
DERECHO PENAL

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Luis Rodrigo Reyes Duarte¹ – Marcelo Gastón Oyharcabal Fraile²

“FISCO DE CHILE CON IRACABAL LOBO, LUIS Y OTROS”

La Excma. Corte Suprema conoce vía recurso de casación de la causa denominada “Tanques Leopard”, proveniente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en primera instancia a cargo de una Ministra de Fuero, que por sentencia de fecha 4 de septiembre de 2014 acogió la excepción de prescripción opuesta por uno de los condenados y, como consecuencia de tal decisión, absolvió a los acusados Luis Iracabal y Gustavo Latorre de las acusaciones formuladas en su contra como autores del delito de malversación de caudales públicos previsto y sancionado en el artículo 233, N° 3 del Código Penal, en relación con el artículo 238 ambos del mismo cuerpo legal.

La sentencia de la Ministra fue apelada por el Consejo, que actuaba como querellante y confirmada con declaración de mayoría por una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, señalando que los acusados Luis Iracabal y Gustavo Latorre quedaban absueltos de la acusación fiscal y particular, por no haberse comprobado el delito de malversación de caudales públicos que le fuera imputado.

Contra esta decisión el Consejo dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo.

1 **LUIS RODRIGO REYES DUARTE.** Abogado litigante de la Procuraduría Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado.

2 **MARCELO GASTÓN OYHARCABAL FRAILE.** Abogado litigante de la Procuraduría Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado.

El proceso penal en comento se relaciona con la denominada “causa Riggs”, que investiga el origen de la fortuna encontrada en Chile y en el extranjero al ex Presidente y Comandante en Jefe del Ejército, Augusto Pinochet Ugarte, no justificada por sus ingresos legítimos declarados.

De ese proceso penal surgieron varias aristas que fueron tramitadas en cuadernos separados, una de las cuales decía relación con los pagos efectuados por la empresa holandesa *Rotterdamsche Droogdok Maatschappij* (RDM) en cuentas relacionadas con Augusto Pinochet. Se trataba de al menos US \$ 1.600.000 de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los dineros decían relación con una comisión ilegal vinculada a la compra de 202 tanques usados Leopard I al Ejército Real Holandés (*Koninklijke Landmacht*), por un valor de casi 80 millones de dólares, en el año 1997.

En suma, se imputó delito de malversación de caudales públicos al Brigadier General de Ejército Luis Iracabal Lobo, ex Director de Famae y al Brigadier General de Ejército Gustavo Latorre Vásquez, ex Gerente Comercial de Famae, quienes recibieron en sus cuentas en el extranjero, un total aproximado de 300 mil dólares cada uno (junio y julio de 1998).

Cabe considerar que el delito de malversación de caudales públicos tiene asignada pena de crimen en nuestro código penal y la acción penal prescribe en 10 años, pero Iracabal y Latorre fueron procesados como autores del delito de malversación de caudales públicos en agosto de 2009, esto es, más de 11 años después de ocurridos los sucesos indagados.

Los hechos de la investigación dieron cuenta que el contrato entre FAMAe, representada por su director Luis Iracabal, y la empresa holandesa, se firma con fecha 16 de febrero de 1998 y los pagos a Iracabal y Latorre se verifican en junio y julio de ese mismo año.

La causa Riggs se inicia varios años después del ilícito de malversación perpetrado (en el año 2004), y sólo en septiembre de 2005 surgen los primeros indicios de irregularidades en la venta de los tanques

Leopard. El CDE presenta un escrito solicitando diligencias en relación con estos hechos y consta, además, declaración de un ex oficial del ejército que da cuenta de diversas irregularidades en la compra de los indicados vehículos de guerra.

En noviembre de 2005 el Ministro instructor despacha orden de investigar a la Policía de Investigaciones, que es informada en mayo de 2006, pero recién en mayo del año 2009 declaran Latorre e Iracabal como imputados y son procesados algunos meses más tarde, en agosto de 2009, esto es, más de 11 años después de haber recibido los dineros en sus cuentas.

En resumen, existían antecedentes en el proceso que daban cuenta de una investigación y diversas diligencias destinadas a determinar la participación de Iracabal y Latorre en el negocio de la compra de los tanques Leopard.

La sentencia de la Ministra instructora sobresee a los imputados, señalando que ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal establecido para el delito de malversación de caudales públicos. Indica textualmente el fallo de primera instancia, que: *“entre el auto de procesamiento de fojas 7350 (3/8/2009) y el momento en que los hechos ocurrieron, transcurrió con creces el plazo necesario para que operara a favor de los acusados la prescripción de la acción penal, lo que no se altera por el tiempo que permanecieron ausentes del territorio nacional”* (Considerando vigésimocuarto).

Cabe advertir que en materia de prescripción de la acción penal en el antiguo sistema, la doctrina no fue pacífica en relación con la correcta interpretación de la regla contenida en el artículo 96 de nuestro Código Penal, en cuanto dispone que el plazo de prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente. La pregunta que se formulaba era: ¿Basta alguna de las formas previstas en el artículo 81 del antiguo código de procedimiento penal (denuncia, querella, requisición del Ministerio Público o pesquisa judicial)?

La Corte Suprema abordó el tema en numerosas oportunidades, discutiendo en torno a la discrepancia doctrinaria que se ha presentado sobre esta materia, dada la redacción del artículo 96 del Código Penal.

En el debate se reconoce la existencia de dos posiciones, por una parte, la que otorga sólo al auto de procesamiento el efecto de suspender el plazo de prescripción, en el entendido que a través de este acto procesal se cuenta con una innegable voluntad de los órganos de la persecución penal en orden a hacer efectiva la responsabilidad de que se trata; y por la otra, la que estima que basta con que se inicie una pesquisa criminal mediante una denuncia en contra de persona determinada. En este contexto se ha concordado con este último sector de la doctrina, que respondiendo la interrogante de cuándo se entiende que el proceso se dirige contra el delincuente, ha sostenido que “...para ello no es necesario el sometimiento a proceso. Basta que el proceso se haya iniciado en cualquiera de las formas señaladas por el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal y que aparezca dirigido precisamente contra el sujeto, el cual, por consiguiente, tiene que encontrarse individualizado en él”³.

La prescripción comenzaría a correr desde la fecha de perpetración del último delito, y se suspende en la data en que se inicia el respectivo procedimiento, al ordenarse instruir sumario a fin de indagar los acontecimientos constitutivos del ilícito denunciado⁴

La sentencia de la Excm. Corte Suprema se pronuncia respecto a la excepción de prescripción interpuesta por los encartados y que resulta la materia relevante discutida. Los hechos por los cuales se deduce acusación fiscal se cometieron los días 13 de mayo y 12 de junio de 1998, fecha esta última desde la cual se ha de contar el término de la prescripción de diez años establecido en el artículo 94 del Código Penal, por tratarse los hechos investigados de aquellos que merecen pena de crimen.

3 Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Parte General, décima edición, página 802.

4 SCS N° 1663-2009, 13 de enero de 2011; 3463-12, 24 de agosto de 2012; N° 482-2013, 23 de mayo de 2013; N° 406-2013, 3 de octubre de 2013.

“Dilucidar si el término de la prescripción se ha suspendido o no, por haberse o no dirigido el procedimiento en contra de los responsables no puede resolverse recurriendo únicamente a un acto formal del procedimiento” (el sometimiento a proceso), dice el sentenciador.

Una querella o una denuncia admitidas a tramitación por un juez, o incluso la apertura de oficio de una investigación criminal, tienen el mérito de suspender la prescripción, siempre que se dirijan contra personas determinadas, que es el único requisito establecido en el artículo 96 del Código Penal.

Agrega la Excma. Corte Suprema, que el artículo 96 del Código Penal no hizo referencia a acto procesal concreto alguno para que la suspensión opere, como sería, por ejemplo, el procesamiento de un inculpado, sino exclusivamente al hecho de que el procedimiento se dirija en contra del responsable.

Incorpora el fallo de casación, además, un importante argumento histórico: no existía el trámite procesal del auto de procesamiento a la fecha de la promulgación del Código Penal, el año 1874. Por ello debe descartarse que su sentido pueda determinarse por referencia a un trámite procesal establecido dos décadas más tarde, esto es, en 1906.

En suma, el escrito del Consejo de Defensa del Estado de fecha 2 de septiembre de 2005, en que se imputa a los encartados Iracabal y Latorre responsabilidad por el delito de malversación resulta relevante, ya que si bien no tiene la forma de una denuncia porque sólo propone diligencias, constituye -sugiere la Excma. Corte Suprema- imputación a sujetos determinados. Ello unido a la resoluciones que dieron origen al cuaderno separado y despacho orden de investigar en relación, entre otros antecedentes, a aquellos aportados por la declaración del ex oficial, respecto a la compra de tanques Leopard, constituyen antecedentes que permiten sostener una investigación dirigida contra persona determinada.

Los sentenciadores acogen, eso sí, las alegaciones subsidiarias de media prescripción propuestas por las defensas y, en consecuencia, imponen la pena considerando el hecho como revestido de dos o más

circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, rebajando la pena prevista para el delito en dos grados.

Así la cosas, Luis Iracabal y Gustavo Latorre son condenados a sufrir cada uno la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos y multa de once unidades tributarias mensuales, en su calidad de autores del delito consumado de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233, N° 3 del Código Penal, en relación con el artículo 238 del mismo cuerpo legal, por hechos ocurridos en el mes de junio de 1998. Además, se les condena en costas.

El fallo en comento fue acordado con la prevención y disidencia del ministro Cerda, quien estuvo por condenar a Iracabal y Latorre a siete años de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias legales.

En síntesis, la sentencia aquí analizada vino a hacer justicia al castigar penalmente a los autores de los ilícitos de peculado, uno de los delitos más graves contemplados por nuestro ordenamiento jurídico para los funcionarios públicos, en una causa de gran connotación social y que afectó la adquisición de material bélico relevante para el Estado chileno. La Corte Suprema a nuestro juicio se inclina por la interpretación correcta y evita exigir el trámite procesal del auto de procesamiento para suspender la prescripción, como lo habían hecho los sentenciadores de instancia.

En este punto y en relación a lo expuesto, cabe hacer presente que en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal la interpretación del artículo 96 del Código Penal tampoco ha sido pacífica, máxime si el Código Procesal Penal expresa en la letra a) de su artículo 233, que:

“Efectos de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos:

- a. Suspenderá el curso de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal;(…)”.

Es así que diversos fallos postularon la tesis que la acción penal se suspende sólo con la formalización de la investigación, y otros tantos señalaron por su parte que la querella tiene el efecto de suspender la acción penal.

Por lo expuesto es de toda relevancia lo resuelto por nuestro Excelentísimo Tribunal con fecha 18 de febrero de 2017, conociendo excepcionalmente de un recurso de nulidad fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, "...Cuando el recurso de nulidad se fundare en la causal prevista en el art. 373 letra b) CPP y existieren, respecto de la materia de derecho objeto del mismo, distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores (art. 376. Inc. 3° CPP) lo que el recurrente deberá indicar en su recurso, acompañando copia de las sentencias o publicaciones pertinentes (art. 378 inc. final CPP)"⁵.

En efecto, señala la indicada sentencia:

*"Que es efectivo que el Código Procesal Penal, al normar los efectos de la formalización de la investigación, señala que uno de éstos es suspender el curso de la prescripción artículo 233). Pero aún cuando este precepto se encuentra inserto en la regulación del procedimiento ordinario, cuya estructura está sentada sobre la base de un organismo autónomo que dirige la investigación, y que puede actuar sin requerir de la participación de la víctima en el ejercicio de la acción penal, el correcto entendimiento de la norma indica que dicha actuación no es la única que tiene el mérito de suspender la prescripción, pues ha de adecuarse también a delitos para cuya configuración se precisa de la actividad de la víctima, en que el afectado cumple con un rol protagónico dentro de la pesquisa..."*⁶.

5 Horvitz/López, Derecho Procesal Chileno, tomo II, primera edición, página 430.

6 SCS N° 148-17, 28 de febrero de 2017.

Más adelante la sentencia expresa: *“Que de lo que se viene señalando es posible concluir que la querella, además de constituir una de las formas de dar inicio al procedimiento, evidencia en quien la formula –asumiendo el rol de querellante– la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho delictivo y sus partícipes, todo lo cual permite concluir que, como trámite inicial del proceso, ella produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del código punitivo”*.

El fallo citado cuenta con una prevención de la ministra Sra. Muñoz, y del Ministro Sr. Cerda, que refuerza lo resuelto con un análisis de la historia fidedigna del establecimiento del Código Procesal Penal, que les permite concluir *“que el legislador asumió que el procedimiento se ha dirigido contra el imputado desde antes del hecho de la formalización propiamente tal”*.

Además la sentencia fue acordada con el voto en contra del ministro Sr. Brito, que entiende –en síntesis– que la formalización de la investigación es la única actuación que inequívocamente otorga certeza y seguridad a los presupuestos de aplicación del ordenamiento penal.

En todo caso, lo resuelto por la Excma. Corte Suprema aplicando el artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, reviste una extraordinaria importancia para la labor del Consejo de Defensa del Estado respecto de aquellos delitos con que cuenta con legitimación activa de conformidad a su Ley Orgánica, porque precisamente su intervención en procedimientos penales requiere que interponga la correspondiente querella⁷, con lo que podrá –de acuerdo a lo decidido– suspender la prescripción de la acción penal de conformidad al artículo 96 del Código Penal.

7 Artículo 45 del D.F.L. de 28 de julio de 1993, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.