

CASOS PENTA, CAVAL Y SOQUIMICH: ESTADO DE DERECHO DEBILITADO

- Los casos Penta, Caval y SQM han instalado peligrosamente una dinámica de caza de brujas, donde no existe precisión conceptual en el análisis o un examen de mérito, objetivo, desapasionado, ante los hechos concretos de cada arista que está siendo investigada; en algunos casos, el Ministerio Público y el SII han mostrado tener antecedentes sólidos y una conducta apegada a la ley y a sus prácticas pasadas, en otros, no.
- Tanto la legislación tributaria como la penal son ámbitos donde las garantías a los ciudadanos –contribuyentes o imputados– son particularmente intensas dado el poder coercitivo que enfrentan por parte del Estado.

PRINCIPIO LYD:

Estado de Derecho

La idea de que **vivimos bajo el gobierno de las leyes y no de los hombres**, resume de manera simple, pero profunda, la piedra angular de las democracias constitucionales modernas: el Estado de Derecho. Se trata de una evolución de varios siglos que buscó no sólo la igual aplicación de la ley a gobernantes y gobernados, sino que el que los primeros no hicieran uso arbitrario de los poderes delegados por los ciudadanos. De ahí la importancia de la Constitución y de una serie de garantías a favor de los ciudadanos como la legalidad tributaria, el debido proceso, la tipicidad penal o la presunción de la inocencia, como también el que los órganos públicos sólo actúen en el marco de su competencia.

En este sentido, resulta paradójico que en la antesala de un debate sobre Reforma Constitucional, garantías y principios básicos del Estado de Derecho para proteger las libertades de las personas, se vean hoy debilitados en medio de los escándalos político-financieros conocidos como Penta, Caval y SQM. El que tanto el sistema político, el empresariado, la Iglesia y una serie de otras instituciones se encuentren desde hace algunos años cuestionadas y desafiadas en su rol por parte de la ciudadanía, no puede implicar que ante investigaciones judiciales en curso –o incluso meros trascendidos de prensa– que involucren a algunos miembros de éstas, se les acuse como culpables ante la opinión pública sin haber siquiera una condena o, en algunos casos, la formalización de un delito que se les imputa. Más grave aún, algunas de las actuaciones de instituciones como el Servicio de Impuestos Internos (SII), el Ministerio Público y el Poder Judicial no han estado a la

altura de los requerimientos de un Estado de Derecho en forma, especialmente este último en su rol de poder contra mayoritario: velar porque dichas garantías sean respetadas respecto de todo ciudadano, por más impopular que sea ante la mayoría o el clima de opinión imperante.

Los casos Penta, Caval y SQM han instalado peligrosamente una dinámica de caza de brujas, donde no existe precisión conceptual en el análisis o un examen de mérito, objetivo, desapasionado, ante los hechos concretos de cada arista que está siendo investigada; en algunos casos, el Ministerio Público y el SII han mostrado tener antecedentes sólidos y una conducta apegada a la ley y a sus prácticas pasadas, en otros, no. Separar la paja del trigo es fundamental en estas materias y es precisamente lo que no está ocurriendo hoy.

¿PERSECUCIÓN POLÍTICA SELECTIVA?

El caso Penta permite preguntarse si las acciones del Ministerio Público y el SII han seguido las pautas de situaciones similares producidas en nuestro país en el último tiempo, o, si por el contrario, respondían más bien a un tratamiento especial diseñado para algunos personeros específicos del ámbito empresarial y político.

En el caso del SII, su accionar demostró poca autonomía respecto del Gobierno, cambiando la interpretación de sus propias facultades y prácticas pasadas: buscando en el derecho penal, aquello que en el pasado siempre había agotado primero por la vía administrativa lo que, por lo demás, es lo más lógico y acorde con su objetivo de maximizar la recaudación tributaria. En efecto, respecto del denominado fraude al FUT, si en el pasado la práctica habitual del SII había sido objetar gastos que no son necesarios para producir la renta, realizando un giro a la empresa con el correspondiente recargo por gastos rechazados, en este caso se acudía a una interpretación maximalista de la figura de la falsificación ideológica de boletas y facturas –que es sólo una agravante y no un delito en sí mismo desde la perspectiva tributaria– para llevar al foro penal el debate. Hoy, cuando en el contexto del caso SQM, se invita a grandes contribuyentes a auto-denunciarse para poner al día una situación tributaria irregular y, a cambio, ello se considerará para no interponer denuncia o querrela penal (sino sólo agotar la vía administrativa), el doble estándar resulta evidente.

Desde la perspectiva de la arista política del caso, fue curioso el tratamiento diferente que dio el SII a políticos vinculados a la UDI así como Andrés Velasco en comparación a la de un Ministro del actual gobierno que se vio involucrado en términos idénticos a los anteriores. El “allanamiento” sufrido en el domicilio de

Velasco, con total publicidad, fue totalmente vejatorio, pese a que, hasta el día de hoy, no se le ha formalizado por el hecho por el que se le acusa: disfrazar como charla (facturada por una sociedad de Velasco) un aporte a su campaña.

Lamentablemente, este episodio recuerda uno de los principales escándalos políticos que ha enfrentado la administración Obama en Estados Unidos: el caso de persecución política selectiva por parte del SII norteamericano (IRS) contra los opositores republicanos, especialmente políticos vinculados al denominado Tea Party durante 2013, y que terminó con una investigación del FBI, un proceso judicial y la renuncia de altos oficiales del IRS.

Por lo demás, y a pesar de las diferencias en términos de publicidad –afortunadamente apartándose del estándar vejatorio sufrido por Velsaco–, y pese a no existir formalización por delito alguno, tanto Sebastián Dávalos y su mujer –socia de la empresa Caval– como en el caso de SQM, debieron enfrentar los requerimientos de información por parte del Ministerio Público de manera “voluntaria”; accediendo los primeros, negándose los segundos sobre la base de que el Ministerio Público no tiene competencia.

Por último, el SII no ha dado una explicación clara por su actuación distinta en los casos Penta y SQM, dando paso así a la especulación en el sentido que en este último caso se estaría protegiendo a figuras afines al oficialismo.

LIBERTADES CIVILES DEBILITADAS

Tanto la legislación tributaria como la penal son ámbitos donde las garantías a los ciudadanos –contribuyentes o imputados– son particularmente intensas dado el poder coercitivo que enfrentan. Es por ello que la Constitución establece una serie de garantías individuales, las que han sido latamente desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para darle mayor precisión y certeza. Revisemos las más relevantes que se deben tener a la vista respecto de los casos analizados:

- a) Legalidad tributaria, esto es, que sólo mediante ley se establecen tributos y precisándose los elementos que configuran la obligación tributaria, esto es, el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado (contribuyente) y la tasa o cuantía de la obligaciónⁱ. La facultad reglamentaria en esta materia queda sólo limitada a la aplicación de la leyⁱⁱ.

- b) Debido proceso, esto es, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que comprende la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, la adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, entre otrosⁱⁱⁱ.
- c) Presunción de inocencia. Importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso^{iv}.
- d) Legalidad y tipicidad penal. Ambos principios si bien estrechamente conectados, no se identifican, dado que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta^v.
- e) La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley, los que típicamente requieren de autorización judicial^{vi}.
- f) Nadie puede ser privado de su libertad personal, ni ésta ser restringida sino en los casos y en la forma determinada por la Constitución y las leyes. La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad.

De las garantías antes mencionadas, han sido dos las que se han visto especialmente debilitadas en el caso Penta: la tipicidad penal y el uso restrictivo de la prisión preventiva. En el primer caso, se ha intentado tipificar como delito la falsificación ideológica de boletas y facturas, conducta que es sólo un agravante respecto de las hipótesis infraccionales y constitutivas de delito establecidas en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario sobre fraude tributario^{vii}. En efecto, bajo un clima de opinión que ha instalado la necesidad de conseguir condenas penales, y la inexistencia de esta posibilidad en la legislación de gasto electoral, esta vía es la única que parece posible para ser extendida a algunos ex candidatos y

parlamentarios en ejercicio. Respecto de lo segundo, es muy discutible que el juez de garantía haya ratificado las prisiones preventivas solicitadas por el Ministerio Público sobre la base de ser los formalizados un peligro para la sociedad, sin haberse atendido en detalle a las circunstancias en concreto, y habiendo tenido más bien en consideración la reiteración de los delitos.

Junto con lo anterior, hay todavía una garantía estructural que considerar y que se ha visto recientemente afectada con la conducta del Ministerio Público en lo relativo a los requerimientos de información “voluntarios” a SQM como se mencionara anteriormente. En este sentido, el artículo 7° de la Constitución establece que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

El Código Tributario establece en su artículo 162 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, como asimismo que la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director^{viii}. En el caso de SQM el hecho de que no exista aún querella o denuncia por parte del SII que habilite al Ministerio Público a actuar, lo ha obligado a utilizar fórmulas poco ortodoxas, indirectas, para buscar esquivar esta restricción; en concreto, ha apelado a la normativa del Código Procesal Penal relativa a la entrega de información entre autoridades, entregándole un plazo de 48 horas al SII, el que ha anunciado que entregará toda la información requerida. Se trata de un precedente peligroso que, en la práctica, desactiva la habilitación expresa del artículo 162 citado, transformándose en una suerte de incautación de facto.

CONCLUSIONES

Pareciera que se ha instalado un sentimiento mayoritario en la ciudadanía y en algunas instituciones públicas de que no importando la forma es necesario lograr condenas penales ejemplificadoras: ampliar las atribuciones del Ministerio Público o reinterpretar las normas tributarias existentes, para darle mayor cabida al derecho penal aún a costa de debilitar el Estado de Derecho. Si las investigaciones judiciales en curso se hacen desatendiendo estos elementos, buscando empatizar solamente con el clima de opinión, nuestro Estado de Derecho podría encaminarse a uno no muy distinto al que existe en una Dictadura que pisotea garantías básicas para luchar contra el “terrorismo” o el que cualquier fin justifica los medios en la

“guerra contra las drogas”, como hemos conocido en democracias de la región. Es en estos márgenes en los que se juega, día a día, la vieja idea de que vivimos bajo el gobierno de las leyes y no de los hombres.

ⁱ Como, por lo demás, lo ha sostenido el Tribunal Constitucional. Ver, por ejemplo, STC Rol N° 822, considerando 5° o STC Rol N° 1234, considerando 21°.

ⁱⁱ Ver, por ejemplo, STC Roles N° 718, 759 y 773.

ⁱⁱⁱ Ver, por ejemplo, STC Rol N° 1448, considerando 10°.

^{iv} Ver, por ejemplo, STC Rol N° 1351, considerando 45°.

^v Ver, por ejemplo, STC Rol N° 244, considerando 10°.

^{vi} Ver, por ejemplo, STC Rol N° 1939, considerandos 4° a 9°.

^{vii} En lo que importa, la norma establece que: “Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave”.

^{viii} Ello en caso alguno implica que se ejerza esta facultad discrecional de manera arbitraria o injusta, ni menos como un instrumento de persecución.