

**DERECHO PENAL****Corte Suprema  
Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros  
19 de mayo de 2008**

**RECURSO PLANTEADO:** Recurso de casación en el fondo.

**DOCTRINA:**

*I.- En los delitos especiales propios las circunstancias personales concurrentes se comportan como fundantes del injusto, en forma tal que no existe un delito común al cual reconducir los hechos si esa cualificación no se presenta. En cambio, en los delitos especiales impropios la calidad personal solamente produce el efecto de agravar o morigerar la culpabilidad, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación. Sucede así con el delito de malversación de caudales públicos o con el fraude al fisco, pues separando la condición personal de funcionario público del interviniente, el ilícito sigue existiendo, pero con otro título.*

*La calidad de funcionario público en los delitos especiales impropios se comunica a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. En el caso del fraude al Fisco, la circunstancia personal de ser empleado público integra el tipo delictivo, de manera tal que ella se comunica a los copartícipes que estaban en conocimiento de ella.*

*II.- El concepto de “empleado público”, contenido en el artículo 260 del Código Penal, posee dos elementos constitutivos principales: a) que debe ejercer un “cargo o función pública”; y b) que dicha tarea*

*debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular*

*Para los fines del Código Penal, es empleado público no solamente quien ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o transitorio, sino también quien ejerce una “función pública”. En efecto, si bien para el Estatuto Administrativo no son funcionarios públicos quienes se desempeñan sobre la base de honorarios, sí lo son para efectos penales, toda vez que la norma aludida extiende el concepto de “empleado público” a quienes ejercen una “función pública”, y no ya únicamente a la Administración del Estado, sino también a otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado.*

*Pueden cometer delitos ministeriales no sólo quienes ocupan un cargo público sino también quienes adscriben a una “función pública”, incluyendo a todos los que cumplen tareas en el sector público, con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, englobando la función pública administrativa, judicial y legislativa, resultando irrelevante que el empleado ocupe o no un cargo público, o que lo sirva a honorarios o, incluso, “ad honorem”.*

*III.- (Voto disidente) A juicio de los disidentes, en los tipos calificados de impropios las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico no se comunican. En estas condiciones, no resulta comunicable a un particular la condición de empleado público de uno de los coautores, puesto que tal circunstancia es una condicionante de la culpabilidad inherente a la conducta del delito de fraude al Fisco, razón por la cual el “extraneus” es autor del delito de estafa.*

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil ocho.

### **VISTOS:**

En esta causa rol N° 15.260-L-IV-2004 del Decimoséptimo Juzgado del Crimen de Santiago, se dictó con fecha ocho de junio de dos mil seis, sentencia definitiva de primer grado -la que rola en su Tomo III, de fojas 1.390 a fojas 1.580, ambas inclusive- por la Sra. Juez Gloria Ana Chevesich Ruiz, en calidad de Ministro en Visita Extraordinaria en el ya mencionado juzgado, por la cual se condenó a las siguientes

personas: a) Carlos Enrique Cruz Lorenzen, ya individualizado, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo; inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas, como autor de los delitos de falsificación de instrumento público y fraude al Fisco de Chile, sin perjuicio de la unificación de penas que correspondiere, en el evento que se dicte sentencia condenatoria en las otras causas que se tramitan en conformidad a lo previsto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; b) a Sergio Alberto Cortés Castro, ya individualizado, a la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, multa equivalente al diez por ciento del perjuicio causado; suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas, como autor del delito de fraude al Fisco de Chile, sin perjuicio de la unificación de penas que correspondiere, en el evento que se dicte sentencia condenatoria en las otras causas que se tramitan en conformidad a lo previsto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; c) Raúl Alejandro Herrera Labarca, ya individualizado, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio; suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas, como autor de los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y estafa al Fisco de Chile; y d) se absolvió a Carlos Patricio Aravena Salinas de la acusación formulada en su contra como autor del delito de falsificación de instrumento público. En el mismo veredicto, se concedió a los condenados Cortés Castro y Herrera Labarca el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujetos a la discreta observación y asistencia por la autoridad administrativa durante el tiempo de la condena y cumplir los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216, con excepción del establecido en la letra d) de su artículo 5° y, en el caso de Cruz Lorenzen, el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometido a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el tiempo de la condena, además de cumplir los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216.

En cuanto a la acción civil deducida por el Fisco de Chile, se condenó a Carlos Enrique Cruz Lorenzen, Sergio Alberto Cortés Castro y a Raúl Alejandro Herrera Labarca a pagar la suma de \$ 39.000.000.-,

más reajustes, según la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre el mes de diciembre de 1999 y la fecha del pago efectivo, e intereses corrientes desde que la sentencia quede ejecutoriada, con costas, rechazándose la demanda interpuesta en contra de Carlos Patricio Aravena Salinas.

Recurrida de casación en la forma y apelación por parte de la defensa del acusado Cruz a fojas 1589, y sólo de apelación respecto del sentenciado Cortés y el Fisco de Chile, según consta de fojas 1587 y 1601, respectivamente, y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial de fojas 1.599, a cargo del Fiscal Sr. Carroza, quien fue partidario de confirmar y aprobar el respectivo fallo con determinadas rebajas de las penas impuestas, la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 30 de marzo de 2.007, rolante de fojas 1.707 a 1.775, luego de rechazar el recurso de casación en la forma interpuesto por una de las defensas, la reprodujo, con una serie de modificaciones, eliminando once de sus razonamientos, y tuvo además, presente, otros doce, para en definitiva decidir revocarla, en aquella parte que condenó a Cruz Lorenzen como autor del delito de falsificación de instrumento público y a Herrera Labarca en la misma calidad en el ilícito de uso malicioso de instrumento público falso, resolviendo en su lugar que ambos quedan absueltos de las acusaciones que por esos delitos les fueron formuladas, confirmando en lo demás apelado y aprobando en lo consultado el ya aludido fallo, con declaración de que Herrera Labarca queda sentenciado, en calidad de co-autor del delito de fraude al Fisco, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo; multa del diez por ciento del perjuicio causado; accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena; y al pago proporcional de las costas de la causa; y se redujo la pena que por idéntico delito se impuso a Cruz Lorenzen y Cortés Castro, a sesenta días de prisión en su grado máximo, más la accesoria y multa que en el fallo de primer grado se les determinó, debiendo igualmente contribuir al pago proporcional de las costas, las que se tienen por cumplidas con el mayor tiempo durante el cual permanecieron privados de libertad en este proceso y que les reconoce el veredicto del a quo, limitando a un año el período de observación y control ante Gendarmería de Chile, respecto de la remisión concedida al sentenciado Herrera Labarca.

En contra de la anterior sentencia recurrieron, en representación de los querellantes, los abogados don Cristián Letelier Aguilar y doña Glenis Sánchez Lillo y, por los sentenciados Herrera Labarca y Cruz Lorenzen, sus abogados señores Samuel Donoso Boassi y Alberto Coddou Claramunt, respectivamente, a fojas 1.776, 1.787 y 1.812, en sendos recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación a fojas 1.853.

### **CONSIDERANDO:**

1.- Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por los querellantes particulares. (fs. 1.776)

PRIMERO: Que este primer impugnante funda su libelo en las causas primera, cuarta y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena”; “en que la sentencia, calificando como lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado”; y “en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, respectivamente.

SEGUNDO: Que, en relación a las motivaciones cuarta y séptima del artículo anteriormente citado, éstas se dirigen en contra de la decisión del fallo de segundo grado que absuelve a los acusados Cruz y Herrera de los cargos de ser autores de los delitos de falsificación y uso malicioso de instrumento público falso, respectivamente.

TERCERO: Que, en tal sentido, reconoce que, aunque se califica y se da por probada la adulteración de un instrumento público y el uso malicioso del mismo, la consecuente absolución no se aviene con lo establecido en el proceso. Agrega que, en su razonamiento noveno, el fallo atacado sostuvo correctamente que se procedió a adulterar una resolución de la Dirección General de Obras Públicas, por la que se adjudicó a la Sociedad Gesys Limitada una consultoría en mate-

ria comunicacional, mediante la erradicación de la fecha y posterior sustitución por la data que se tiene a la vista, y, dada la urgencia en el pago de la suma pactada, ascendente a \$39.000.000 (treinta y nueve millones de pesos), un funcionario, cumpliendo instrucciones de un superior jerárquico, procedió a la adulteración y luego a falsear las anotaciones que se registran en el libro de la oficina de partes de la Dirección de Obras Públicas del año 1999. De esa forma, la resolución adjudicatoria quedó con fecha 15 de noviembre, lo que motivó que la representante de la consultora emitiera una factura con fecha 14 de diciembre del mismo año, por la suma ya señalada, presentándola a cobro, no obstante que la asesoría nunca se realizó efectivamente.

CUARTO: Que a la fecha -continúa el recurso- Cruz era Coordinador General de Concesiones y tuvo cabal conocimiento de todo lo obrado ilícitamente, dando instrucciones que se dictara una resolución adjudicando a Gesys Ltda. la asesoría en cuestión, lo que motivó el pago ilícito a su representante Herrera Labarca, de tal forma que sus respectivas participaciones en calidad de autores en el delito está más que clara, de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, en términos que la Corte de Apelaciones no pudo absolver a los dos acusados como si sus acciones fueran lícitas, pues tanto el cuerpo del delito, como sus intervenciones, están probadas en el juicio, y no se trata sólo de indicios de culpabilidad -como erróneamente sostiene el fallo- que no alcanzarían a producir convicción condenatoria.

QUINTO: Que, en lo que hace a la causal basada en el ordinal 1° del artículo 546 es suficiente, para desestimarla, con señalar que el recurso sólo observa que “está clara su participación y responsabilidad en tales delitos” (de falsificación de instrumento público y uso malicioso del mismo), mas no aporta elemento o antecedente de ninguna especie para demostrar el error de derecho en que habrían incurrido los sentenciadores al expresar que únicamente hay indicios de culpabilidad, insuficientes para producir convicción sobre la participación punible de ambos imputados en los respectivos ilícitos, que sí se tuvieron por configurados.

SEXTO: Que en seguida, pero dissociada de la anterior causal sustantiva, se razona sobre la violación de las leyes reguladoras de la prueba, cuya infracción habría influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, cual es el vicio contemplado en el numeral 7° del artículo

546, citado. Sin embargo, el discurso no se centra en los medios de prueba en particular, para demostrar cómo los hechos quedaron establecidos contra la forma en que deben ser legalmente apreciados, sino que simplemente refiere la disposición del artículo 488 del Código de Instrucción Criminal, pero sin especificar cómo fue violentado.

Manifiesta, además, que el encausado Herrera Labarca habría incurrido en el delito de falsificación ideológica, sancionado en el artículo 193, N° 4° del Código punitivo, “al presentar como verdadera una oferta que no es verdadera oferta”, pero no asocia este ilícito a la transgresión de ningún canon probatorio o a cualesquiera otra causal de nulidad de fondo, lo que priva a esta alegación de sustento técnico como motivo de invalidación del fallo que se cuestiona.

Aduce, por último, que Cruz Lorenzen tuvo participación en calidad de autor del delito de falsificación de instrumento público y que existirían presunciones judiciales al efecto, que cumplirían los requisitos del artículo 488 del Código pertinente, pero no desarrolla este aserto relacionándolo con cada una de las exigencias que el legislador prevé para que esa prueba sea completa, ejercicio a todas luces insuficiente para tener por establecida la contravención de esa categoría probatoria, como lo ha expresado esta misma Corte en múltiples pronunciamientos.

SÉPTIMO: Que, en lo que respecta a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, insiste el fallo en que no se cuenta con prueba legal suficiente e idónea que justifique una condena de los acusados como autores de los hechos punibles antes relacionados, por no existir indicios que permitan suponer que hayan empleado efectivamente, como tal, la resolución adjudicatoria falsificada, ni que se hubiere hecho uso de ella a sabiendas de que había sido adulterada. Específicamente en relación al uso, manifiesta el recurso que existen presunciones graves, precisas y concordantes para estimar que Herrera Labarca cometió ese delito, dado que presentó la oferta por los treinta y nueve millones de pesos, con la absoluta convicción de que no iba a prestar el servicio que se le requería, lo que sirvió de antecedente para emitir a nombre de la sociedad la resolución investigada en autos. Estima que, por el contrario, no se han desvirtuado las exigencias establecidas en los numerales 1° a 5° del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal -que cita en forma genérica- en torno al mérito probatorio de

las presunciones derivadas de hechos conocidos o manifestados en el proceso en cuanto a la perpetración de los delitos.

OCTAVO: Que, en lo tocante al uso malicioso, éste concurriría en la medida que la oferta presentada por Herrera es precisamente el antecedente de la resolución falsa, configurándose así su participación como autor de falsificación ideológica, de conformidad al artículo 193 N° 4 del Código Penal, desde que existe falsedad al alterar la verdad contenida en un documento dotado de significación jurídica, presentándose como verdadera una oferta que no lo es. En cuanto al delito de falsificación de instrumento público cometido por Cruz Lorenzen, existen en autos un cúmulo de antecedentes -que el recurso no especifica- configurantes de presunciones judiciales, por fundarse en hechos reales y probados, siendo múltiples y graves, precisas, directas y concordantes con otras, confluyentes todas en la misma dirección, en el sentido que Carlos Cruz tuvo participación en calidad de autor en el delito de falsificación de instrumento público, lo que sus declaraciones de fojas 114 vuelta no vienen sino a ratificar, pese a que el fallo de alzada no les atribuye ese alcance.

NOVENO: Que, en una segunda parte del recurso, los querellantes dirigen, además, su reproche respecto de la sentencia de segundo grado, fundados en la causal primera del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en relación a aquella parte del fallo que redujo las penas a los enjuiciados Herrera, Cortés y Cruz, atribuyendo una calificación errada a la participación del primero en el delito de fraude al fisco, en tanto que respecto de los dos últimos, estima errónea la aplicación de la media prescripción, establecida en el artículo 103 del Código Penal, con lo que se redujeron considerablemente sus penas, citando al respecto el razonamiento octavo del fallo en análisis.

Sostiene que para la tipificación de la figura penal de fraude al Fisco, del artículo 239 del texto penal, no basta que el empleado público, usando cualquier artificio, haya defraudado o consentido que se defraudara al Estado, sino que es menester que lo haya efectuado con motivo de su actuación oficial en alguna operación en la que haya intervenido por razón de su cargo, siendo indudable que los empleados públicos, partícipes en los hechos, actuaron en ejercicio de su cargo, de modo que el sujeto activo del delito es calificado, por revestir el carácter de empleado público, en los términos del artículo 260 del

Código Penal. Pero, si hay participación en el ilícito de otros sujetos, como es el caso, esos particulares estarán cometiendo el de estafa, porque son sujetos activos indiferentes, que con su actuar doloso satisfacen el tipo penal de la estafa, como ocurre con Herrera Labarca, quien no puede ser condenado como autor de fraude al Fisco.

DÉCIMO: Que, el otro error -continúa el recurso- es en relación al artículo 103 del código criminal, pues de la sentencia atacada se colige que la Corte cuenta la suspensión de la prescripción penal desde la fecha del auto de procesamiento, lo que se aparta del verdadero sentido y alcance del artículo 96 del mismo texto, desde que la propia Corte Suprema ha sentado jurisprudencia acerca del momento inicial de aquélla, la que opera desde que se inicia el procedimiento penal, por cualquiera de las formas señaladas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

DECIMO PRIMERO: Que, finalmente, sostiene la recurrente que los errores de derecho mencionados, han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que de no haber existido tales yerros, los sentenciadores de segundo grado habrían llegado a la misma conclusión que la sentencia de primera instancia, que sancionó a los tres acusados como autores de los delitos de falsificación de instrumento público falso, uso malicioso del mismo, estafa y fraude al Fisco, debiendo mantener las penas impuestas en el fallo del a quo. Solicita, en tal virtud, que se acoja el presente reclamo, anulando la sentencia de segundo grado, y dictando una de reemplazo por la que se resuelva condenar a los tres acusados, por las participaciones, delitos, y sanciones señalados en el pronunciamiento de primer grado.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en relación a aquella parte del recurso reseñada en la consideración séptima precedente, consistente en estimar errónea la condena del particular Raúl Herrera Labarca en calidad de autor del delito de fraude al Fisco, en circunstancias que debió ser condenado como autor de uno de estafa, cabe expresar que esta Corte Suprema ha apuntado, en forma reiterada que la única forma de modificar los hechos establecidos por los sentenciadores del fondo, y permitir, en consecuencia, entrar a estudiar una eventual procedencia de la o las demás causales invocadas, es mediante la invocación adicional de aquélla del numeral séptimo del artículo 546, para los casos en que en el establecimiento de los hechos, por los jueces del fondo

se haya vulnerado las leyes reguladoras de la prueba, y ello hubiere influido de manera sustancial en lo dispositivo del fallo.

Sin embargo, dado que en el caso planteado lo que se cuestiona es la calificación jurídica que de los hechos hicieron los falladores de segundo grado, no se hace necesario examinar la procedencia o improcedencia de la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, alegada por estos recurrentes.

DECIMOTERCERO: Que el tema en cuestión se encuentra directamente vinculado con los principios que reglan la participación criminal, por medio de los cuales se busca determinar el título de imputación de los partícipes (inductores, cómplices y encubridores) en el delito del autor. En general, la doctrina reconoce la importancia de cuatro, denominados como accesoriedad, exterioridad, convergencia; y el que aquí interesa, el de la “comunicabilidad”, referido a aquellos tipos penales que requieren la intervención de un sujeto activo especial, como ocurre en el fraude al Fisco, respecto de la calidad de funcionario público de su autor.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación un distingo, que ha originado un interesante debate en la dogmática nacional, entre los llamados delitos especiales propios y los impropios. Pertenecen a la primera categoría aquéllos en que las circunstancias personales concurrentes se comportan como fundantes del injusto, en forma tal que no existe un delito común al cual reconducir los hechos si esa cualificación no se presenta, como sucede en el incesto o en la prevaricación, figuras ambas en que, suprimida mentalmente la cualificación, desaparece el ilícito, a cualquier título. Tratándose, en cambio, de un delito especial impropio, la calidad personal sólo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación: es lo que sucede con la malversación de caudales públicos o con el fraude al Fisco, aquí investigado, porque, separada hipotéticamente la condición personal de funcionario público del interviniente, el ilícito sigue existiendo, aunque sea a otro título (v. gr., como una apropiación indebida, del artículo 470, N° 1°, o estafa, del artículo 468, ambos del Código Penal).

Pues bien, en doctrina no hay consenso acerca del papel que las circunstancias personales o subjetivas deben jugar en el ámbito de la

comunicabilidad. Así, NOVOA (Eduardo Novoa M., “Curso de Derecho Penal”, T. II, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Stgo., 1.996, págs. 239 y siguientes), SCHEPELER (Enrique Schepeler, “Comunicabilidad y parricidio”, en Revista de Ciencias Penales, T. 13, 1.953, págs. 49 y ss.) y, si bien con matices, GARRIDO, quien sostiene la comunicabilidad de las circunstancias personales, a partir del dolo del coautor, pero sólo respecto de las atenuantes y agravantes no incluidas en la descripción típica y conocidas por éste (Mario Garrido Montt, “Derecho Penal”, EJCH., Stgo., T. II, pág. 332), abogan por la comunicabilidad de las calidades personales integrantes del tipo, basándose en que un mismo hecho no puede ser jurídicamente calificado en forma distinta respecto de las diversas personas que intervienen en su ejecución.

A contrario, defienden la tesis de incomunicabilidad de las circunstancias personales, en los delitos especiales impropios, ETCHEBERRY (Alfredo Etcheberry O., “Derecho Penal”, Parte General, T. II, 1.997, EJCH., Stgo., págs. 83 a 85) y CURY, quien abandona más tarde esta posición, como luego se verá (Enrique Cury U., “Derecho Penal”, Parte General, EJCH., T. II, Stgo., págs. 232 a 233).

DÉCIMO CUARTO: Que, a criterio de esta Corte Suprema, la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al fisco, castigado en el artículo 239 del Código Punitivo, se comunican a los autores en que concurren, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. Así, por lo demás, lo ha resuelto este Tribunal Superior en sentencias Rol N° 5419-03 de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis y la de fecha treinta de julio de mil novecientos sesenta y nueve, publicada en la R.D.J. L XVI, 4-170.

Clave en esta reflexión resulta ser la determinación de si el tipo delictivo conserva o no su carácter de tal en el supuesto de eliminarse hipotéticamente la circunstancia personal de ser empleado público uno de los copartícipes, evento en el cual deberá concluirse que aquélla integra el correspondiente tipo y, por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella.

Tal es, precisamente, la hipótesis de la especie, por existir suficiente evidencia, en el proceso, del conocimiento que Herrera Labarca tenía

de la relación estatutaria que vinculaba a sus co-autores con la Administración del Estado, presupuesto de comunicabilidad que debe, por ende, considerarse concurrente.

DECIMOQUINTO: Que las cavilaciones que anteceden son suficientes para arribar a la deducción de que el sentenciador de segunda instancia dio una correcta interpretación al artículo 239 del Código Penal al estimar que la actuación punible del procesado Herrera Labarca es constitutiva del ilícito allí sancionado, por comunicación de las circunstancias personales concurrentes en sus copartícipes empleados públicos, que le hacen extensivo similar tipo y la consiguiente penalidad.

En consecuencia, no ha incurrido esa sentencia en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con la referida disposición sustantiva.

DECIMOSEXTO: Que, siempre dentro de la causal del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, entiende el impugnante que el sentenciador de segunda instancia cometió también error de derecho al fijar la naturaleza y grado de la pena, al beneficiar a todos los procesados con la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal.

El vicio se habría producido al computarse la prescripción de la acción penal desde la fecha del auto de procesamiento y no desde que el procedimiento se dirigió contra él, por cualquiera de las formas señaladas en el artículo 81 del señalado cuerpo procesal, interpretación que se apartaría del verdadero sentido y alcance del artículo 96 del Código Penal, acorde jurisprudencia -que no refiere en cuanto a su fuente- de esta misma Corte.

Pero sucede que la explicación de base aducida no se conforma con lo que efectivamente discurrió el veredicto en tela de juicio, en su meditación decimocuarta, donde apunta que procede acoger la denominada media prescripción “porque si bien a la fecha en que se dirigió la investigación en su contra -de Cruz Lorenzen- por la comisión del delito de fraude al Fisco investigador en estos autos y por el cual se le sometió a proceso el 22 de abril de 2.004, se encontraba todavía vigente la acción penal derivada del ilícito, lo cierto es que había transcurrido más de la mitad del tiempo que la ley exige para

la prescripción que empezó a correr en la fecha en que se cometió, noviembre de 1.999, sin que conste de autos que durante ese lapso se hubiere ausentado del país ni cometido nuevo delito”. Luego, no dice ese pasaje que el tiempo correspondiente se haya computado desde la época del auto de procesamiento -como pretende el detractor- sino sostiene que entre la data de comisión del ilícito y la fecha en que “se dirigió la investigación en su contra”, había transcurrido el lapso requerido para la procedencia del beneficio de que se trata, consignándose el antecedente sobre la fecha del sometimiento a proceso como meramente ilustrativo.

Como fuere, ningún antecedente se ofrece en torno al momento en que se habría iniciado el procedimiento contra el o los imputados, omisión inexcusable en un recurso de derecho estricto como el que nos ocupa, pues impide a este Tribunal de Casación ponderar siquiera el fundamento del eventual vicio, con independencia del planteamiento de fondo, el que, consiguientemente, no se analizará en cuanto al fondo, desestimándose la causal.

2.- Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del acusado Herrera Labarca. (fs. 1.787)

DECIMOSÉPTIMO: Que este segundo impugnante funda su recurso en las causales tercera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “en que la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal” y “en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, pues a consecuencia de lo último se estableció erróneamente que Herrera Labarca era autor de un hecho calificado como fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable, lo que implicó infringir los artículos 10, y 239 del Código Penal; 459, 464, 478, 479 y 488 y 456 bis, todos del Código de Procedimiento Penal, 340 del Código Procesal Penal y 19, inciso 1º y 20 del Código Civil.

DECIMOCTAVO: Que, en relación a la forma en que se produjo la violación de ley, ésta acaeció al no otorgarse a los testimonios y documentos a que se refiere el libelo la valoración conforme a los criterios que establecen las ya citadas normas del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación incorrecta condujo a establecer, como un he-

cho de la causa, la inexistencia de deuda por parte de la Coordinación General de Concesiones (en adelante CGC) para con la empresa Gesys a diciembre de 1.999, deuda real y efectiva que, de haberse tenido por acreditada, conforme a la evidencia rendida, impediría tener por configurado en autos el delito de fraude al Fisco, desde que uno de los elementos centrales de ese tipo penal es el perjuicio, no concurrente si con el pago de \$39.000.000 se solucionaba una obligación preexistente de la CGC con Gesys.

Tal criterio -continúa- es el que sostiene y justifica el voto de minoría contenido en la sentencia de segunda instancia, redactado por el Ministro Sr. Carlos Cerda, el que arriba a tal conclusión sobre la base de un acucioso y detallado examen de la prueba que obra en el proceso, que refiere pormenorizadamente, concluyendo que aquélla, de haber sido apreciada conforme a las reglas que fija el Código de Procedimiento Penal, debía llevar a la conclusión de que no es posible sostener, con plena convicción y más allá de una duda razonable, que no haya existido la deuda con Gesys, pagada a través de la resolución N° 3.246, “por todo lo cual no es posible -en palabras del Ministro disidente- sostener, categórica e indubitadamente, la inexistencia de deuda a por esa suma, de lo que se sigue la falta de sustento de la premisa que descarta que la Resolución N° 3.246 haya perseguido asumirla. Puede que no. Pero más puede que sí y la duda impide el reproche”.

DECIMONOVENO: Que los hechos que la correcta apreciación de la prueba habría permitido tener por acreditados y que son los que permiten arribar al estándar de duda que obliga a absolver, son aquellos que la disidencia consigna en sus literales A) a la L) inclusive, deteniéndose en el análisis particular del mérito probatorio de las declaraciones de Sergio Cortés Castro, ya que, como lo recuerda el voto de minoría, dicho elemento de juicio es el que mayor incidencia ha tenido en el veredicto de condena que nos ocupa.

En este sentido, los hechos que la correcta apreciación de la prueba habría permitido tener por acreditados son, según el voto de minoría del Ministro Sr. Cerda, que el recurso de casación transcribe, los siguientes:

“A) Los años 1.996 y 1997 comenzó a operar un profundo cambio en la estructura, organización y funcionalidad de la sección del MOP que se ocupaba del expectante régimen de concesiones de obras públicas en el país.

“B) En buena medida los estudios para ello necesarios provinieron de especialistas mejicanos que operaban a través de la empresa G y T, sita en esa nación extranjera.

“C) G y T actuaba en Chile por intermedio de GESYS Ltda. siendo cabeza visible de la primera Antonio Medina Mora Icaza y de la segunda Raúl Herrera Labarca.

“D) Una de las adecuaciones fundamentales concirnió a la modalidad de las comunicaciones entre los partícipes que en número creciente iban incorporándose a las novedades del trabajo, que basada como estaba en el correo electrónico clásico, derivaron en el uso generalizado, incluso más allá de la CGC., de los softwares On Track y Lotus Notes, de mutuo requerimiento entre sí.

“E) Uno de los primeros contratos de asesoría celebrados entre la CGC y GESYS comprendió el valor de la licencia para 30 usuarios del software On Track, la que cubría su uso, su mantención y su actualización por un año, desde el 1° de octubre de 1.997 hasta el 30 de septiembre de 1.998, y sólo para 30 usuarios.

“F) El 30 de junio de 1.998 la licencia se extendió a 220 usuarios, siempre por un año, es decir hasta el 30 de junio de 1.999.

“G) No existe evidencia de ninguna clase en orden a que la CGC, el MOP o el Fisco de Chile hayan pagado a GESYS/GyT la masiva utilización de los mencionados software desde marzo de 1.999 en adelante, pues el último pago conocido abarcó 150 licencias hasta el 30 de septiembre de 1.998 y 100 licencias hasta el 23 de marzo de 1.999.

“H) De las quince consultorías adjudicadas a GESYS, desarrolló al menos las nueve últimas sin que el Estado de Chile le cubriera y solucionara el costo del empleo del On Track y el Lotus Notes, si se considera que la sexta en orden cronológico -Resolución N° 1.355- es de 11 de noviembre de 1.999 (sin contar con que a partir de la contra-

tada por Resolución N° 1.637, de 25 de junio de 1.998, no alcanzaba a abarcarse el período de la licencia legítimamente obtenida).

“I) GESYS/GyT procedió reiteradamente a cobrar esos derechos, obteniendo soluciones parciales que llevaron a que desde 1.999 hubiera una deuda de arrastre por los conceptos anotados, sin que conste que la situación haya sido solucionada.

“J) A fines de diciembre de 1.999 el monto de esa deuda pudo ser de \$ 50.000.000, según un dato, o entre US\$ 40.000 y US\$ 100.000, según otros.

“K) Atendida la naturaleza de la asesoría que a la CGC prestaba GESYS, al encararse la materia específica abarcada por un contrato, en el camino surgían otras cuyo estudio se revelaba indispensable e impostergable, estudios y consecuentes actividades éstas que generaban gastos no considerados en el contrato en desarrollo y que impelían el surgimiento de otro que, con el nombre del área temática adicionalmente emanada, venía a financiar los egresos no previstos en que la consultoría había debido incurrir para el éxito de su gestión y para no interferir la dinámica de un veloz proceso de adecuación administrativa que terminó dotando al Gobierno central de un novedoso régimen concesional.

Esto hizo que ulteriores contratos sirvieran para pagar a GESYS -y a otras empresas- los gastos que la CGC le adeudaba por la razón recién explicada.

“L) A diciembre de 1.999 la CGC adeudaba a GESYS/GyT, al menos, los derechos correspondientes al uso generalizado de los software On Track y Lotus Notes desde el 23 de marzo de ese año, con su mantención y actualización, por sumas superiores a los \$39.000.000.”

Al efecto, límitase el recurso a reproducir el razonamiento que al disidente merecen una serie de antecedentes que, en su percepción, privarían de eficacia probatoria a las declaraciones de Sergio Cortés Castro, concluyendo que el análisis de todos estos elementos contribuiría a descartar definitivamente el testimonio de aquél como un elemento de juicio suficiente para justificar la inexistencia de deuda de la CGC con Gesys, a diciembre de 1.999.

VIGÉSIMO: Que -siguiendo siempre textualmente la argumentación del voto disidente- enfatiza el recurso que tanto la sentencia de primera instancia como la de segundo grado insisten en el pago que la empresa R y Q habría efectuado a Gesys, antecedente a partir del cual se da por sentada la inexistencia de la deuda de la CGC para con Gesys.

Destaca, en este sentido que, acorde al pronunciamiento minoritario del fallo recurrido, la disparidad de antecedentes probatorios al efecto no permite tener por acreditado que R y Q haya pagado efectivamente a Gesys \$10.230.000 de lo que le adeudaba la CGC, corolario que extrae de las cavilaciones formuladas en el correspondiente voto, bajo los literales A) a la L), en fojas 1.721 y siguientes.

Por último, existen antecedentes probatorios, que cita el voto de minoría, que permiten tener por acreditadas prácticas poco ortodoxas desde el punto de vista administrativo que fueron generalizadas en la época que ocurren los hechos, contexto que se une a los antecedentes anteriores para sentar la duda razonable en orden a la inexistencia de la deuda de la CGC con Gesys.

Colige, por último, siempre reproduciendo literalmente extensos pasajes del voto divergente, que no concluir sobre la base de los antecedentes probatorios que allí se transcriben, en un detallado y pormenorizado análisis, en el sentido de existir un margen de duda mucho mayor que el que razonablemente admite la actuación jurisdiccional sobre la inexistencia de la deuda que la CGC tenía para con Gesys, lleva a su vez a descartar el elemento perjuicio y con ello a no tener por acreditado el delito investigado, lo que implica que la sentencia incurre en vulneración de las leyes reguladoras de la prueba.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la sentencia condenatoria -prosigue el recurso- se funda en criterios que violentan las siguientes disposiciones del Código de Procedimiento Penal:

a) El artículo 459 del texto adjetivo criminal, ya que “en autos existen las declaraciones de más de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, y no contradicha por otro u otros igualmente hábiles, respecto de hechos que son suficientes para sentar la existencia de hechos o antecedentes que permiten configurar un

estándar de duda razonable en orden a la inexistencia de la deuda que la CGC mantenía con Gesys a Diciembre de 1999, y que fue la que se pagó mediante la resolución cuestionada”;

b) El artículo 464 del Código ya citado, pues “se da el caso de testimonios que no reuniendo los requisitos del artículo 459, constituyen presunciones judiciales en orden a lo mismo, a establecer un margen de duda más que razonable respecto a la inexistencia de la referida deuda. Al efecto existen en autos las declaraciones que cita el voto de minoría, transcrito en el N° 3 del recurso, letras b), h), i), j), t), v), w), y x), en el N° 9 letras A), B), C), y D), y en el N° 10 letras a) a la aa); y dd) a la hh), todas las cuales, valoradas adecuadamente conforme a estas disposiciones, debieron llevar a los sentenciadores de mayoría a considerar acreditados hechos suficientes para tener por sentado un margen de duda más que razonable respecto a tener por acreditado como hecho de la causa la inexistencia de la deuda, y que en consecuencia no se encontraba legalmente acreditado en el proceso la existencia del perjuicio necesario para configurar el delito de fraude al fisco”;

c) “Los artículo 478 del CdPP (sic), ya que tampoco se da a los documentos agregados a la causa, reconocidos por quienes los hicieron o firmaron, la fuerza probatoria que les corresponde, equivalente a la declaración de testigos, en circunstancias que de haberseles dado dicho valor probatorio debió llevar al juzgador a concluir que unidos a las demás probanzas configuraban una duda razonable en cuanto a la inexistencia de la deuda, lo que implicaba abstenerse del reproche penal”; y

d) También se infringe el artículo 479, al no otorgarse valor a los documentos agregados con o sin consentimiento de sus autores o dueños”, de los que cita particularmente los aludidos en el cardinal 3 del propio escrito de casación, designados con las letras a), c), d), e), f), g), k), i), m), n), ñ), o), p), q), r), s), y), y z); así como en el N° 10 del mismo documento, letras bb), cc), dd) e ii)”.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, finalmente, se transgredió -en opinión de la recurrente- el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, por existir presunciones judiciales que pueden constituir prueba completa de un hecho, toda vez que se fundan en los cinco numerales

del artículo -que cita- configurando un margen de duda razonable en cuanto a la inexistencia de la deuda que CGC mantrenía con Gesys a diciembre de 1.999.

Más adelante apunta que la ley autoriza para dar por probado un hecho, mediante prueba testimonial y de presunciones, cuando se dan determinados presupuestos fácticos y jurídicos, como en la especie, “lo cual permite tener por acreditado un estándar suficiente de duda razonable respecto de la inexistencia de la deuda en comentario”, de modo que “no darle tal valoración a un conjunto tan contundente de elementos implica violar las disposiciones procesales que regulan la prueba”.

Haciéndose cargo de la prueba consistente en las declaraciones de Sergio Cortés Castro, remarca que esta no cumple con ninguno de los requisitos del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, para ser considerada plena prueba del hecho de no existir la deuda, atendido que:

- a) se trata de una declaración solitaria, en circunstancias que la norma en cuestión exige que sean dos los testimonios;
- b) se trata de una persona que declaró exhortada a decir verdad, como inculpado principal de la causa, mientras que el artículo 459 exige que lo haya hecho bajo juramento;
- c) se trata, por último, de declaraciones contradichas y contradictorias, como lo demuestra el detallado análisis que efectúa el voto de minoría del Ministro señor Carlos Cerda, reproducido en lo pertinente.

Agrega que, conforme jurisprudencia que no desarrolla, relativa al artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, para dar por establecido un hecho se requiere como mínimo de dos testigos, pero en este caso ni siquiera hay uno, pues Cortés Castro no es testigo. De ahí la violación de las leyes reguladoras de la prueba. Y no es testigo pues no declara bajo juramento. Tampoco puede ser tomado como base de una presunción, de acuerdo al artículo 464, ya que, el requisito del juramento rige “siempre”, según el artículo 459.

En conclusión, en el caso de Cortés Castro, el hecho que sirve de base a la presunción es uno solo, de modo que al dar por establecida la inexistencia de la deuda en base a este elemento probatorio, se ha hecho con violación al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que señala que las presunciones deben ser múltiples, lo que la jurisprudencia ha resuelto es ley reguladora de la prueba, anulable por la vía de la casación interpuesta.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, finalmente, se denuncia la infracción del artículo 456 bis del Código Procedimiento Penal, que establece como un elemento imprescindible para condenar a una persona que: “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”.

Reitera que, de acuerdo a los medios de prueba legal que contempla nuestro régimen de enjuiciamiento, no puede sostenerse que su defendido haya cometido el delito de fraude al fisco, por no constituir un hecho de la causa la inexistencia de la deuda que la CGC tenía con Gesys, lo cual obsta a la configuración del elemento central de este tipo penal.

Añade que, encontrándose vigente en todo el país la denominada Reforma Procesal Penal, el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal debe ser interpretado en concordancia con el artículo 340 del Código Procesal Penal, conforme al cual “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”, y resulta que respecto del delito de fraude al Fisco, existen en la causa antecedentes probatorios suficientes, que de haber sido valorados de acuerdo a los que establecen las leyes reguladoras de la prueba, debieron llevar al tribunal a tener por acreditado un margen de duda más que razonable respecto a la inexistencia de la deuda que la CGC mantenía, a la fecha de la resolución N° 3.246, con GYT a través de Gesys, por lo cual resulta que no es posible para el tribunal adquirir la convicción que exige el artículo 456 bis, como tampoco

es posible formar la convicción más allá de una duda razonable que exige el 340 del segundo texto citado. En tal escenario, el margen de duda razonable ha debido conducir a la absolución de su representado.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, adicionalmente, se infringen diversas normas sustantivas, como el artículo 10 del Código Penal, al calificar erróneamente como delito un hecho que, en base a las disposiciones reguladoras de la prueba, no puede ser calificado de tal y el artículo 239 del Código Penal, que tipifica el delito de fraude al fisco, ya que por una errónea aplicación de las leyes reguladoras de la prueba se entiende que los hechos investigados se enmarcan en dicho tipo penal.

Por último, se transgrede en la decisión recurrida los artículos 19, inciso 1º y 20 del Código Civil, radicando esta vez el error en que el sentido de las disposiciones vulneradas -artículos 10 y 239 del Código Penal; 459, 464, 478, 479 y 488 y 456 bis, todos del Código de Procedimiento Penal, y 340 del Código Procesal Penal- es claro en el sentido de cuál es la valoración que las leyes reguladoras de la prueba dan a los medios probatorios producidos en la causa y sobre qué debe entenderse como tipo penal del delito de fraude al Fisco, de modo tal que, en base a los antecedentes probatorios del proceso, sobre la duda más que razonable respecto a inexistencia de la deuda que la CGC tenía para con Gesys a Diciembre de 1.999, se produjo una violación de las leyes reguladoras de la prueba, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, estableciéndose erróneamente que don Raúl Herrera Labarca es autor de un hecho calificado como delito de fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, si el fallo no hubiese violado las leyes reguladoras de la prueba, no habría dado por establecida la inexistencia de la deuda que la CGC tenía con la empresa Gesys, y debió tener por sentado un estándar razonable de duda en torno a la existencia de dicha deuda, y existiendo un grado de duda -mucho mayor que el tolerable por la razonabilidad exigible al juicio jurisdiccional- se debió absolver al ocurrente.

Pide, en consecuencia, que se acoja el presente recurso, se anule la sentencia recurrida, dictando, acto seguido, separadamente y sin nue-

va vista, la correspondiente sentencia de reemplazo, que deberá absolver a don Raúl Herrera Labarca, acogiendo la defensa opuesta en el escrito de contestación de la acusación.

VIGÉSIMO SEXTO: Que la infracción a las leyes reguladoras de la prueba denunciada se habría producido al tener por establecido el fallo en casación la inexistencia de una deuda preexistente de la Coordinación General de Concesiones para con la empresa Gesys, omisión que traería como consecuencia la concurrencia adicional del artículo 546, N° 3° del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, desaparecido el perjuicio, que es elemento consustancial del fraude imputado, la conducta correspondiente dejaría de ser penalmente reprochable.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en orden a la primera de las normas de ponderación de la prueba que se dice vulneradas -la del artículo 459 del Código de Instrucción Criminal- es del caso recordar que, contrariamente a lo argumentado por el recurso, no es la declaración de Cortés Castro el único ni siquiera el más importante de los referentes apreciados por el sentenciador para tener por acreditado el hecho punible, para ratificar lo cual es suficiente remitirse a los razonamientos vertidos en las reflexiones 18ª, 19ª, 20ª y 35ª del veredicto de primera instancia, categóricos respecto de las evidencias que desmienten la aseveración de Herrera Labarca concernientes a la eventual deuda de la Coordinación General para con Gesys.

Se recalca, en la última de esas consideraciones, que las declaraciones prestadas por los testigos Guerrero Sepúlveda, Salinas Rojas y Torres González -además de Cortés Castro-, todos presentados por la defensa del condenado Herrera Labarca, no sirven para el indicado propósito, ponderándolas con lo que sobre el punto declaran el propio Torres González, a fojas 793 y siguientes, así como Marcia de Lourdes Román Morales, a fojas 800 y siguientes; Oscar Montealegre Iturra, a fojas 806 y siguientes, además del mérito de los documentos a que ellos aluden en sus respectivos testimonios, agregados al proceso y mencionados en el fundamento 2° de la resolución recurrida.

En este contexto, carece de toda relevancia que el testigo Cortés Castro no haya declarado bajo juramento, incumpliendo así uno de los requisitos que, para asignar valor de plena prueba a la declaración de

dos testigos hábiles y contestes, plantea el artículo 459 del Código Procesal pertinente. Y es así porque la deposición de ese declarante, aunque prestada sin previo juramento -por ser, además, inculcado en la causa- puede constituirse en presunción judicial, al tenor del artículo 464 del Código citado, sin perjuicio que, reuniendo el resto de los testigos las condiciones exigidas en el artículo 459, sus declaraciones, que armonizan con los documentos antes aludidos, si representan demostración suficiente de que la presunta deuda, que restaría tipicidad al comportamiento del recurrente, no existió realmente.

Este razonamiento resulta entonces suficiente para excluir la procedencia del vicio invocado, en cuanto estima vulnerados tanto el artículo 459 cuanto el artículo 464 del cuerpo procesal que interesa.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en lo que concierne a los artículos 478 y 479 del Código Procesal pertinente, ambos relacionados con la prueba instrumental, y que también el recurso aprecia como quebrantados, cabe anticipar que el último de ellos se refiere a los instrumentos que existen en poder de terceros, que se ordena agregar al proceso con o sin el consentimiento de sus autores o dueños, en cuanto sean conducentes a la comprobación del delito o de sus perpetradores, pero nada dice acerca de su eficacia probatoria, lo que obsta a conferirle el carácter de norma regulatoria de la prueba y obliga, por ende, a desestimar su eventual infracción como motivo de nulidad.

En lo que atañe al artículo 478, baste consignar que no se indica en el escrito de casación la forma específica en que los escritos privados reconocidos por el que los hizo o firmó, que se detallan por remisión al voto disidente del Ministro señor Cerda, sistemáticamente citado en el recurso, pudieron conducir, apreciados como declaración de testigos -que es el valor que la disposición les otorga cuando no emanan del procesado- a una conclusión diversa de aquella a que arribaron los jueces del fondo, aun justipreciados en su contexto con otras pruebas concurrentes.

Tal razonamiento conducirá a excluir igualmente la infracción de la anotada regla.

VIGÉSIMO NOVENO: Que el artículo 456 bis de la misma recopilación procesal en análisis contiene “una base general y superior a toda

demostración jurídica (en el sentido) que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar”, como reza el Mensaje del Código. En el parecer del recurrente, el mandato allí consagrado habría sido sobrepasado por el sentenciador, por existir en autos antecedentes suficientes como para producir en él una duda “más que razonable” acerca de la preexistencia de una deuda de la Coordinadora General de Concesiones para con la empresa Gesys, que la resolución adjudicatoria del contrato en que incide la consultoría no realizada se habría limitado a reconocer, al disponer el pago de lo anteriormente adeudado.

Al respecto, cabe desde luego puntualizar que, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, la disposición en cuestión no es norma reguladora de la prueba, de modo tal que su presunta transgresión no puede dar lugar a la interposición de un recurso de casación en el fondo.

Pero, sin perjuicio de esa determinante consideración, el discurso del impugnante no es idóneo para el objetivo perseguido, en cuanto confunde el rol que el espíritu de la norma en referencia asigna al juez en cada una de las hipótesis terminales del juicio penal, cuales son la absolución o la condena.

En el primer caso, puede apreciar libremente los antecedentes de la causa y fallar absolviendo a los inculpados cuando no se ha formado convicción acerca de la existencia del delito o de la participación culpable de aquéllos. En cambio, para condenar, la libertad del juzgador queda restringida por el deber legal de asentar el convencimiento en la existencia del hecho ilícito y la responsabilidad del o los procesados, establecidas por medio de prueba legal, indispensables para fundar la convicción.

Y si no se ha logrado demostrar la errónea aplicación o interpretación de ninguna de las probanzas legales objeto del cuestionamiento de la recurrente, no se divisa de qué manera la simple duda en torno a una aparente obligación previa de género del órgano público concernido con una empresa particular, cuyo monto es del todo indeterminado y que, por lo tanto, carecería de objeto -acorde con los principios generales que gobiernan los actos jurídicos- podría importar una contravención a las leyes reguladoras de la prueba en el caso concreto y,

más aún, al artículo 456 bis, que, por consiguiente, no ha sido transgredido de ninguna manera.

TRIGÉSIMO: Que la invocación del artículo 340 del Código Procesal Penal -semejante en lo sustancial al mentado artículo 456 bis referido- como propasado, se rechazará de plano, con solo precisar que ese precepto no se encontraba vigente para la Región Metropolitana al tiempo de los hechos materia de la investigación.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en lo que hace a las disposiciones del Código Civil igualmente mencionadas como desconocidas por el fallo que se pretende nulo -los artículos 19, inciso 1° y 20- el arbitrio procesal impetrado no formula consideración alguna sobre la forma en que se pudo contravenir sus respectivos mandatos, circunstancia que impide acoger el vicio alegado por esta causal.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que vincula la recurrente la infracción del artículo 546, N° 7° del Código de Procedimiento Penal -que ya se ha patentizado que no concurre- con la del ordinal 3° del mismo artículo, en cuanto el nuevo hecho que se pretendió establecer, privaría de tipicidad penal al comportamiento del ocurrente.

El señalado argumento, subordinado a la comprobación de nuevos hechos que no se acreditó hubieran sido omitidos con infracción de la leyes reguladoras de la prueba, obsta ciertamente a la aceptación de la última causal aludida, la que, técnicamente, no podrá prosperar, porque su aceptación importaría prescindir de los hechos tal y como éstos han quedado irremisiblemente fijados en el proceso.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, si bien el recurrente pretende establecer una serie de hechos nuevos que el veredicto de segunda instancia no habría tenido por establecidos, contraviniendo con ello las normas sobre ponderación de la prueba, no realiza un análisis metódico de la forma en que estos nuevos antecedentes de facto habrían influido en lo resolutivo de aquél.

Y para comprobar lo inidóneo de tales nuevos antecedentes, es del caso consignar que el monto de la deuda que presuntamente tendría la Coordinadora de Concesiones para con GESYS, carece de determinación, pues “pudo ser de \$50.000.000, según un dato o entre US\$

40.000 y US\$ 100.000 (literal “J”), reproducido en la reflexión 19<sup>a</sup> o tratarse de “sumas superiores a los \$39.000.000 (literal “L”).

Esta indeterminación del objeto constituye un impedimento insalvable para que la presunta convención creadora de la obligación preexistente imputada a la Coordinadora de Concesiones, pudiera adquirir validez y eficacia. En efecto, el artículo 1.461 del Código Civil exige, para que un acto o declaración de voluntad obligue a los contratantes, que la cantidad que constituye su objeto, si fuere incierta, pueda ser determinada conforme a las reglas o datos que fije el propio acto o contrato, certeza de que carecen los hechos presuntamente establecidos en la meditación 19<sup>a</sup>, de lo cual es dable inferir que el aparente crédito referido no tiene consistencia jurídica.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en mérito de todo lo anterior, el recurso de casación en el fondo intentado por la defensa del señor Herrera Labarca será rechazado en su integridad.

3. Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Cruz Lorenzen. (fs. 1.812)

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, respecto del tercer y último recurso intentado, se funda en las causales del numeral 7° en relación con el número 3° del artículo 546 del Código Procedimiento Penal, vale decir, haberse violado las leyes reguladoras de la prueba, a consecuencia de lo cual se estableció erróneamente que Cruz Lorenzen es autor, sin serlo, de un hecho calificado como delito de fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable, denunciando como leyes infringidas los artículos 1°; 15 números 1° y 2°; 239 y 260 del Código Penal; 456 bis, 459, 464, 478, 479 y 488 del Código Procedimiento Penal; 340 inciso 1° del Código Procesal Penal; 1°, 2° y 3°, letra a) de la ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo; 24 y 55 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado (cuyo texto refundido fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley número 1/19.653 del año 2.001) y 19, inciso 1° y 20 del Código Civil.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, en relación a la forma en que las infracciones de ley denunciadas se habrían producido, sostiene en primer lugar que, en relación a las leyes reguladoras de la prueba, contenidas

en los artículos 459 y 464 respecto de la testimonial; 478 y 479 en relación a los documentos privados y de terceros y 488, que establece las exigencias que deben cumplir las presunciones para constituir plena prueba de un hecho, fueron omitidas y no observadas por los Ministros de mayoría que concurrieron al fallo de segunda instancia, quienes declararon la inexistencia de la deuda que la Consultora GESYS invocaba en su favor, respecto de la Coordinación General de Concesiones. Sin embargo, como aparece con meridiana claridad en el voto de minoría del Ministro don Carlos Cerda Fernández -continúa argumentando- dicha conclusión no se aviene con el mérito del proceso, sino todo lo contrario, resulta más plausible que esa deuda, por un monto de \$39.000.000 (treinta y nueve millones de pesos), efectivamente existió y fue pagada con la resolución impugnada como constitutiva del delito de fraude al Fisco.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en orden a la existencia de obligaciones pendientes de la Coordinación General de Concesiones con GESYS/GyT, discurre en forma sustancialmente similar a como lo hace el recurso precedentemente extractado, haciendo igualmente suyo el voto del Ministro Sr. Cerda, que también se reproduce literalmente, en los mismos pasajes, en cuanto reafirman su versión.

Esta reiteración discursiva excusa a esta Corte de volver sobre el alcance de la propuesta fáctica ya expuesta y analizada a propósito de la casación anterior y la autoriza, por tanto, para concluir que los hechos establecidos por el fallo en casación fueron asentados sin violación de los artículos 459, 464, 478 y 479 del Código de Procedimiento Penal o del artículo 340, inciso 1º del Código Procesal Penal.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que el recurso en examen contiene una fundamentación sobre la ineficacia de la prueba de presunciones, medio probatorio que habría conducido a tener por establecida la participación del recurrente en el delito de fraude al Fisco, no obstante no cumplir este medio legal con los requisitos exigidos en el artículo 488 del Código Procesal aplicable, para constituir evidencia completa.

Observa al respecto que no concurre la exigencia del ordinal 1º de este artículo, porque se atribuye la condición de hechos a lo que serían meras presunciones, como que el contrato objetado “sólo beneficia al Coordinador General”; que las comunicaciones estaban radicadas en

la persona del Coordinador General y que éste era el único interesado en disponer del precio del contrato, estimaciones ninguna de las cuales configurarían hechos reales ni probados.

Estos asertos, sin embargo, no son efectivos, como salta a la vista con su sola confrontación con los “hechos” efectivamente tenidos por tales en la consideración 6ª de la decisión inicial, confirmada sin alteraciones por la de alzada, donde no se expresa ninguna de estas apreciaciones, que, más que hechos, son calificaciones jurídicas.

Para refutar la gravedad y multiplicidad de los indicios en que se apoyan las pretensiones, manifiesta el ocurrente que no se hace “ninguna interrelación, ponderación ni menos análisis” de las comprobaciones enumeradas en la reflexión 2ª del fallo, reproducido en alzada, pero tampoco se discurre sobre la efectividad de este tópico, lo que veda entrar a su análisis.

Alega que tampoco las presunciones son precisas, en cuanto el Área de Comunicaciones no depende del Coordinador General, sino de organismos ejecutivos, siendo inefectivas las estimaciones contenidas en los fundamentos 22º, 23º y 25º del fallo, ya que “no llevan necesariamente a la comisión de ilícitos penales, puesto que también sirven para llegar a conclusiones mucho menos dañinas o gravosas”. Pero no se argumenta acerca de por qué se estima inefectivos aquéllos razonamientos y en qué forma la distinta dependencia jerárquica atribuida al área de comunicaciones habría incidido en la deducción sobre la participación culpable del recurrente en el ilícito de que se trata.

Finalmente, se apunta a que las presunciones no son directas, puesto que pueden, en forma lógica y natural, llevar a otros resultados diversos a la comisión del delito imputado, pero esta inferencia tampoco se fundamenta, lo que obliga a excluirla como inidónea.

Toda esta ilación llevará a desestimar la presunta contravención a la norma del artículo 488 del Código del ramo, por no haber la recurrente demostrado, de modo alguno, la inconcurrencia de los requisitos que el precepto requiere para otorgar a las presunciones judiciales valor de prueba completa.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que mezcla el recurso los motivos constitutivos de las presuntas infracciones respecto de las causales 3ª y 7ª,

refiriendo una larga serie de disposiciones legales infringidas, pero limitándose, al precisar la forma en que las respectivas contravenciones se produjeron, a mencionar sólo infracciones a las leyes reguladoras de la prueba.

Con todo, en la parte final del recurso, al abordar la manera en que las infracciones de ley habrían influido en lo dispositivo del fallo, manifiesta que “si las normas de los artículos 1° y 239 del Código Penal se hubieren interpretado de acuerdo al artículo 19, inciso 1° del Código Civil y las de los artículos 260 del Código Penal más los 1°, 2° y 3° letra a) de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, analizadas conforme al artículo 20 del Código Civil, la sentencia de segunda instancia necesariamente debió declarar que no se tipifica el delito de fraude al Fisco por el cual se condena a Carlos Cruz, pues éste no es empleado público ni su conducta ha causado perjuicio alguno al Fisco, sino -al contrario- enormes beneficios”.

Si bien esas normas no se relacionan con el artículo 546, numeral tercero del Código de Instrucción Criminal, este Tribunal Superior entrará al análisis de fondo propuesto, a partir del alcance que a esa causal se formuló en la página inicial del escrito de casación.

**CUADRAGÉSIMO:** Que la idea central sustentante de este presunto defecto, que haría anulable la sentencia, consistiría en que don Carlos Cruz no sería funcionario público a la época de ocurrencia de los hechos, siendo ésta una condición objetiva de punibilidad, por tratarse de un delito que sólo puede ser cometido por sujetos calificados, como lo son esta categoría de empleados.

En apoyo de su tesis, cita un informe en derecho elaborado por doña Olga Feliú, que contiene 17 conclusiones generales y 4 particulares, la mayoría de las cuales se reproduce y que son susceptibles de extractarse en los siguientes puntos:

- a) En el Ministerio de Obras Públicas no existe el cargo de Coordinador General de Concesiones, el que no ha podido ser creado por el Director General de Obras Públicas, por ser materia de reserva legal;
- b) Las personas contratadas sobre la base de honorarios -cuyo era el caso del señor Cruz, titular de la Coordinación General, constitutiva de una simple dependencia de carácter funcional en el Ministerio co-

responsdiente- no tienen la condición de funcionarios públicos, conforme al Estatuto Administrativo y a una reiterada jurisprudencia;

c) Las normas contenidas en diversas leyes de presupuesto que otorgan la calidad de agentes públicos a algunas personas contratadas a honorarios, adolecen de inconstitucionalidad, siendo por ello inaceptable argüir que, por una vía indirecta, cual es la facultad de contratar por ese mecanismo, haya de concluirse que las personas sujetas a esa modalidad contractual, puedan cometer delitos propios de los funcionarios públicos.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, a fin de determinar si concurre efectivamente la calidad de funcionario público respecto del Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, a la época de los hechos, es menester interpretar el sentido y alcance de la o las normas que la definen, a partir de las reglas hermenéuticas que proporciona el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, en sus artículos 19 y siguientes.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, en este sentido, cabe en primer lugar atender al sentido literal del artículo 260 del Código Penal, que proporciona un concepto de empleado público a efectos penales, toda vez que, si su tenor fuere claro, no es lícito prescindir de él a pretexto de consultar su espíritu, como taxativamente enfatiza el inciso 1° del artículo 19 del citado Código Civil.

El precepto penal en cuestión prescribe: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

El acápite inicial del artículo comienza por acotar su alcance, en cuanto refiere el concepto que interesa sólo a los agentes públicos que participan en los ilícitos descritos y sancionados en el Título VI y en el Párrafo IV del Título III, todos del Libro II del Código Penal. Entonces, si bien la definición podría no extenderse a otras categorías de

delitos que pueden cometer los empleados públicos, como podrían ser la falsificación de documentos públicos o auténticos, del artículo 193, o la expedición de un pasaporte o porte de armas bajo nombre supuesto o dado en blanco, sancionado en el artículo 199, ambos del Código Punitivo, por no formar parte de esos párrafos o Título -lo que, como fuere, es discutido en el ámbito de la doctrina especializada- fuera de dudas está que la descripción contenida en el artículo 260 de su texto es del todo aplicable en la especie, habida consideración que el delito de fraude al Fisco que se imputa, en calidad de autores, a los señores Cruz Lorenzen y Cortés, en su respectiva condición de funcionarios del Estado, se encuentra tipificado en el artículo 239 del Código aludido, del que se trata en el párrafo 6º del Título V de su Libro II.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que, definida como está la noción de empleado público a efectos penales en la disposición antes reseñada, debe dársele a ésta su significado legal, por imperativo del artículo 20 del Código Civil, como se intentará en seguida, desglosando el concepto en sus diversos componentes, para su adecuada comprensión.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, según se desprende del artículo 260 transcrito, el concepto que interesa es susceptible de desglosarse en dos elementos constitutivos principales, a saber: a) El empleado público, para ser tal, debe ejercer “un cargo o función pública”, y b) Tal quehacer debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que el legislador penal no ha definido lo que debe entenderse por “cargo público”, pero sí lo ha hecho el Estatuto Administrativo, contenido en la ley Nº 18.834, de 1.989, cuyo artículo 3º, letra a) puntualiza que es tal “aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa”. En general, las instituciones concernidas en el precepto son los servicios públicos centralizados o descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Pues bien, la defensa de los encausados acierta cuando sostiene que las personas que se desempeñan sobre la base de honorarios no son funcionarios públicos para los efectos del Estatuto Administrativo,

atendido que el artículo 10 de su texto -vigente al tiempo de los hechos-, en su inciso final, los margina expresamente de la aplicación de sus normas, remitiéndose a las reglas que establezca el respectivo contrato. Empero, no puede olvidarse que la disposición penal que interesa extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una “función pública” y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz “funcionario público”.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que, en efecto, al ser pasibles de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquéllas que adscriben a una “función pública”, la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público -y no tan sólo en la Administración del Estado- con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo. Así sucede con los parlamentarios, encargados inequívocamente de “funciones públicas” en órganos de creación estatal, según el amplio alcance que a esta noción atribuye el actual artículo 8° de la propia Carta Fundamental, sin que la circunstancia de ser los primeros elegibles por votación popular, altere esta conclusión, por expresa formulación en tal sentido en el acápite final del artículo 260, analizado.

A similar deducción, relativa al alcance amplio de dicho precepto, arriba Etcheberry (Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Parte Especial, EJCH., T. IV, 3ª ed., 1.997, pág. 206).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que la expresión “función pública” significa “función del Estado”, enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un cargo público o que lo sirva a honorarios o incluso “ad honores”, en la medida que el propio legislador ha restado toda importancia a este factor remuneratorio

como antecedente para elaborar su concepto, en la disposición penal tantas veces citada.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO:** Que, para desestimar la condición de funcionario público que asistiría al Coordinador General de Concesiones al tiempo de los hechos, la recurrente de casación se centra en la circunstancia de no haber sido creado su cargo por ley ni estar contemplado en las plantas del Ministerio de Obras Públicas; en su calidad de contratado sobre la base de honorarios y, especialmente, en el hecho de no estar revestida la respectiva función de potestades públicas.

Respecto de la primera alegación, cabe destacar que, para los fines inherentes al Código Penal, es tan empleado público el que ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o de carácter transitorio, como aquél que ejerce una “función pública”, noción cuyo amplio espectro ha sido ya delimitado.

Por lo demás, la Ley de Presupuestos del Sector Público ha venido consagrando periódicamente en su normativa, desde la época de los ilícitos materia de este proceso, una glosa -Nº 01, de la Partida 12, común para todos los Capítulos del Ministerio de Obras Públicas- autorizando contratar personas a honorarios, “las que tendrán la calidad de agentes públicos, destinadas a desarrollar labores técnicas directamente relacionadas con la infraestructura pública que atiende este Ministerio”. Y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha precisado tenazmente que tales agentes deben ser considerados funcionarios públicos para efectos de su responsabilidad administrativa (dictámenes 22.192, de 1.996; 18.549, de 1.997 y 4.463, de 2.002, entre muchos otros), aproximación que irredargüiblemente conduce a la conclusión que, alcanzando la restringida concepción administrativa de funcionario a los agentes públicos, con mayor razón éstos deben entenderse incorporados a la extensiva que proporciona la legislación penal, para los fines de esa especie de responsabilidad.

En esta perspectiva, la pretensión de inaplicabilidad global de “las normas contenidas en distintas leyes de presupuesto”, consagratorias del concepto de “agente público”, amén de inadmisibles por su im-

precisión, lo es también por razón de incompetencia de esta Corte Suprema para efectuar tal declaración, radicada hoy en el Tribunal Constitucional, luego de la reforma introducida al sistema de control de constitucionalidad represivo por la ley N° 20.050, de 2.005. Ello obsta a la posibilidad de inaplicar preceptos legales a los cuales la propia recurrente reconoce vigencia.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, de conformidad con lo razonado, la decisión impugnada de casación no ha podido incurrir en infracción de ley al interpretar la norma del artículo 260 del Código Penal en la forma que lo hizo, toda vez que el Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas desempeñaba, a la sazón, una función pública, siendo ello suficiente para entender que revestía la investidura de empleado público, cual es el presupuesto necesario para la tipificación de los delitos especiales de agente público calificado, sancionados en el Título VI del Libro III del Código Punitivo.

Por vía consecencial, resulta manifiesto que el análisis propuesto en la sentencia cuestionada no se apartó sino antes bien se ajustó a la definición legal especial del artículo 260 del Código punitivo, aplicable, por su especialidad, con preferencia a las normas de los artículos 1°, 2° y 3° del Estatuto Administrativo, acorde a las pautas interpretativas de los artículos 19, inciso 1° y 20 del Código Civil, mandatos que, por consiguiente, han sido correctamente apreciados por el jurisdicente impugnado.

Ocurre algo similar con las normas de los artículos 1° y 239 del Código Penal, bases del tipo penal imputado, en cuanto el fundamento para excluir la antijuridicidad del comportamiento del recurrente es específicamente su condición de no funcionario público, al revés de lo establecido, de manera ortodoxa, por la resolución pretendidamente viciada.

Por lo expuesto, no cabe sino coincidir con las conclusiones del veredicto opugnado y rechazar el recurso, en lo tocante al segundo capítulo de casación.

QUINCUAGÉSIMO: Que cuestiona asimismo el impugnante de nulidad la tipificación del delito de fraude al Fisco por el cual viene

condenado el ocurrente, aduciendo que no concurre el perjuicio como resultado del delito, manifestado en la producción de una pérdida o la privación de un lucro legítimo.

Tal aseveración, no obstante, importa una revisión de los hechos del juicio, donde se encuentra claramente establecido que el comportamiento del procesado produjo al ente público un perjuicio por la suma de \$ 39.000.000, el que no ha sido desvirtuado por remisión a las normas reguladoras de la prueba, según ha quedado determinado en el razonamiento que antecede.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Finalmente insiste el recurso en que los jueces del fondo no han podido adquirir la convicción necesaria para condenar, por no haberse concluido, más allá de toda duda razonable, que el hecho punible existió y que en él cupo al inculcado una participación culpable y penada por la ley.

Este discurso pretende la revisión de un hecho definitivamente fijado y no desvirtuado, al tenor de lo ya expuesto, lo que también puede extenderse a la participación acreditada al imputado, sin perjuicio de recordar que la comisión de un error de derecho respecto de la participación que ha cabido al condenado en el delito, es materia de la causal descrita en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, el que no ha sido invocado como motivo de nulidad, obstando, por tanto, a que esta alegación pueda prosperar.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que por los fundamentos desarrollados, el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del condenado Cruz Lorenzen, será desestimado en todas sus partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos a fojas 1.776 por los abogados Cristián Letelier Aguilar y Glenis Sánchez Lillo, en representación de los querellantes Evelyn Matthei Fornet y Víctor Pérez Varela; a fojas 1.787 por el abogado Samuel Donoso Boassi, por don Raúl Herrera Labarca y a fojas 1.812 por el abogado Alberto Coddou Claramunt, por don Carlos Cruz Lorenzen, declarándose, por consiguiente, que la sentencia de 30 de marzo de 2.007, que corre a fojas 1.707 y siguientes, no es nula.

Pronunciada, en lo que dice relación con el rechazo del recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte de los querellantes particulares, sólo en el punto concerniente a la participación del encausado Herrera Labarca como autor del delito de fraude al Fisco, con el voto en contra del Ministro Sr. Ballesteros y el Abogado Integrante Sr. Hernández, quienes estuvieron por acoger el recurso a ese respecto y, por consiguiente, anular el fallo y pronunciar sentencia de reemplazo, condenándolo como autor del delito de estafa al Fisco de Chile.

Tuvieron presente al efecto, las siguientes consideraciones:

1°) Que la norma del artículo 64, inciso 1° del Código Penal, conforme al cual “las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren”, se refiere tanto a las atenuantes y agravantes propiamente tales como a las privilegiantes y calificantes.

2°) Que, a consecuencia de ello, debe afirmarse -como observa con agudeza CURY en la última edición de su Derecho Penal, Parte General- que la citada disposición “surte sus efectos también para los tipos calificados impropios, respecto de los cuales, por consiguiente, las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico, no se comunican” (Ob. y aut. cit., 8ª. Ed. 2.005, Ed. Universidad Católica de Chile, págs. 646 y 647).

3°) Que, en el indicado contexto, y por no ser comunicable al “extra-neus” la condición estatutaria particular propia del agente público, que es condicionante del juicio de reproche inherente a la conducta del delito de fraude al Fisco, no es pertinente sancionarlo como co-autor de esa figura penal, sino que como autor de la estafa prevista en el artículo 468 del Código punitivo, por el cual fue acusado.

4°) Que, en consecuencia, se ha infringido por el sentenciador -en opinión de los disidentes- las normas de los artículos 239 y 468, ambos del Código Penal: el primero, al darle falsa aplicación al caso y el segundo, por omitirla, concurriendo los supuestos propios del tipo, antecedentes que bastan para acoger la nulidad de fondo impetrada, sólo en esta parte.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Hernández.

Rol N° 2.321-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.