros parlamentarios, señalando que debe aplicarse el artículo 297 del Código Procesal Penal, por cuanto los antecedentes probatorios para configurar el tipo, deben ser serios y graves y ponderarse de acuerdo a la lógica y a las máximas de experiencia.

En resumen sostiene que el Ministerio Público no ha logrado superar el estándar requerido por el artículo 416 del Código Procesal Penal por cuanto los antecedentes remitidos no tienen el mérito suficiente a nivel de imputación penal, para configurar el delito del artículo 97 n° 4 inciso final del Código Tributario, ni tienen la seriedad ni gravedad requeridas para sostener con posibilidad de éxito la acusación y posterior sentencia condenatoria.

La documental que acompaña en el otrosí de su escrito consiste únicamente en copias de diversas sentencias del Tribunal

Constitucional, de la Excm. Corte Suprema y de diversas Cortes de Apelaciones dictadas en temas afines al que nos ocupa.

Se fijó audiencia para el miércoles 24 día de mayo a las 8,30 horas para conocer la solicitud de desafuero, la que se llevó a cabo, alegando en apoyo de sus planteamientos, el Ministerio Público, el Servicio de Impuestos Internos y el abogado defensor del Senador Moreira.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1.- Que, para los efectos de resolver la presente solicitud de formación de causa, desafuero, es necesario tener la vista dos órdenes de ideas, las exigencias doctrinarias para configurar la solicitud y los antecedentes probatorios en que se basa la comisión del ilícito que se imputa al senador, a la luz de las normas legales invocadas.

2.- Que, el desafuero se define como un prejuicio en el cual se debe analizar si los antecedentes proporcionados por el persecutor penal, podrían configurar a la luz de las normas supuestamente vulneradas, el ilícito que se invoca, vale decir que exista fundamento plausible para dar lugar a despojarlo de la prerrogativa de que está investido, para formar juicio en su contra, y solo en él, determinar si participó o no en un hecho punible en la calidad que se le atribuye.

3.- Que, mientras no se despoje al honorable del fuero que lo inviste su cargo, no se puede seguir un proceso penal en su contra sin autorización de los Tribunales Superiores de Justicia, y al efecto el artículo 416 del Código Procesal Penal prescribe: “Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa.

Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra.”

Por su parte el artículo 61 de la Constitución Política de la República estatuye: “Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión.”

“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, autoriza previamente la

acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.”

“En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.”

“Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.”

La anterior normativa tiene sentido por cuanto se trata de personas que ostentan un cargo de elección popular, razón por la cual se les otorga una protección adicional a la de cualquier otro ciudadano en el evento que sea perseguida su responsabilidad penal, ello a fin de evitar un ejercicio abusivo de acciones en su contra. Así, son los Tribunales Superiores de Justicia los llamados a emitir un juicio de plausibilidad previo al de fondo, por lo que el nivel de exigencias en esta etapa preliminar, es de menor envergadura que la rigurosidad que requiere la decisión de fondo de la causa, en todo caso los antecedentes analizados deben hacer presumir fundadamente que exista participación en un ilícito.

4.- Que, en contra del senador Iván Moreira se dedujo querrela por el Director del Servicio de Impuestos Internos con fecha 19 de Junio del dos mil quince, por la responsabilidad que le correspondería en su calidad de autor de los delitos tributarios previstos y sancionados en el artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario y en el artículo 64 de la Ley 16.271, sobre Impuesto a la Herencias, Asignaciones y Donaciones; y fue formalizado en audiencia de 22 de Junio del mismo año, a solicitud del Ministerio Público, todo ello ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.

5.- Que, al efecto el artículo 97 n°4 inciso final del Código Tributario, refiere: “Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en la forma que a continuación se indica:

4° “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.”

6.- Que, los hechos en que se sustenta la solicitud de la Fiscalía habrían tenido lugar durante el año 2013, al haber el

imputado facilitado a Empresas Penta S.A., Inversiones Penta III Ltda. e Inversiones Banpenta II Ltda, 9 boletas de honorarios por un total de \$38.888.890.- que daban cuenta de servicios inexistentes que los emisores nunca prestaron, documentos que había sido previamente acordados entre los imputados I. Moreira, Hugo Bravo, Carlos Délano y Carlos Lavín, los que fueron confeccionados de acuerdo a sus instrucciones por cuatro personas que trabajaban para él en su campaña electoral: Andrea Schultz Figueroa, Rodrigo Molina Requena, Eduardo Montalva Pérez e Isabel Marinovic Merino. Luego de confeccionadas fueron enviadas a por I. Moreira a Hugo Bravo por correos electrónicos de 30 de Enero, de 27 de Septiembre y de 29 de octubre, todos del año 2013, ello según detalle que rola a fs. 99, por montos de \$2.222,222.- dos de ellas \$ 3.333.333.- también dos de ellas y cinco por \$ 5.555.556.- que completan las nueve objetadas y alcanzan el total de \$38.888.890.- denunciados.

Las referidas boletas ideológicamente falsas, fueron incorporadas a la contabilidad de las señaladas empresas, efectuando estas declaraciones de impuestos también manifiestamente falsas.

7.- Que, por su parte, el Servicio de Impuestos Internos en su alegato en estrados reprodujo las alegaciones del Ministerio Público, y sostuvo además que la documentación tributaria falsa facilitó el delito del artículo 97 N° 4 inciso final y que el actuar del imputado implica un perjuicio fiscal, conocía que estaba frente a un ilícito tributario y facilita su comisión.

8.- Que, la defensa en su escrito de fs. 154, al evacuar el traslado se limita a efectuar apreciaciones de carácter general respecto de los requisitos que debe reunir una solicitud de desafuero, y que serían exigibles para dar lugar a la causa que nos ocupa, pero nada dice en cuanto a las imputaciones directas que hace el Ministerio Público a su representado.

Cita diversos considerandos de otras sentencias en casos de desafuero y sostiene que debe tenerse a la vista las implicancias y consecuencias adicionales a una mera condición de procesabilidad, de un senador, las que conllevan la alteración de los quórums parlamentarios.

Sostiene que su representado en el evento que se logre acreditar el hecho que se le imputa a lo más recibiría una sanción en concreto de 21 días de prisión, dadas las circunstancias modificatorias de responsabilidad que concurren, ninguna agravante y al menos dos atenuantes. Vislumbra entonces una grave falta de coherencia del Ministerio Público, el que, en otros casos no vacila

en utilizar soluciones procesales alternativas como acuerdos reparatorios o promover la suspensión condicional del procedimiento, para poner fin al conflicto penal.

Agrega que el ente persecutor ha obviado el estándar de convicción necesario, para que su investigación, ya cerrada, pueda prosperar.

Concluye señalando que no se logra superar los requisitos mínimos exigidos por el artículo 416 del Código Procesal Penal y los antecedentes probatorios no tienen la entidad suficiente para la imputación del delito del artículo 97 N°4 inciso final del Código Tributario, por lo que no hay mérito para que se dé lugar a la formación de causa.

Pero en su defensa no encontramos ninguna alegación relacionada con los hechos que se atribuyen a su representado, extensión de 9 boletas ideológicamente falsas y las razones concretas por las cuales considera que esos actos no tienen la entidad necesaria para ser investigados en una causa de fondo.

9.- Que, cabe si hacerse cargo de una alegación que esa defensa planteó en estrados, que no estaba contenida en su escrito de evacua traslado.

Sostuvo que las boletas en cuestión, si daban cuenta de una prestación de servicios efectiva, por cuanto todos quienes las extendieron efectivamente trabajaban para el senador Moreira, razón por la cual no existiría el ilícito denunciado y las boletas no adolecerían de la falsedad que se imputa.

Olvida la defensa que todos esos documentos se extendieron a nombre de las empresas del Grupo Penta, dando cuenta de servicios prestados para esas empresas, ninguna de ellas refiere como destinatario a su defendido, cae entonces su argumento por su propio peso, no pudiendo ser tomado en consideración, está modificando los hechos de la formalización corroborados por la documental en que se sustentan.

10.- Que, los hechos en que se sustenta la solicitud del Ministerio Público y del Servicios de Impuestos Internos, constan en los antecedentes acompañados por la Fiscalía en el primer otrosí de su presentación de fs.84, en custodia, que contienen copia de la carpeta investigativa digitalizada en un CD, y copias de las Querellas presentadas por el Subdirector y el Director del Servicio de Impuestos Internos, con fechas 20 de Febrero del 2015, la primera y 19 de Junio y 1° de Octubre de 2015, las dos últimas, todas ante el Octavo Juzgado de Garantía.

Constan además en el tenor de las declaraciones transcritas de fs. 102 en adelante de Hugo Bravo Gerente General de

Empresas Penta S.A., Marcos Alberto Bravo, gerente de contabilidad de Inversiones Penta III Ltda., y Empresas Penta S.A. Mylene D'Alencon secretaria de Hugo Bravo y Carlos Eugenio Lavín, Juan Carlos Armijo, tesorero de empresas Penta y declaración del senador Iván Moreira en las que se reconoce la emisión de las boletas cuestionadas a nombre de empresas Penta y que las personas que las extendieron trabajaban para el senador Moreira y no prestaban servicios para esas empresas, con sus respectivos montos y fechas.

11.- Que, en consecuencia cabe dar por acreditada la extensión y los montos por los que se emitieron las nueve boletas electrónicas objetadas e individualizadas en la motivación sexta, que dieron origen a la presente solicitud, a la querrela del Servicio de Impuestos Internos y a la formalización por parte del Ministerio Público, las que fueron incluídas en la contabilidad de las empresas Penta S.A. Inversiones Penta III Ltda. e Inversiones Banpenta II Ltda. posibilitando que esas empresas sean perseguidas por el mismo delito que por el que se formalizó al senador Moreira, en circunstancias que los servicios de los que dan cuenta, nunca se prestaron para esas entidades, como lo reconoce el propio senador y su defensa.

En mérito de ellas las empresas ya individualizadas, rebajaron artificialmente la renta líquida imponible durante el año tributario 2014, que se declara en el Formulario N° 22, evadiendo así el pago del impuesto único.

12.- Que, en otro orden de ideas, el Ministerio Público manifestó en estrados que la investigación que había sido cerrada, según consta en documento acompañado en el tercer otrosí de su escrito de fs. 84, fue reabierta, por lo que de darse lugar a su solicitud, se estaría en condiciones de poder solicitar medidas cautelares ante el Juez de Garantía.

13.- Que, así las cosas, puede concluirse que en un análisis objetivo, comparando las conductas desplegadas por el senador Moreira, con los requisitos exigidos por el tipo penal que se le imputa, artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario, éstas a la luz del artículo 140 letras a) y b) del Código Procesal Penal, permiten concluir que existan presunciones fundadas en su contra, único estándar a analizar en esta etapa previa, sin perjuicio de lo que resuelvan los jueces de fondo, en la oportunidad procesal pertinente.

14.- Que, parece necesario finalmente, dejar constancia que no cabe en este etapa, desafuero, analizar las intenciones con las cuales se llevaron a cabo los hechos denunciados, dado que la

norma invocada como transgredida ocupa el vocablo “maliciosamente”, el aspecto volitivo-subjetivo será materia de quienes conozcan la causa propiamente tal, y las implicancias políticas en cuanto a los quórum parlamentarios, tampoco son antecedentes a tener en cuenta en este pre juicio.

Por las razones anotadas y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 416 del Código Procesal Penal, existe mérito suficiente por lo que **SE ACOGE** el Desafuero y **SE DA LUGAR** a la formación de causa en contra del senador Iván Moreira Barros respecto del delito previsto y sancionado en el artículo 94 N° 4 inciso final del Código Tributario, por los hechos descritos en la motivación sexta y décimo primera de este fallo, según calificación que en definitiva realice el tribunal de fondo.

Se previene que el Presidente señor Vázquez y los ministros señor Balmaceda y señora Villadangos no comparten las consideraciones contenidas en los motivos 9°, 10°, 11°, 13° y 14°, y concurren a la decisión, teniendo presente en su lugar los siguientes fundamentos:

1°.- Que la única referencia que efectúa el legislador respecto del estándar de convicción que se exige a la Corte de Apelaciones para disponer el desafuero de las personas que de acuerdo a la Constitución Política de la República gozan de este privilegio es, conforme se lee del inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal, si “hallare mérito”.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso segundo del mismo precepto, en tanto dispone que esta declaración habrá también de requerirse por el Ministerio Público si, durante la investigación, quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra, permite razonablemente sostener que ese grado o estándar de convicción debe ser, al menos, el que se exige para decretar estas medidas.

Por consiguiente, y al tenor de las letras a) y b) del artículo 140 del citado Código Civil, habrá de disponerse el desafuero cuando existan antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare y cuando existan también antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado aforado ha tenido participación en él como autor, cómplice o encubridor.

2°.- Que, en este contexto, se estima que los antecedentes hechos valer por el Ministerio Público y que se contienen en la carpeta investigativa, son suficientes para tener por satisfechas las exigencias antes indicadas, pues, sin perjuicio obviamente de su valoración definitiva en la oportunidad procesal que corresponda y de la de otros que eventualmente se haga valer, dan cuenta de la

ocurrencia del hecho tal y como se lo ha descrito en la audiencia de formalización de la investigación y en la solicitud de desafuero, sin que exista alguno que los contradiga o refute, y lo propio ocurre con aquéllos que se refieren a la intervención que al aforado cupo en los mismos. Esos hechos así descritos, además, prima facie constituyen el delito que describe el inciso final del N° 4 del Código Tributario.

En tal escenario, *existe mérito* para proceder en contra del Senador señor Moreira Barros y, como consecuencia necesaria de la afirmación anterior, debe procederse a su desafuero.

Se previene, asimismo, que el ministro señor Zepeda no comparte el razonamiento 14 y concurre a hacer lugar a la formación de causa teniendo además en consideración lo siguiente:

Que aun aceptando que el senador Moreira Barros pueda probablemente haber destinado los fondos obtenidos ilegalmente para financiar su campaña senatorial, lo cierto es que la conducta punible en análisis en estos antecedentes dice relación con el tipo penal que está establecido en la ley con el fin de proteger la integridad del patrimonio fiscal, evitando un daño de esa índole, por lo que, su conducta específica se aparta del deber de participar responsablemente en la mantención y funcionamiento del Estado. Por lo tanto, la figura penal es un ilícito de peligro, y a ello precisamente se adecua el tipo objetivo, al no exigirse en él que la lesión patrimonial sea efectiva para el Fisco de Chile como elemento del tipo. Luego, planteada la cuestión del tipo subjetivo, sin duda alguna el dolo consiste solamente en el conocimiento íntegro de los elementos del respectivo tipo objetivo, al igual como pueden darse en todos los delitos tributarios, y en la voluntad de la realización del tipo descrito por la norma, ni más ni menos, como ocurre con todos los delitos de peligro; por lo que, si la figura penal protege específicamente el bien jurídico evitando el ocultamiento o desfiguración del verdadero monto de las operaciones realizadas o derechamente el eludir el impuesto correspondiente, el dolo directo que se requiere es pretender burlar los impuestos; en consecuencia, la argumentación de la defensa de que pudiera haber actuado el senador Moreira Barros impulsado por la fuerza de financiar su campaña a todo costo, carece de sustento jurídico, pues ello no afecta en absoluto la identidad de los elementos del delito que se verifican de los antecedentes reunidos, en especial, el dolo.

En efecto, si bien no ha sido extraño que personas acuciadas por financiarse a todo trance, cometan hechos como los de la especie, según ha correspondido ver en esta Corte, con el objeto de

obtener dinero para financiarse políticamente, evidentemente en la situación ocurrida en autos, no hay duda que el requerido no pudo tener dudas sobre la contrariedad de su conducta con la norma penal tributaria, ajena a las expectativas que ella normativamente de él esperaba, por lo que, a juicio de quien previene, no se puede refutar que, de acuerdo a las exigencias del artículo 140 del Código Procesal Penal, en la etapa del proceso a que ella se refiere, existen antecedentes que justifican la existencia del delito y que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido concurrencia en él como autor, por lo que, se puede concluir que hay mérito para hacer lugar a la formación de causa.

Se previene, finalmente, que los ministros señor Astudillo y señora González Troncoso, concurren a la decisión de hacer lugar a la solicitud de desafuero, aunque fueron del parecer de hacer algunas salvedades respecto de las reflexiones vertidas en el párrafo final del fundamento tercero y noveno y de lo razonado en los motivos undécimo, décimo tercero y décimo cuarto, en el sentido siguiente:

1°.- Quienes previenen son de opinión que para la formación de causa es necesario que existan antecedentes serios o indicios plausibles sobre la verificación del hecho y la participación que se atribuye al imputado, lo que se cumple en este caso, de manera que no es indispensable la comprobación del hecho ni la existencia de presunciones fundadas de participación.

2°.- En congruencia con ello, quienes participan de esta prevención no adhieren a lo expresado en el segundo párrafo del motivo undécimo y tampoco lo señalado en la parte final del considerando catorce, donde se alude a las “implicancias políticas”, en el sentido que precisamente la solicitud de desafuero busca evitar impactos injustificados en los quórum parlamentarios.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Pfeiffer, quien fue de la opinión de rechazar la solicitud de desafuero, por estimar que no se reúnen los presupuestos para dar lugar a la solicitud planteada por el Ministerio Público.

Acordada, asimismo, contra el voto de los ministros señores Silva y Crisosto, quienes estuvieron por denegar el desafuero solicitado y por consiguiente a la declaración de formación de causa para el objeto previsto en el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, por lo siguiente:

Si bien el desafuero exige la justificación de la existencia del delito por el que se hace la solicitud y un juicio de probabilidad respecto de los elementos que concurran en orden a la determinación de la participación del aforado en el delito, debe

entenderse que en esta valoración que debe hacer el Tribunal Pleno se comprende también –con el mismo alcance obviamente- el elemento subjetivo de la figura penal. Vale decir, no parece suficiente –por mucho que se trate de un procedimiento preliminar- un análisis en torno a la materialidad del ilícito, dejando el examen del dolo o de la voluntariedad del implicado enteramente para la valoración que deba hacerse en el procedimiento a que da lugar el desafuero en sus distintas etapas.

En el caso, el tipo penal del inciso final del artículo 97 N°4 del Código Tributario, describe la(s) conducta(s) como “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...”. Se señala en la solicitud que el senador habría facilitado boletas de honorarios provenientes de terceros, ideológicamente falsas, con el objeto de posibilitar la comisión de delitos descritos en el mismo numeral 4 de este precepto.

Pues bien, la conducta que se castiga por la ley debe consistir en la facilitación –en este caso- de los medios fiscalizables que allí se señalan, a título doloso por cierto pero con el preciso objeto de “cometer” o “posibilitar” la comisión de esos delitos tributarios. Al respecto, el solicitante ha sido claro en cuanto a la conducta externa –por así decirlo- más no en cuanto hace a la existencia del dolo. Puede pensarse, como por lo demás se dijo en la audiencia, que dada la investidura del aforado, no cabe sino presumir la plena conciencia de sus actos, lo que evidentemente puede ser aceptado con facilidad. No obstante, el tipo no parece conformarse con el conocimiento de la conducta y de las consecuencias que pueda emanar. Desde ya el dolo comprende tanto un elemento cognitivo como un elemento volitivo. Se trata de conocer la acción, la conducta, los medios para realizarla y el resultado posible, pero además es indispensable que esta acción y este resultado posible sean queridos o, al menos aceptados por el agente. Esta última parte es inclusiva del dolo eventual. Sin embargo, cuando la ley exige que una conducta sea dirigida maliciosamente no solo reemplaza la presunción general de voluntariedad del artículo 1° del Código Penal, sino que descarta la pura aceptación. Si en la especie, lo querido y buscado era el financiamiento por demás irregular de una campaña política, quiere decir que la acción desplegada no habría tenido el preciso objeto de “posibilitar” (menos de “cometer”) la comisión de uno o más delitos del artículo 97 N°4 aludido. Ciertamente podría también concurrir en

determinado caso este último designio, pero lo cierto es que a la solicitud de desafuero no se incorporó ningún antecedente que dé cuenta de este objeto o finalidad.

En consecuencia, en este juicio de probabilidad a que debe abocarse el Tribunal Pleno de esta Corte, los disidentes no advierten la verosimilitud necesaria, en relación con la voluntariedad de la acción y el objeto al que debe encaminarse conforme a la ley para la sanción a este título.

Lo anterior, como se comprende, es independiente del desvalor que la conducta pueda encerrar de acuerdo a otros parámetros, y es ajeno al motivo de estas reflexiones

Se previene que el ministro señor Crisosto, tuvo presente además, que no solo se trata de que al aforado le asisten las facultades, derechos que la Constitución Política de la República y los principios del Código Procesal Penal, le garantizan en orden a la presunción de inocencia, sino que, en el caso que se nos ha presentado, del tenor de la querrela, de la formalización y del tenor de las comunicaciones electrónicas que el Ministerio Público logró incorporar a la carpeta de investigación, es posible establecer que el propósito perseguido por el Sr. Moreira era obtener financiamiento para su campaña electoral, no encontrándose justificado que el objeto perseguido haya sido, indubitadamente, posibilitar a un tercero cometer alguno de los delitos descritos en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario

Ahora bien, por cierto que habrá que concordarse que la forma de obtener el financiamiento electoral, fuera del marco regulatorio para el efecto, si bien irregular, -y posiblemente materia de otras infracciones tributarias por no declaración de ingresos- no fue sino hasta la dictación de la ley 20.900 de 14 de abril de 2016, que se tipificaron figuras penales como la del artículo 27 bis de la ley en cuestión, de este modo no cabe sino concordar que no hay mérito para la declaración del desafuero.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 419 del Código Procesal Penal.

Regístrese y archívese.

Redacción de la Ministra María Rosa Kittsteiner, de las prevenciones sus autores y votos en contra, respectivamente, por los ministros señores Pfeiffer y Silva.

Rol N° 429-2017.

Sr. Vázquez
(Sr. Presidente)

Sr. Pfeiffer

Sr. Muñoz

Sr. Silva

Sr. Gajardo

Sr. Zepeda

Sra. Lusic

Sr. Moya

Sr. Llanos

Sr. Crisosto

Sr. Madrid

Sr. Rojas González

Sr. Mera

Sr. Astudillo

Sra. Ravanales

Sr. Carreño

Sra. González Troncoso

Sr. Balmaceda

Sra. Villadangos

Sr. De las Barra

Sra. Kittsteiner

Sr. Poblete

Sra. Book

Sra. Solís

Sra. Toro

Sra. Barrientos

Sr. Gray
(Sup. Sra. Rutherford)

Sra. González Diez
(Sup. Sr. Carroza)

Sr. Durán
(Int. Sra. Aguayo)

Pronunciada por el Presidente don Miguel Vázquez Plaza y por los ministros señores Pfeiffer, Muñoz, Silva, Gajardo y Zepeda, señora Lusic, señores Moya, Llanos, Crisosto, Madrid, Rojas González, Mera y Astudillo, señora Ravanales, señor Carreño, señora González Troncoso, señor Balmaceda, señora Villadangos, señor De la Barra, señora Kittsteiner, señor Poblete, señoras Book, Solís, Toro y Barrientos, señor Gray –suplente de la ministra señora Rutherford, señora González Diez –suplente del ministro señor Carroza- y señor Durán –interino señora Aguayo-.

No firman no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del presente antecedente los ministros señor Llanos, por encontrarse en comisión de servicio; señores Madrid y Astudillo, por hacer uso de feriado legal; señor Mera y señoras Ravanales y Barrientos, por hacer uso de permiso del artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Santiago, 7 de julio de 2017.

Santiago, siete de julio de dos mil diecisiete.

Por no haberse notificado, ni bloqueado la resolución de tres de julio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 164 y siguientes, hágase con esta fecha conjuntamente con la presente resolución.

Rol N° 429-2017 (Criminal).

**Resolvió don Alfredo Pfeiffer Richter, Presidente (s) de la
Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.**

**En Santiago, siete de julio de dos mil diecisiete, autoriza
la resolución que antecede, la que se notifica por el estado
diario con esta fecha.**

