

9. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

FRAUDE AL FISCO

I. EXPLICACIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO DE FRAUDE AL FISCO. II. SUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR CARGO PÚBLICO DESEMPEÑADO. CONCURRENCIA DE ELEMENTO DE LA ACCIÓN TÍPICA. III. INFORMACIÓN DE EXISTENCIA DE OTRAS QUERELLAS DADA A CONOCER AL TRIBUNAL POR LA PARTE ACUSADORA. ANTECEDENTE QUE SIRVE PARA DESESTIMAR LA CONCURRENCIA DE LOS SUPUESTOS DE LA PRESCRIPCIÓN GRADUAL. IV. DETERMINACIÓN DE PENA. ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR. FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA CALIFICAR ATENUANTE.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por los delitos reiterados de Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, en grado de consumado. En lo civil, se acogió la demanda de indemnización de perjuicios deducida por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile. Defensa de condenado recurre de nulidad; la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *44547-2017, de 7 de febrero de 2018*

PARTES: *Ministerio Público de Juan Buzeta Novoa*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Manuel Valderrama R. y Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.*

DOCTRINA

- La sentencia impugnada señala que el delito de fraude al Fisco es una estafa calificada por la intervención del empleado público. En éste, “el engaño no requiere de un ardid especial, porque precisamente, debido a la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria no pasa necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona, ya que es por definición el funcionario con capacidad de decidir el resultado del proceso por su intervención en él quien realiza la apropiación fraudulenta, es decir, a dicho*

funcionario le compete la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe recibir o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a particulares”. En el mismo sentido, tal como señalan los autores Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow, “este tipo penal exige alguna clase de engaño por la cual se causa un perjuicio, engaño que no necesariamente debe constituir una acabada mise en scene. Incluso se estima que el perjuicio puede provenir del incumplimiento de los deberes funcionarios, aunque no exista propiamente engaño, si bien habitualmente habrá al menos una mentira. Así también lo ha interpretado la jurisprudencia, que se refiere al engaño, abuso de confianza o mala fe del funcionario, sin exigir un especial ardid de su parte. Precisamente, debido a la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria no pasa necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona”.... Esta explicación dogmática del delito de que se trata, permite, como lo hace la sentencia, que los hechos establecidos tengan plena cabida en ella (considerando 14° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *De conformidad a los antecedentes del proceso, se deriva que no hay contradicción alguna a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados en la resolución, pues la prueba clara, unívoca y uniforme permite extraer de ella que el acusado ejercía como jefe jurídico, lo que no se ve alterado por su situación contractual, dados los términos del artículo 260 del Código Penal, con relación a la función pública desempeñada, en vinculación con la cual se acreditaron en el juicio hechos ilícitos cometidos precisamente con ocasión del desempeño funcionario. Entonces, si se probó que el acusado tenía un cargo público, como jefe jurídico de la municipalidad, y en esa calidad intervenía en las operaciones que se cuestionan, certificando la efectividad de la prestación de los servicios, lo que no se ajustaba a la realidad, porque las personas que debían prestarlos no realizaban los trabajos para los que fueron contratadas, causándose un perjuicio al erario municipal al pagar por labores al interior de la administración municipal que en realidad no se efectuaron, por lo que la exigencia del tipo legal que se echa en falta sí se encuentra ampliamente satisfecha (considerando 12° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *En la especie, uno de los testigos precisó que, en sesión del concejo municipal de agosto de 2012, se tomó conocimiento de la presentación de querellas contra los funcionarios municipales, lo cual resulta concordante con los dichos de los otros testigos, conocedores de la investigación que desarrollaba el Ministerio Público con ocasión de los sucesos acontecidos en el municipio. Vale decir, la circunstancia de existir la mentada querrella de agosto de 2012 no es aporte exclusivo del tribunal en la audiencia de determinación de pena, pues ese conocimiento fue introducido al juicio por los testigos antes señala-*

dos. Sin perjuicio de ello, la defensa no ha contradicho que efectivamente la existencia y contenido de esas actuaciones fueron dadas a conocer al tribunal por la parte acusadora, para sostener que concurría una de las hipótesis del artículo 96 del Código Penal para entender suspendida la prescripción de la acción penal, siendo ésa la vía por la cual el tribunal tomó conocimiento de un antecedente que, más tarde, sirvió a efectos de desestimar la concurrencia de los supuestos de la prescripción gradual (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

- IV. Respecto a la tacha de haberse preterido una alegación relevante con relación a la calificación de la única atenuante que se estimó concurrente –de irrepachable conducta anterior–, se dice por el recurso que, a pesar de la falta de oposición de los acusadores, el tribunal no procedió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, petición que se apoyó en informes sociales. Sin embargo, dicha materia corresponde exclusivamente al ejercicio de la función jurisdiccional, facultad que es privativa de los jueces del fondo, por lo que ni el Ministerio Público, ni los querellantes, tanto institucional como particular, pueden arrogarse esa labor, de manera que aún a falta de oposición, como dice la defensa, siempre será una materia de exclusiva resolución de los jueces del fondo, son éstos quienes valorarán si una atenuante es “muy calificada” o no (considerando 10° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CL/JUR/604/2018

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 68 bis y 239 del Código Penal.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE
RESOLUCIÓN QUE ANALIZA EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO

ELISABETH MATTHEI SCHACHT
Universidad de Chile

En el fallo que se comenta, la Excma. Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Juan Buzeta, condenado por el delito de fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal. Los hechos dicen relación con que el condenado, durante los años 2009 a 2011, época en la que se desempeñaba como asesor jurídico permanente de la Municipalidad de Zapallar, certificó que Felipe Ortega y Jacqueline Tapia, quienes tenían contratos con la municipalidad y debían prestar servicios a ésta, habían realizado los servicios para los cuales se les había contratado, los que en la realidad no se habían prestado

o, en el caso del Sr. Ortega, se habían realizado sólo parcialmente. La certificación del Sr. Buzeta permitió el pago por parte de la municipalidad a Ortega y Tapia por servicios que éstos no habían realizado¹.

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa se fundó en diferentes causales, de las cuales analizaremos sólo algunas. La primera causal que analizaremos es la establecida en el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal en relación con los artículos 342, letra c), y 297 del mismo cuerpo legal, a propósito de la cual la defensa planteó que no se encontraba suficientemente acreditado el elemento engaño, lo cual infringiría el principio de razón suficiente, por cuanto, de los cuatro funcionarios involucrados en las operaciones en cuestión, sólo dos acudieron y no declararon haber sido engañados².

La corte desestima anular el fallo por esa causal, pues comprende el delito del artículo 239 CP como un delito que comete un empleado público que perjudica a la administración al intervenir en cualquier clase de actividad económica por razón de su cargo, quebrantando sus deberes funcionarios³, y citando el fallo de instancia, hace alusión a que, si bien el delito puede realizarse por medio de engaño, puede también realizarse por otros medios como el abuso de confianza, el incumplimiento de deberes funcionarios o, incluso, la mala fe del funcionario⁴.

Que el delito de fraude al fisco puede perpetrarse por medios comisivos diferentes al engaño es correcto. La estructura del delito no es asimilable al delito de estafa⁵, en tanto se restringiría el ámbito de aplicación del tipo únicamente a casos en que el funcionario intervenga como contraparte del Estado, caso en el cual, normalmente, la intervención no será *en razón del cargo*⁶. Sin embargo, tampoco parece prudente extender su aplicación a la causación de un perjuicio al patrimonio público por cualquier medio, puesto que se vería vulnerado el mandato de determinación que rige en materia penal⁷. Resulta mejor su comprensión como delito

¹ Considerando tercero.

² Considerando primero, 2º, 2º).

³ Considerando undécimo.

⁴ Considerando decimocuarto.

⁵ Cfr. MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, “Manual de derecho penal chileno”, (Valencia, 2018), pp. 466 y ss.

⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI* (2005), pp. 201-258, p. 235. Similar, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al Fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, Vol. 7, N° 14 (2012), pp. 357-377, p. 373.

⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal”, ob. cit., p. 235

de administración desleal del patrimonio público, aun cuando su caracterización como tal está lejos de salvar por completo los problemas de indeterminación de la figura⁸. Bajo esta comprensión, el injusto del delito consiste en la “falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público”⁹ y, en ese caso, como señala la corte, no será necesario un engaño.

El problema, en el caso concreto, es que el tribunal *a quo*, aun cuando comparte la tesis de la corte de que no es necesario el engaño¹⁰, en los hechos, califica el actuar de Buzeta como engaño¹¹. No sólo eso, el tribunal de instancia asimila la estructura del hecho al de una estafa, señalando: “específicamente, en la especie ocurrió que el acusado certificó la realización de labores que no se cumplieron por parte de Felipe Ortega Reyes, donde encontramos el elemento del engaño, luego, tal certificación hizo incurrir a los otros departamentos involucrados en el pago de profesionales en un error, toda vez que aparecían como realizadas las labores encomendadas, por lo que los demás encargados de tramitar dicho decreto de pago consideraban cumplidos los requisitos exigidos para el mismo, lo cual generaba una disposición patrimonial del municipio en favor de Felipe Ortega Reyes, lo que naturalmente le ocasionaba un perjuicio al ente municipal, toda vez que estaba cancelando servicios que no fueron prestados, o bien servicios que, al ser realizados por otros funcionarios ya contratados, estaban siendo cancelados dos veces”¹².

⁸ MAÑALICH RAFFO, “La malversación”, ob. cit., pp. 374 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal”, ob. cit., pp. 236 y ss.

⁹ MAÑALICH RAFFO, “La malversación”, ob. cit., p. 374.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Quillota de 25 de noviembre de 2017, RIT N° 107-2017, considerando decimocuarto, ii.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Quillota de 25 de noviembre de 2017, RIT N° 107-2017, considerando decimocuarto, iv.

¹² Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Quillota de 25 de noviembre de 2017, RIT N° 107-2017, considerando decimocuarto, iv. Cabe tener presente que, en este caso concreto, al menos dos problemas adicionales enfrentarían la subsunción del hecho en el tipo de fraude al Fisco si se estima éste como una estafa. El primero, que incluso de haber engañado A al funcionario que finalmente dispuso el pago, sería dudosa la existencia de un error; el segundo, que al menos respecto del primer hecho no habría ánimo de lucro. Sobre el primer punto, véase HERNÁNDEZ BASUALTO, *La administración*, ob. cit., pp. 235 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, VV.AA., *Problemas actuales de derecho penal*, (Temuco, 2001) p. 169. Sobre el segundo punto, MAÑALICH RAFFO, “La malversación”, ob. cit., p. 374; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Aproximación a la problemática”, ob. cit., p. 189, y MAYER, Laura, “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII* (2014), pp. 285-319, p. 305.

Por ello, afirmar que no se requiere engaño para la configuración del delito es correcto en abstracto, sin embargo, es problemático en el caso concreto.

El segundo punto a analizar de la sentencia tiene que ver con la determinación de las funciones y deberes de quien perjudica el patrimonio público, cuestión de la máxima relevancia para la configuración del delito contemplado en el artículo 239 del CP, sobre todo para la comprensión del delito como un tipo de administración desleal, puesto que sólo así se determina el alcance de sus deberes de administración o gestión de dicho patrimonio. La norma requiere expresamente esa determinación en tanto señala que autor será el *empleado público* que defraude o consienta en que se defraude al Estado –las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia– en las operaciones en que interviniere *por razón de su cargo*.

Precisamente ése es el segundo punto que analizaremos, dentro los incidentados por la defensa. El recurso de nulidad se funda también en las causales contempladas en el artículo 374, letra e), del CPP, en relación con los artículos 342, letra c), y 297 del mismo cuerpo legal, por infracción al principio de la lógica de la razón suficiente en tanto no se habría acreditado que el fraude se haya realizado en el contexto de operaciones en las que Juan Buzeta haya intervenido en razón de su cargo, en tanto el tribunal no habría dado razón suficiente para desestimar la alegación de la defensa en cuanto a que Buzeta no podría haber sido Jefe del Departamento Jurídico de la Municipalidad, puesto que se encontraba contratado a honorarios y no existía un decreto de nombramiento, y, al dar por acreditado, pese a que no se encontraba en el contrato, que éste tenía la función de certificar trabajos realizados. La misma alegación se repite luego con respecto a lo dispuesto en el artículo 373, letra b), del CPP en relación con el artículo 239 del CP y artículos de la Ley N° 18.695, Ley Orgánica de Municipalidades, y la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Empleados Municipales, y artículos 6° y 7° de la Constitución.

La corte desestima ambas causales, señalando, en primer lugar, que el concepto de funcionario público es amplio, por lo que el cargo que detentaba Buzeta en la municipalidad era, en cualquier caso, suficiente para la comprensión de éste como empleado público. En efecto, señala que el fallo del tribunal *a quo* estableció que existían otras funciones que el condenado realizaba atendida su calidad de jefe del Departamento Jurídico, que no estaban explicitadas en el contrato que celebró con la municipalidad, constatándose que “quien debía certificar que los servicios de una determinada unidad se cumplían, era el jefe de dicho servicio”¹³, argumentando la corte que, en cualquier caso, más allá de si Buzeta era o no jefe del Departamento Jurídico, lo relevante era que el condenado habría admitido que

¹³ Considerando undécimo.

fue el primer abogado contratado de forma permanente por la municipalidad y fue el encargado de crear la unidad jurídica¹⁴, además del hecho de que éste siempre habría realizado tal actividad¹⁵. Concluyendo la corte que el condenado “ejercía como jefe jurídico, lo que no se ve alterado por su situación contractual, dados los términos del artículo 260 del Código Penal, en relación a la función pública desempeñada, en vinculación con la cual se acreditaron en el juicio hechos ilícitos cometidos precisamente con ocasión del desempeño funcionario”¹⁶.

Lo relevante, sin embargo, no es sólo si Juan Buzeta era empleado público para la ley penal o no, sino que debe determinarse si dentro de las funciones de éste se encontraba la de preservar el interés (patrimonial) de la municipalidad en las operaciones en las que intervino¹⁷. En efecto, la alegación de la defensa cuestiona no tanto la calidad de empleado público como la de jefe del Departamento Jurídico y las funciones que a éste correspondían. Ello resulta relevante para la determinación de si la defraudación se produjo por su intervención en operaciones *propias de su cargo*, puesto que lo relevante es que el funcionario haya tenido la “determinación o vigilancia [...] de lo que el Estado entrega a los particulares”¹⁸.

No basta tampoco con que Buzeta haya realizado –incluso de forma reiterada– con anterioridad las certificaciones, puesto que el requisito típico de que se trate de operaciones en las que intervenga en razón de su cargo, implica que éste debe ser *competente* para intervenir en ellas, competencia que puede provenir de distintas fuentes, como la ley, el reglamento, una resolución o la costumbre administrativa, mas no de relaciones fácticas¹⁹. La necesidad de la identificación de esa competencia no desaparece con la mera constatación de la calidad de empleado público –en los términos del artículo 260 del Código Penal– del sujeto.

Así, lo que debe determinarse es, en primer lugar, si la función de certificar era efectivamente exclusiva de los jefes de departamento, caso en el cual será necesario determinar si éste era jefe de departamento o no (siendo insuficiente constatar su calidad de empleado público), y, si no lo era, si puede ella entenderse como parte de las funciones que Buzeta debía desempeñar, acertando el tribunal al señalar que puede extraerse su competencia no sólo del contrato que Buzeta celebró con la municipalidad.

¹⁴ Considerando undécimo.

¹⁵ Considerando undécimo.

¹⁶ Considerando duodécimo.

¹⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal”, ob. cit., p. 238.

¹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho penal. Tomo cuarto. Parte especial”, (Santiago, 1998), p. 246.

¹⁹ GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Estudios y defensas penales”, (Santiago, 2009), p. 406.

CORTE SUPREMA:

Santiago, siete de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos antecedentes rol único N° 1200597905-4 e interno del tribunal N° 107-2017, se registra la sentencia dictada en juicio oral por el Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, de veinticinco de noviembre de dos mil diecisiete, que absolvió a Juan Agustín Buzeta Novoa del cargo de ser autor del delito de fraude al Fisco signado como Hecho 3 en la acusación y lo condenó por los cargos signados como Hecho 1 y Hecho 2, constitutivos de delitos reiterados de fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, en grado de consumado, cometidos en la comuna de Zapallar entre los años 2009 y 2011, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa del 10% del perjuicio causado, cuyo monto será determinado en la etapa de ejecución del fallo, y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. En lo civil, se acogió la demanda de indemnización de perjuicios deducida por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile, condenando al demandado Juan Buzeta Novoa al pago de \$ 24.447.772, cantidad que deberá enterar con los intereses corrientes que se devenguen desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada a la fecha de su pago total y efectivo.

En contra de dicha sentencia, los defensores penales Sres. Sergio Ignacio Contreras Paredes y Nicolás Muñoz

Biggs, en representación del imputado, interpusieron recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este tribunal y se conoció en la audiencia pública que se verificó el pasado dieciocho de enero. Luego de la vista del recurso, se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta suscrita en esa misma oportunidad.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso de nulidad intentado, en su aspecto penal, se fundó en las causales que a continuación se exponen sumariamente y que fueron formuladas, salvo la primera, de manera subsidiaria a las que respectivamente le preceden. Asimismo, de manera conjunta con las causales de invalidación penal, se dedujo nulidad contra la decisión civil contenida en la sentencia.

1°.- De manera principal, el recurso se funda en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, por inobservancia a las normas del debido proceso, consagrado en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Constitución Política, dada la pérdida de imparcialidad del tribunal, garantía básica de juzgamiento contenida en los artículos 1° del Código Procesal Penal, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10 de la Declaración Universal de derechos Humanos.

Según se sostiene, el tribunal habría desarrollado actividad oficiosa incorporando información no aportada por las partes, que se usó para refutar una hipótesis de la defensa. Así, consta del fallo que el tribunal oral desestimó la

alegación de la media prescripción de la acción ejercida, consignando que “al tribunal consta” la existencia de una querrela que sería apta para interrumpir el plazo de prescripción, además de todos los detalles y circunstancias contenidos en ella, en circunstancias en que ni la querrela ni sus detalles fueron aporte de alguna de las partes del juicio.

Específicamente, indica, el fallo asentó que “... de acuerdo a la información con que cuenta el tribunal, la querrela criminal habría sido presentada en el Tribunal de La Ligua el 2 de agosto de 2012, por Fidel Rojas y César Ramírez, por el delito de fraude al Fisco y cohecho en contra de él o los culpables de tales ilícitos, relativo a hechos de licitaciones y ejecución de proyectos adjudicados mayoritariamente al empresario Jorge Ahumada, a quien se le vinculó en una estrecha relación comercial y de amistad con los funcionarios Juan Buzeta y Eliecer Fuenzalida. Se menciona como segundo hecho ilícito el pago a abogados externos por trabajos suscitados por funcionarios municipales, a quienes se les realizaba mensualmente pagos en dinero por prestaciones de servicios simuladas y que son ejecutadas realmente por funcionarios municipales en el ejercicio de sus funciones ordinarias”.... “Otro hecho cuya investigación se solicita es el relativo a cobros a particulares por servicios municipales gratuitos. Es decir, con lo anterior, incluso en el evento de que se hubiera acompañado documentación necesaria para acreditar el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho y la fecha de formalización, ha

quedado evidenciado que la prescripción se interrumpió en agosto del 2012, por lo cual se desechará la alegación de la defensa”....

A juicio de los impugnantes, es ahí donde quedaría de manifiesto que el tribunal oral asumió la tarea de buscar, individualizar e incorporar al debate como información propia del juicio, antecedentes que sirvieron al rechazo de una petición de la defensa, interviniendo en una actividad que es propia de partes.

Pero adicionalmente, siempre al alero de la misma causal de infracción de garantías fundamentales —el debido proceso—, reclama el recurso que el tribunal otorgó a la parte querellante una ventaja indebida, en perjuicio de la defensa, al permitirle efectuar un contrainterrogatorio al testigo de cargo Ramón Cisternas Espergue, en circunstancias en que tal prerrogativa, de contrainterrogar a los testigos de cargo, sólo pudo corresponder a la defensa.

Para el tribunal, sin embargo, el testigo en cuestión fue presentado por el Ministerio Público, no por la parte querellante, por lo que a ésta sí asistía el derecho al contrainterrogatorio.

El recurso refuta esa argumentación, sosteniendo que el Ministerio Público, la querellante particular y el Consejo de Defensa del Estado, conforman en conjunto la parte acusadora, de manera que el veto al contrainterrogatorio ha debido extenderse a todos ellos.

Por último, dentro de la motivación principal, se sostiene que la sentencia omitió toda consideración respecto a la alegación formulada en la etapa de

determinación de la pena consistente en calificar la atenuante de irreprochable conducta anterior que asiste al imputado, asumiendo una actividad propia de la parte acusadora, soslayando que en esta materia no hubo oposición, dejando de aplicar el artículo 68 bis del Código Penal.

Termina por solicitar que se anule el juicio y la sentencia, determinando el estado en que ha de quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que se disponga la realización de un nuevo juicio, en el que se respete el debido proceso y se garantice la imparcialidad del tribunal.

2°.- La primera causal subsidiaria contiene a su vez cuatro motivos que se interponen uno en subsidio del otro, todos ellos vinculados al artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal. Tales son:

1°) Artículo 374, letra e), con relación a los artículos 342, letra c), y 297, todos del Código Procesal Penal, por infracción al principio de la lógica de la razón suficiente, en lo que concierne a la prueba del elemento del tipo penal perseguido, consistente en las “operaciones en que interviniera por razón de su cargo”.

En la especie, señala, para afirmar que el acusado es culpable del delito de fraude al Fisco, debe sostenerse que ha desempeñado “un cargo”, que para el caso de autos era el de Jefe de la Unidad Jurídica de la Municipalidad de Zapallar, en cuya virtud, o “por razón de dicho cargo haya intervenido en operaciones” a través de las cuales defraudó o consintió en que se defraudara al Fisco.

Al efecto explica que lo que el fallo dio por probado es que durante los años 2010 y 2011 –Hecho 1– y en los años 2009 y primer semestre de 2011 –Hecho 2–, Juan Buzeta, en su calidad de Jefe del Departamento Jurídico de la Municipalidad de Zapallar, certificó falsamente, mes a mes, que dos personas contratadas a honorarios por dicho municipio habían cumplido sus servicios, cuando en realidad no lo habían hecho, y que en virtud de dicha certificación la municipalidad dispuso de los dineros que fueron pagados a estas personas.

Sin embargo, el tribunal advirtió que la función de certificar trabajos realizados no se encontraba dentro de aquellas establecidas en el contrato del acusado, pero de todos modos se estableció dicha función como propia del supuesto cargo de Juan Buzeta, al sostenerse que “sin perjuicio de lo señalado en el contrato, existían otras funciones que debía efectuar atendida su calidad de Jefe del Departamento Jurídico, las cuales no están explicitadas en el contrato que celebró con la municipalidad, tal como lo es la de certificar el cumplimiento de las tareas encomendadas a los abogados, tanto externos como internos, o bien asistir a todas las reuniones del Concejo Municipal”, y agrega que “dicha labor de certificación le correspondía a cada jefe del departamento respecto a las personas o funcionarios que prestaban servicios para dicha unidad”.

De otra parte, explica, el tribunal dio por acreditado el ejercicio del cargo de Jefe de la Unidad Jurídica únicamente a través de prueba testimonial, sin dar razón suficiente de los motivos para

desestimar las alegaciones de la defensa en cuanto a que no desempeñaba dicho cargo, pues se encontraba contratado a honorarios, condición que no podía habilitarlo para ostentar cargos de jefatura, y porque no existía un decreto de nombramiento que le diera en propiedad el mentado cargo, es decir, no existió investidura en el mismo con un acto administrativo de nombramiento.

Solicita en este apartado inicial que se anule el juicio y la sentencia y se disponga la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

2°) Artículo 374, letra e), con relación al 342, letra c), y 297 del Código Procesal Penal, respecto de la acreditación de un elemento del tipo penal, infringiéndose el principio de la razón suficiente.

Se impugna por esta sección subsidiaria la parte del fallo que da por acreditado, tanto para el Hecho 1 como para el Hecho 2, el elemento engaño, en virtud del cual se hizo caer en error a los funcionarios de diversos departamentos de la municipalidad que debían participar en la visación y firma de un decreto de pago, sin que se entregue razón suficiente para que el hecho hubiere ocurrido de la forma que señala el fallo y no de otra manera.

Para estos efectos, apunta, el tribunal acudió únicamente al testigo Ramón Cisternas Espergue, que a la época de los hechos se desempeñaba como Jefe del Departamento de Administración y Finanzas. La defensa por su parte presentó como testigo al entonces Alcalde

Nicolás Cox Urrejola. Pero los otros involucrados, quienes se desempeñaban en esos años como Secretario Municipal y la Jefa de Unidad de Control, no declararon en el juicio, a pesar de haber sido ofrecidos como testigos.

Destaca el recurso que el Alcalde nunca reconoció haber sido engañado en la firma de los diversos decretos de pago, incluso admitió que él personalmente contrató a Felipe Ortega Reyes, señalando cada una de las labores que éste le prestó.

Ramón Cisternas tampoco reconoció haber sido engañado en el pago de algún decreto, pues sostuvo que la labor de verificar la regularidad de los pagos correspondía a la Unidad de Control.

La jefa de la Unidad de Control, como se dijo, Ana Varas, no declaró en el juicio, por lo que sin su testimonio no se puede sostener que el Departamento de Control haya incurrido en un error en la aprobación y firma de los decretos de pago.

De manera que, de las cuatro personas que debían firmar los decretos de pago, sólo dos de ellas concurrieron al juicio. En consecuencia, se infringe el principio de la razón suficiente al establecerse que cuatro departamentos habrían incurrido en error al autorizar el pago de servicios no prestados, a pesar de no contar con la declaración de las personas de dos de esas unidades. Y los únicos dos que concurrieron a estrados no señalaron haber sido engañados.

Con dichos argumentos solicita que se anule el juicio y la sentencia y se disponga la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que correspon-

da para que se proceda a la realización de un nuevo juicio oral.

3°) Artículo 374, letra e), con relación al artículo 342, letra c), y 297 del Código Procesal Penal, por infracción a los principios de razón suficiente y no contradicción, en cuanto a la acreditación de un perjuicio ascendente a \$ 13.777.780 que la Municipalidad de Zapallar habría sufrido con motivo del signado Hecho N° 1.

Según declaró la testigo María Teresa Lamoliatte, Jefa del Departamento de Recursos Humanos de la municipalidad a la época de los hechos, los prestadores contratados a honorarios del municipio debían realizar su informe mensual detallando la prestación contenida en la glosa u objeto de su contrato, para que así la Unidad de Control autorizara el pago. Si los servicios no se identificaban con la glosa u objeto del contrato del referido prestador, aun aquellos efectivamente prestados, éstos no debían ser incorporados en el informe.

La teoría de la defensa es que Felipe Ortega –Hecho 1– sí prestó servicios a la municipalidad, algunos distintos de los señalados en su glosa, tal como declararon los testigos en juicio (el ex Alcalde Nicolás Cox, el ex Administrador Municipal Eliecer Fuenzalida, el ex Asesor Jurídico Fernando Moya, el ex Concejel Sergio Urrejola, la ex Jefa de Recursos Humanos María Teresa Lamoliatte y la funcionaria municipal Jacqueline Díaz Bustamante).

El tribunal, sin embargo, desestimó esta alegación, porque consideró que no había prueba que determinara de manera precisa cuáles fueron las labores

encomendadas al abogado Ortega. Él mismo reconoció que no todas las labores señaladas en su glosa se cumplieron. Pero el fallo continúa señalando que Ortega sí prestó servicios en materias puntuales, ninguna de las cuales se ve reflejada en sus contratos e informes remitidos para obtener el pago de sus servicios, pese a que pudo haber puesto, como dijo el testigo Fuenzalida, el cumplimiento de la glosa y las otras labores encomendadas.

Para el tribunal, de los *mails* que aportó la defensa no se advierte archivo adjunto o un trabajo extenso por parte de Ortega, incluso algunos de ellos sólo dicen que “todo está correcto”. No hay un *mail* que haya sido remitido por Ortega con una contestación o documento generado por él, sólo comentarios o supuestas revisiones de documentos que ya estaban listos y que habían sido realizados por los abogados contratados del Departamento Jurídico, concluyendo que se originó una disposición patrimonial en razón de servicios que no se ejecutaron, lo cual evidentemente ocasionó un perjuicio o pérdida económica, porque salieron fondos del erario municipal para el pago de Felipe Ortega por servicios que nunca fueron realizados por éste.

Para el recurso, no obstante lo antes relacionado, el fallo no logra explicar cómo se produjo un perjuicio por el monto total de sus contratos si se señala al mismo tiempo que prestó asesorías puntuales al alcalde. Tampoco correspondía al tribunal calificar el alcance de sus asesorías, sino sólo determinar si éstas se prestaron. Adicionalmente, con

la documental N° 21 del Ministerio Público se acreditó que, en junio de 2011, fue el Asesor Jurídico Fernando Moya quien certificó los servicios prestados por Ortega y no obstante también se imputa dicho perjuicio a Buzeta.

Solicita en esta sección que se anule el juicio y la sentencia y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

4°) Artículo 374, letra e), con relación a los artículos 342, letra c), y 297 del Código Procesal Penal, por infracción al principio de la razón suficiente en la valoración de la única prueba testimonial de cargo del Ministerio Público –Jacqueline Tapia– en relación con el Hecho N° 2.

La teoría de la defensa con motivo de este cargo consistió en que el Ministerio Público no podría destruir la presunción de inocencia que asiste al acusado con el solo relato de la coimputada Jacqueline Tapia, quien entregó dos versiones diferentes de los hechos, en una los negaba y en la otra se inculpaba. Pero la versión inculpativa no pudo ser corroborada por otra prueba, testimonial o documental, de manera que el hecho del pago de dineros a Buzeta quedó sin acreditarse.

Solicita por ello que se anule el juicio y la sentencia y se ordene la realización de un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

3°.- Concluido de la forma señalada el apartado anterior se desarrolla la segunda causal subsidiaria, fundada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, en relación con los

artículos 239 del Código Penal; 15, 16, 40, 47 de la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades; 1°, 2°, 4°, 5° y 6° de la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Empleados Municipales, y los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Se sostiene por el recurso que el tribunal erró al calificar el elemento normativo del tipo penal referido al “cargo” en virtud del cual Juan Buzeta intervino en “operaciones propias del mismo”, pues no ha podido calificarse que él detentaba el “cargo de Jefe de la Unidad Jurídica de la Municipalidad de Zapallar” y que en razón de dicho “cargo” le correspondía intervenir en las “operaciones” de certificación de trabajos, concluyéndose equivocadamente que debe ser condenado por el delito que reprime el artículo 239 del Código Penal, y no como coautor del delito contemplado en el artículo 470, N° 8, del mismo cuerpo normativo, que corresponde al tipo penal por el cual fueron sancionados los coautores de los Hechos 1 y 2.

Explica el libelo que el artículo 239 del Código Penal exige que el funcionario público haya intervenido en operaciones por razón de su cargo. Lo que se impugna en consecuencia es la calificación del cargo de “jefe” de la Unidad Jurídica de la Municipalidad de Zapallar, que supuestamente detentaba el imputado al momento de los hechos.

Destaca que las dos personas vinculadas a los Hechos 1 y 2, Felipe Ortega en el primero y Jacqueline Tapia en el segundo, tenían el mismo régimen de contratación que el imputado Juan Bu-

zeta, esto es, a honorarios, y sin embargo esas dos personas fueron condenadas en procedimiento abreviado como autores del delito del artículo 470 N° 8 del Código Penal.

Pero el fallo descartó esta tesis aduciendo que la mayoría de los testigos en juicio aludieron a que el imputado era el Jefe del Departamento Jurídico y se citan en la sentencia cada una de las funciones que se encontraban en el instrumento privado celebrado entre la municipalidad y el acusado. Pero al advertir el tribunal que entre ellas no estaba la de “certificar trabajos realizados”, estableció igualmente, con error, dicha función como propia del supuesto cargo de Buzeta.

La defensa afirma que la calificación que hace la sentencia de Buzeta como jefe de una unidad municipal no se ajusta a la normativa administrativa ni al derecho público, dada la naturaleza de su contratación—contrato de honorarios a suma alzada—, pues de la normativa de municipalidades se puede concluir que no son funcionarios municipales las personas contratadas a honorarios y que no puede dirigir una unidad jurídica quien esté contratado en esa condición.

Por su parte, de la Ley N° 18.883 se desprende que para un cargo de planta es requerido un nombramiento. La contratación a honorarios se realiza para cometidos específicos y las reglas de dicha relación se establecen en el contrato, no resultando aplicables las reglas del estatuto administrativo.

Por lo tanto, una persona contratada a honorarios, como el enjuiciado, no cumple con los requisitos necesarios

para desempeñar “un cargo” como el de jefe de una unidad jurídica de una municipalidad, pues para ostentar dicho cargo se requiere ser funcionario de planta o a contrata, junto con el respectivo decreto de nombramiento que permite ocupar en propiedad el cargo, condiciones que en este caso no concurren.

Es por esa razón que Juan Buzeta, desde un punto de vista jurídico, no podía ostentar el cargo de Jefe de la Unidad Jurídica, pues nunca existió un nombramiento en tal sentido y la naturaleza de su contratación no lo permitía.

Finalmente, refiere que el fundamento constitucional de la creación de un cargo público se encuentra en los artículos 63 N° 14 y 65 inciso cuarto N° 2 de la Constitución Política, siendo materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Termina por solicitar que se anule sólo la sentencia y en su lugar se dicte fallo de reemplazo que aplique correctamente el derecho y condene al imputado por el delito que sanciona el artículo 470, N° 8, del Código Penal, o bien de acuerdo al tipo legal que esta corte determine.

4°.- La tercera causal subsidiaria deducida se asila en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, por errónea aplicación de la ley vigente al momento de la comisión de los delitos que el tribunal ha considerado como reiterados, aplicando una norma que comenzó a regir con ocasión de la Ley N° 20.341, el 22 de abril de 2009, en circunstancias en que el primero de los

hechos materia de acusación y condena se habría producido en enero de 2009.

La ley vigente a esa data, sostiene el recurso, era más beneficiosa, y sin embargo no se aplicó, contraviniéndose lo dispuesto en los artículos 18 del Código Penal y 19, N° 3, inciso 8°, de la Constitución Política.

Lo acertado, afirma, era hacer una valoración unitaria de la pluralidad de hechos que han sido materia de los cargos y del fallo de acuerdo al artículo 351 del Código Procesal Penal.

La sentencia el tribunal hace una valoración unitaria no sólo de la secuencia de hechos, pues considera la totalidad del periodo –2009 a 2011–, sino que también unifica el monto del perjuicio en una suma equivalente a la totalidad de cada uno de los montos que se dicen defraudados de manera individual, y no obstante ello, aplica la ley vigente a partir del 24 de abril de 2009, y no la que regía al inicio de los sucesos.

La solución dogmática para definir la ley aplicable en casos de pluralidad de hechos, valorados unitariamente, consiste en aplicar la ley más benigna a toda la secuencia. En la especie, antes de la modificación legal de abril de 2009, cuando la pena para el delito de fraude al Fisco era de presidio menor en su grado medio a máximo, sin que existiera la facultad de aumentar en un grado la sanción en caso que el monto defraudado excediera de 40 unidades tributarias mensuales ni la pena de presidio mayor en su grado mínimo para los fraudes que excedieran de 400 unidades tributarias mensuales.

En consecuencia, sostiene, de haberse aplicado la ley más favorable, y dado que le beneficia una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, se excluye el grado superior, y por efecto de la reiteración, la pena quedaba determinada en presidio menor en su grado máximo.

Por estas consideraciones, solicita en la conclusión que se anule la sentencia a fin que se dicte fallo de reemplazo que aplique a la secuencia de delitos la ley más favorable, antes de la modificación de 22 de abril de 2009.

5°.- Por último, en forma conjunta con los motivos anteriores, se impugna la decisión civil de la sentencia por la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 239 del Código Penal; 2332, 2514, 2518 del Código Civil; 30 del Código de Procedimiento Civil, y 61, 62, 263, 264, 265 y 271 del Código Procesal Penal.

La errónea aplicación del derecho reclamada dice relación con la excepción de prescripción que se planteó en la audiencia de preparación de juicio oral ante el tribunal de garantía, oportunidad en que argumentó que la demanda civil se presentó junto con la acusación particular el 16 de diciembre de 2016. Pero los sucesos datan, en el caso del Hecho N° 1, de enero de 2010 a junio de 2011, y, en el caso del hecho N° 2, desde enero de 2009 a diciembre de 2011.

Durante la investigación, que comenzó con denuncia de 5 de junio de 2012, nunca hubo medida cautelar real promovida por algún interviniente ni solicitud de diligencias con posteriori-

dad a la formalización –actuación que ocurrió el 18 de marzo de 2015– que haya estado encaminada a obtener o resguardar la eventual acción civil por parte del Consejo de Defensa del Estado.

Sobre la materia, el tribunal de garantía resolvió que, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 96 del Código Penal, al momento de presentarse la querrela, febrero de 2014, con una ampliación de marzo de 2015, se suspendió la prescripción penal, por lo que también se rechazaría la solicitud de prescripción de la acción civil. Vale decir, con error, la Jueza de Garantía de La Ligua acudió al artículo 96 del Código Penal como una posible forma de interrupción de la prescripción de la acción civil.

Lo cierto, plantea, es que la prescripción de la acción civil se interrumpe en el proceso penal de conformidad con lo que prescribe el artículo 61 del Código Procesal Penal, esto es, al solicitar medida cautelar real, o bien diligencias que se consideren necesarias para esclarecer los hechos. Ambas situaciones deben concretarse con posterioridad a la formalización, lo que, en la especie, nunca ocurrió.

De este modo, siendo la primera actuación del Consejo de Defensa del Estado la presentación de la querrela, el 6 de febrero de 2014, luego su ampliación, el 16 de marzo de 2015, antes de la formalización, sin que desarrollara actividad alguna encaminada a interrumpir la prescripción de la acción civil, presentando la demanda en sede penal en diciembre de 2016, habiéndose iniciado la investigación penal en junio de 2012,

transcurrió con creces el plazo de cuatro años del artículo 2332 del Código Civil para declarar prescrita la acción ejercida.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia en su parte civil y acto seguido se dicte el correspondiente fallo de reemplazo, de conformidad con el artículo 385 del Código Procesal Penal, que acoja la excepción de prescripción de la acción civil deducida en el proceso penal.

Segundo: Que, en la audiencia de la vista del recurso, la defensa rindió prueba para justificar las circunstancias constitutivas de los vicios de nulidad reclamados.

Para la primera causal subsidiaria, primer motivo de nulidad, se dio lectura resumida a la copia del Decreto de Alcaldía N° 2.297/2009, de la Municipalidad de Zapallar, de fecha 30.06.2009, que además contiene copia de contrato de prestación de servicios entre dicho municipio y Juan Agustín Buzeta Novoa, que regía desde el día 1.07.2009 al 31.12.2009, que da cuenta de la relación contractual de Buzeta Novoa con la Municipalidad de Zapallar, y la copia del Decreto de Alcaldía N° 4.971/2011, de la misma municipalidad, de fecha 29.12.2011, relativo al contrato de prestación de servicios entre dicho municipio y el imputado, que regía desde el día 1.01.2012 al 31.12.2012, el que da cuenta de la relación contractual de Juan Buzeta Novoa con el municipio.

Para acreditar las circunstancias que conformarían la segunda causal subsidiaria, se incorporó mediante su lectura lo pertinente de la sentencia condenatoria del Juzgado de Garantía de la Ligua, en causa RUC N° 1200597905-4,

RIT N° 1136-2012, de fecha 11.08.2016, relativa a la condena de Jacqueline de Jesús Tapia Olivares por el delito contemplado en el artículo 470 N° 8 del Código Penal; la sentencia condenatoria del Juzgado de Garantía de La Ligua en causa RUC N° 1200597905-4, RIT N° 1136-2012, de fecha 9.05.2016, por la que condenó a Felipe Humberto Ortega Reyes por el delito contemplado en el artículo 470, N° 8, del Código Penal.

Por último, para la causal conjunta deducida contra la parte civil del fallo, se escuchó la pista de audio “1200597905-4-1051-170316-00-15- El Tribunal resuelve y prescripción acción civil (1)”, entre los minutos 00:22:15 y 00:24:11, que corresponde al extracto de la audiencia de preparación de juicio oral donde se expide la resolución que rechaza la excepción de prescripción de la acción civil; copia del acta de audiencia de formalización de Juan Buzeta en causa Rit N° 1136-2012, RUC N° 1200597905-4, ante el Juzgado de Garantía de la Ligua; copia de la querrela presentada por el Consejo de Defensa del Estado con fecha 6 de febrero de 2014 y su ampliación.

Tercero: Que, para mayor claridad de lo que debe resolverse, es conveniente asentar los hechos que el tribunal del fondo ha dado por demostrados.

Tales son los consignados en el fundamento décimo cuarto del fallo impugnado y se describen del modo que sigue:

Hecho 1:

En el período comprendido entre los años 2010 y 2011, Felipe Ortega Reyes fue contratado por la Municipalidad de Zapallar como abogado a honorarios,

en una primera ocasión en el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y 31 de marzo de 2010, para realizar capacitaciones a microempresarios de la comuna en materias jurídicas y realización de informes en derecho en materia de educación. Luego para el período del 1 de abril de 2010 y 30 de abril 2010 para realizar las mismas funciones reseñadas más la absolución de consultas y elaboración de informes en derecho sobre materias propias de la gestión municipal a requerimiento del alcalde; elaboración de estudios, análisis e informes sobre proyectos de ley que digan relación con materias propias de la gestión municipal, en ambos casos por una suma única de \$ 2.222.222 pesos.

Respecto de estos servicios, Ortega Reyes sólo emitió un informe en derecho “sobre vacancia por salud incompatible respecto a profesionales de la educación”, con fecha 12 de abril de 2010, informe que sólo reproduce dos dictámenes de la Contraloría General de la República, pese a lo cual Juan Agustín Buzeta Novoa, abogado, en ese entonces asesor jurídico permanente de la referida municipalidad, certificó con fecha 28 de abril de 2010 que los servicios encomendados se habían cumplido a cabalidad, lo que permitió el pago a Ortega Reyes.

Luego, Ortega Reyes fue contratado desde el día 1 de julio de 2010 y el 31 de diciembre de 2010, por la suma de \$ 666.666 pesos mensuales, y desde el 1 de enero de 2011 hasta el 30 de junio de 2011, por la suma de \$ 888.888 pesos mensuales por concepto de “Apoyo en el Departamento Jurídico en especial atención de las organizaciones comuni-

tarias y público en general para consultas y orientación en materias jurídicas, revisión de ordenanzas y reglamentos municipales y actualización de catastro de terrenos municipales”, servicios que éste no prestó, funciones que fueron efectuadas por otros funcionarios del departamento jurídico, pese a lo cual Buzeta Novoa (el acusado) certificó que Ortega Reyes realizó mes a mes estas labores, permitiendo así el pago por dichos períodos, perjudicando a la Municipalidad de Zapallar en la suma de \$ 13.777.780 pesos.

Hecho 2:

En el periodo comprendido entre enero de 2009 y el primer semestre de 2011, Juan Agustín Buzeta Novoa, Asesor Jurídico de la Municipalidad de Zapallar, contactó a Jacqueline Tapia Olivares, profesora de matemáticas, para ser contratada por la Municipalidad de Zapallar a efectos de prestar “Apoyo Técnico al Departamento de Asesoría Jurídica en la elaboración de talleres”, para los años 2009, 2010 y 2011, pagándosele en razón de dichos servicios la suma de \$ 333.333 pesos, \$ 348.333 pesos y \$ 415.000 pesos mensuales, respectivamente, pese a que dichos servicios jamás fueron ejecutados, Buzeta Novoa certificó mes a mes la recepción conforme de los mismos para así obtener de parte de Tapia Olivares el dinero pagado por ese concepto, perjudicando de esta forma a la entidad edilicia en la suma de \$ 10.669.992 pesos.

Cuarto: Que con relación a la causal principal deducida, como se advierte de su formulación, ésta se desglosa en tres apartados.

El primero de ellos dice relación con la imputación efectuada por el recurso al tribunal oral de abandonar su posición equidistante de las partes incorporando oficiosamente elementos que le sirvieron para desestimar una tesis de la defensa.

En relación con este cuestionamiento, ha quedado claro en estrados que la actuación que se reprueba se habría llevado a efecto en la audiencia de determinación de pena, una vez que se dio a conocer el veredicto condenatorio.

Lo que se trata de dilucidar es si, como pretende el recurso, fue el tribunal el que oficiosamente incorporó como elemento para desestimar la media prescripción, la querrela criminal de 2 de agosto de 2012, a que hace referencia el fundamento vigésimo de la sentencia.

Dos puntos son relevantes al decidir: la prohibición de sorpresa y la labor efectivamente desplegada por el tribunal.

En relación con lo primero, se planteó en el debate del recurso por los acusadores que la existencia de la querrela no era un hecho ajeno al imputado ni a su defensa, pues, conocedores de ella, intentaron soslayar cualquier referencia a ese acto con el fin de sostener que la suspensión de la prescripción de la acción penal únicamente procedería con la formalización de la investigación, no con la querrela –asunto que el recurso no discute–, descartando extender sus alegaciones a la aplicación del artículo 96 del Código Penal, norma que amplía los efectos de la suspensión de la prescripción a otros actos procesales, que evidentemente perjudicaban su teoría.

Es decir, sabía de su existencia, mas no servía a sus intereses.

Pero en la audiencia a que se refiere el artículo 343 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público incorporó la querrela para sostener que con ella, ya el 2012, se suspendió la prescripción. En esa discusión la defensa no cuestionó el hecho de existir la querrela ni su época de presentación, lo que constaba en la carpeta judicial y en la investigativa, prueba de ello es su aporte como prueba documental en sustento del vicio de nulidad que ahora se resuelve.

Descartada la sorpresa, desvirtuada por un conocimiento procesal efectivo, resta referirse al origen de la aportación al pleito.

En lo pertinente, la sentencia impugnada señala que: "... el propio testigo de la defensa, Sergio Urrejola, señaló que ya durante el año 2011 o en el año 2012 se habían presentado querrelas en contra de varios funcionarios municipales, y que tal tema se había discutido en una sesión del concejo municipal, unido aquello a que, de acuerdo con la información con que cuenta el tribunal, la querrela criminal habría sido presentada en el tribunal de La Ligua el 2 de agosto de 2012, por Fidel Rojas y César Ramírez, por el delito de fraude al Fisco y cohecho en contra de él o los culpables de tales ilícitos, relativo a hechos de licitaciones y ejecución de proyectos adjudicados mayoritariamente al empresario Jorge Ahumada, a quien se le vinculó en una estrecha relación comercial con los funcionarios Juan Buzeta y Eliecer Fuenzalida. Se menciona como segundo hecho ilícito el pago a abogados externos

por trabajos suscitados por funcionarios municipales, a quienes se les realizaba mensualmente pagos en dinero por prestaciones de servicios simuladas y que son ejecutados realmente por funcionarios municipales en el ejercicio de sus funciones ordinarias, ardid construido aparentemente para incrementar, al margen de la ley, los sueldos de algunos altos cargos de la municipalidad que participarían de esta trama. Otro hecho cuya investigación se solicita es el relativo a cobros a particulares por servicios municipales gratuitos. Es decir, con lo anterior, incluso en el evento de que se hubiera acompañado documentación necesaria para acreditar el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho y la fecha de formalización, ha quedado evidenciado que la prescripción se interrumpió en agosto del 2012", todo lo cual condujo a desechar la alegación de la media prescripción.

Lo cierto es que el testigo Sergio Urrejola, en su declaración reseñada en el considerando décimo tercero del fallo, con el N° 6, página 191, precisó que en sesión del concejo municipal de agosto de 2012, se tomó conocimiento de la presentación de querrelas contra los funcionarios municipales, manifestándoles su apoyo en sesión del 13 de agosto de 2012, lo cual resulta concordante con los dichos de Felipe Ortega, Macarena Herrera y Fernando Moya, conocedores de la investigación que desarrollaba el Ministerio Público con ocasión de los sucesos acontecidos en el municipio.

Vale decir, la circunstancia de existir la mentada querrela de agosto de

2012 no es aporte exclusivo del tribunal en la audiencia de determinación de pena, pues ese conocimiento fue introducido al juicio por los testigos antes señalados.

Sin perjuicio de ello, la defensa no ha contradicho que efectivamente la existencia y contenido de esas actuaciones fueron dadas a conocer al tribunal por la parte acusadora, para sostener que concurría una de las hipótesis del artículo 96 del Código Penal para entender suspendida la prescripción de la acción penal, siendo ésta la vía por la cual el tribunal tomó conocimiento de un antecedente que, más tarde, sirvió a efectos de desestimar la concurrencia de los supuestos de la prescripción gradual.

Quinto: Que, aun cuando lo señalado es suficiente para desestimar la imputación hecha al tribunal de realizar actividad probatoria de propia iniciativa, esta corte ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que

se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.

Sexto: Que, respecto a esta sección de la causal principal, se advierte que tal explicitación de agravios no logró demostrarse. En efecto, como se dijo, no es posible atribuir exclusivamente al tribunal el hecho de la incorporación de las querellas que significaron la suspensión de la prescripción, pues los testimonios del juicio también han hecho referencia a ellas, de modo que lo que se reprocha carece de significación, por cuanto el referido elemento no fue determinante en la formación de convicción en un sentido determinado por parte del tribunal. Por ello, aun de aceptarse la tesis del recurso —lo que no aconteció en la especie—, el ingreso de la querella a los elementos que el tribunal valoró para la decisión no tuvo la capacidad específica que se le atribuye, lo que impide que tal yerro, en el evento de que hubiera ocurrido, tenga la trascendencia y entidad indispensable para admitir la causal de nulidad alegada, que supone, como se ha recordado, una neutralización real y significativa de los poderes de actuación de los intervinientes, elemento esencial ausente en este caso.

Séptimo: Que el siguiente apartado apunta al contrainterrogatorio que el tribunal habría permitido efectuar al querellante particular respecto del testigo de cargo Ramón Cisternas Espergue, lo que el artículo 330 del Código Procesal Penal proscibiría a cualquiera de los intervinientes que actúen en el juicio como partes acusadoras.

Al respecto, el considerando décimo quinto, apartado a.-, párrafo ii., expresa: "... En cuanto al sujeto activo del tipo penal, que requiere que sea un funcionario público (Hecho 1)... la mayoría de los testigos del Ministerio Público aludieron a que el acusado era 'el jefe del departamento jurídico de la Municipalidad de Zapallar', de lo cual fluye que para desempeñar tal cargo debía ser considerado un funcionario público, así lo indicó Felipe Ortega Reyes al referirse al acusado como 'jefe de asesoría jurídica', como también que éste era 'su contraparte técnica' dentro del municipio... el cual debe certificar que los servicios requeridos fueron realizados... Macarena Herrera indicó en estrados que en el departamento jurídico, su jefe directo era Juan Buzeta, luego Catalina Costa manifestó que ella trabajó en el municipio... en el departamento jurídico, y que su jefe directo era Juan Buzeta, mismo sentido en el cual declaró Leopoldo Rodríguez, quien prestó funciones en el... departamento jurídico, al igual que Eduardo Jara Oviedo... En el mismo tenor se expresó Tapia Basáez... refiriendo que el jefe del departamento jurídico era Juan Buzeta, al igual que Jorge Jiménez Escudero... unido a lo expresado por Reinoso Figueroa... quien reconoció que durante el tiempo en que estuvo Felipe Ortega Reyes, el jefe del departamento jurídico era Juan Buzeta... al igual que lo señaló Ramón Cisternas... y también Pamela Meza... se contó también con decretos alcaldicios del acusado, consignados en los números 1 a 6 como prueba del

Ministerio Público en el auto de apertura"....

Por su parte, el párrafo iii.- del mismo basamento señala en lo pertinente que: "... En cuanto a la conducta de intervenir en las funciones señaladas en razón de su cargo (Hecho 1)... la labor de certificación, le correspondía a cada jefe de departamento respecto a las personas o funcionarios que prestaban servicios para dicha unidad, tal como lo mencionó Felipe Ortega Reyes, al referir que era su 'contraparte técnica' (jefe de departamento) era a quien le remitía su informe con las labores efectuadas, y él debía certificar si éstos se habían prestado o no, tal como lo mencionó Claudia Tapia Basáez, quien trabajó en la Municipalidad de Zapallar en el departamento de Finanzas durante los años 2006 a 2013, quien expresó que los decretos de pago para ser cancelados debían contener... la certificación de la persona que constaba que recibía el servicio conforme, y era el jefe del respectivo servicio el que debía hacerlo, de lo contrario no se pagaba... A su vez, Reinoso Figueroa, Tesorero Municipal desde 1995 a la fecha, manifestó que la firma más importante en la cadena del decreto es la del jefe del servicio que certifica el cumplimiento del servicio, en el mismo sentido se expresó Ramón Cisternas, Jefe de Finanzas, quien expuso que los decretos de pago junto con adjuntar el contrato... deben ser certificados por la unidad técnica que haya solicitado el servicio o la adquisición de bienes, que certifiquen que efectivamente se haya cumplido lo que dice la factura o boleta... Lo anterior

se confirma con la prueba documental contenida en los números 11 a 21 de la prueba del Ministerio Público del auto de apertura, relativa a los decretos de pago a nombre de Felipe Ortega, en los cuales se adjunta... un memorándum del jefe técnico de la municipalidad, en este caso del acusado dirigido a la encargada de Recursos Humanos en el cual indica que ‘por medio de la presente vengo en informar a usted que se ha realizado a cabalidad los servicios encomendados por esta unidad asesora por el mes de don Felipe Ortega Reyes...’”.

Finalmente, en relación con la participación del acusado, el considerando décimo séptimo únicamente hace una referencia al testigo, incluyendo a “Cisternas, entre otros”, con relación a la desaparición de algunos decretos de pago y alcaldicios.

Octavo: Que con lo transcrito queda de manifiesto que la declaración de Ramón Cisternas carece de toda sustancialidad a los efectos del vicio de ineficacia alegado, porque la información que por su intermedio se aportó aparece refrendada con múltiples testimonios y documentos.

Noveno: Que, por ende, no se divisa cuál podría ser, en el contexto de toda prueba testimonial rendida, la gravitación trascendente que el contra-interrogatorio objetado revestiría para perjudicar los derechos del recurrente.

Décimo: Que en cuanto a la tacha de haberse preterido una alegación relevante en relación con la calificación de la única atenuante que se estimó concurrente –de irreprochable conducta anterior–, se dice por el recurso que,

a pesar de la falta de oposición de los acusadores, el tribunal no procedió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, petición que se apoyó en los informes sociales elaborados por Zaida Andrea Garrido y Marisol Salcedo Horta.

Es lo cierto que la materia corresponde exclusivamente al ejercicio de la función jurisdiccional, facultad que es privativa de los jueces del fondo, por lo que ni el Ministerio Público, ni los querellantes, tanto institucional como particular, pueden arrogarse esa labor, de manera que, aun a falta de oposición, como dice la defensa, siempre será una materia de exclusiva resolución de los jueces del fondo, son éstos quienes valorarán si una atenuante es “muy calificada” o no.

Por otro lado, la supuesta falta de consideración de esta alegación, amén de no ser efectiva, no puede ser constitutiva de pérdida de imparcialidad, más cuando, como se dijo, se trata de una facultad privativa del tribunal en el ámbito de los hechos, cuestión en la que los intervinientes no tienen injerencia, tampoco esta corte. Sin perjuicio de ello, los informes sociales fundantes de la indicada pretensión no formaron convicción alguna en el tribunal, como se lee del considerando vigésimo segundo del fallo, página 254, lo que revela el juicio de valor requerido por la ley.

Undécimo: Que, en lo concerniente a la primera causal subsidiaria, contenida en el artículo 374, letra e), en relación con el artículo 342 del Código Procesal Penal, fruto de la defectuosa valoración de la prueba con relación al elemento

del delito “operaciones en que interviene un funcionario en razón de su cargo”, caben las siguientes reflexiones:

El artículo 239 del Código Penal sanciona al empleado público que, en las operaciones en que intervinieren por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo. Al tenor del texto legal, el delito lo comete el agente público que, quebrantando sus deberes funcionarios, interviene en el proceso de cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica por razón de su cargo, engañando y perjudicando a la administración que sirve.

Por su parte, el artículo 260 del mismo ordenamiento punitivo dispone que “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 de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

Sobre la materia propuesta, la sentencia consignó en su fundamento décimo quinto que, para efectos de la calificación del sujeto activo, se entiende en términos amplios que se trata de un sujeto que interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección de un servicio público,

por lo que, penalmente, funcionario y empleado público son sinónimos, no así en sede administrativa, en la cual se estima que el funcionario público goza de cierta autoridad o autonomía de determinación, no así el empleado público, que es un subordinado al funcionario y solo realiza tareas de ejecución.

Para concluir que el acusado Buzeta Novoa era el Jefe del Departamento Jurídico de la Municipalidad de Zapallar, el fallo acude a la abundante prueba testimonial que así lo identifica, condición de la cual fluye que para desempeñar tal cargo debía ser considerado un funcionario público.

A partir de la prueba documental aportada por el Ministerio Público, se estableció que los decretos alcaldicios concernientes a su función señalaban que debía cumplir con labores de “apoyo profesional en el área jurídica, asesoría legal a las distintas dependencias municipales, revisión de bases de licitación elaboradas por la Secretaría Comunal de Planificación, elaboración de informes en derecho, asesoría legal a miembros de la comunidad y funcionarios municipales en áreas de derecho público, área municipal, área de familia, materias civiles y penales, preparar respuesta a descargos emanados ante el Consejo para la Transparencia, en conformidad a las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.285, elaboración de minutas de escrituras públicas derivada de licitaciones llevadas a cabo por el Municipio de Zapallar durante el año 2012”. Unido a ello, el propio acusado relató que, cuando llegó a la Municipalidad de Zapallar en el año 2007, fue bajo

la idea del Alcalde Cox de formar un departamento jurídico, para lo cual se necesitaba un abogado en forma permanente, calidad que revestía el acusado, porque en ese momento no estaba considerado en la planta municipal.

Con ello el fallo afirma que penalmente el acusado era un funcionario público, lo que resulta indiscutible frente al amplio concepto proporcionado por el artículo 260 ya mencionado, que rige sin contrapeso en los delitos agravantes de los bienes jurídicos protegidos a través de los títulos del Código Penal citados.

Pero para efectos de satisfacer la exigencia legal de “intervenir en las funciones en razón de su cargo”, aclara el fallo que existían otras funciones que debía efectuar atendida su calidad de jefe del departamento jurídico, las cuales no estaban explicitadas en el contrato que celebró con la municipalidad, como es la de “certificar el cumplimiento de las tareas encomendadas a los abogados, tanto externos como internos, o bien asistir a todas las reuniones del Concejo Municipal o revisar decretos alcaldicios o de pago una vez archivados. La mencionada labor de certificación, concluyen los jueces, le correspondía a cada jefe de departamento respecto a las personas o funcionarios que prestaban servicios para dicha unidad, tal como lo señaló el testigo Felipe Ortega, al decir que “era su contraparte técnica” en la municipalidad, es decir, a quien le remitía su informe con las labores efectuadas, y Buzeta debía certificar si éstos se habían prestado o no. El propio acusado en su relato expresó

que, a pesar de que no estaba dentro de sus funciones, igualmente certificaba, porque él era el abogado más antiguo, es decir, él mismo entendió esa función comprendida dentro de su gestión, lo que realizó por largo espacio de tiempo.

En el caso de la contratación de Jacqueline Tapia aconteció lo propio, pues el acusado certificaba que ésta prestaba los servicios encomendados.

La misma sentencia añadió en torno a estos tópicos –considerando décimo séptimo, página 229–, que hubo concordancia entre todos los testigos del Ministerio Público, “y de la defensa incluso”, en que quien debía certificar que los servicios de una determinada unidad se cumplían, era el jefe de dicho servicio, y más allá de la alegación tendiente a precisar que Juan Buzeta no era jefe del servicio jurídico, porque no era un funcionario de planta, sino uno contratado a honorarios a suma alzada, lo que le daría un carácter distinto al de otros funcionarios, lo cierto es que el mismo Buzeta admitió que fue el primer abogado contratado de forma permanente por el municipio y fue el encargado de crear la unidad jurídica.

Por ello, no pudo descartarse el hecho de que era el acusado quien debía ejecutar la función de certificar el cumplimiento de las tareas encomendadas en su calidad de jefe de servicio, y siempre la cumplió en tal calidad, tratándose de un acto realizado en el ejercicio de su cargo público.

Duodécimo: Que, de todo lo anterior, se deriva que no hay contradicción alguna a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conoci-

mientos científicamente afianzados en la resolución, pues la prueba clara, única y uniforme permite extraer de ella que Buzeta ejercía como jefe jurídico, lo que no se ve alterado por su situación contractual, dados los términos del artículo 260 del Código Penal, en relación con la función pública desempeñada, en vinculación con la cual se acreditaron en el juicio hechos ilícitos cometidos precisamente con ocasión del desempeño funcionario.

Entonces, si se probó que Buzeta tenía un cargo público, como jefe jurídico de la municipalidad, y en esa calidad intervenía en las operaciones que se cuestionan, certificando la efectividad de la prestación de los servicios, lo que no se ajustaba a la realidad, porque las personas que debían prestarlos no realizaban los trabajos para los que fueron contratadas, causándose un perjuicio al erario municipal al pagar por labores al interior de la administración municipal que en realidad no se efectuaron, por lo que la exigencia del tipo legal que se echa en falta sí se encuentra ampliamente satisfecha.

Decimotercero: Que la sección del fallo que acreditaría el engaño como elemento integrante del tipo penal, sólo con los dichos de dos testigos de dos departamentos del municipio, en circunstancias en que la secuencia que culminaba con la expedición del decreto de pago involucraba a más órganos de la municipalidad y sus personeros, cuyos jefes no declararon, se alza también como motivo absoluto de nulidad por la causal del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal.

Lo cierto es que se manifestó en estrados por los acusadores, sin controvertirlo la impugnante, que los testigos que no concurrieron al juicio eran de la defensa, que no los presentó, por lo que la carga que extraña el recurrente era de él, y su falta, sin embargo, se invoca como fundante de la invalidación.

Pero lo cierto es que este tribunal comparte el argumento de los acusadores, en el sentido de que lo pretendido va más allá de las proposiciones fácticas de la acusación, pues ella no se extiende al posible engaño a otros departamentos municipales, bastando para colmar los extremos del tipo penal, que la certificación que en cada caso realizó el acusado en su desempeño funcionario sirvió para acreditar falsamente que los servicios se prestaron, hecho que antecedió y determinaba el pago.

Decimocuarto: Que, sin perjuicio de lo anotado, según asienta el fallo en su considerando décimo quinto, página 225, el delito de fraude al Fisco es una estafa calificada por la intervención del empleado público. En éste, “el engaño no requiere de un ardid especial, porque precisamente, debido a la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria no pasa necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona, ya que es por definición el funcionario con capacidad de decidir el resultado del proceso por su intervención en él quien realiza la apropiación fraudulenta, es decir, a dicho funcionario le compete la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe recibir o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a particulares”.

En el mismo sentido, el fundamento décimo octavo de la sentencia, página 235, consigna que, tal como señalan los autores Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow, “este tipo penal exige alguna clase de engaño por la cual se causa un perjuicio, engaño que no necesariamente debe constituir una acabada *mise en scene*. Incluso se estima que el perjuicio puede provenir del incumplimiento de los deberes funcionarios, aunque no exista propiamente engaño, si bien habitualmente habrá al menos una mentira. Así también lo ha interpretado la jurisprudencia, que se refiere al engaño, abuso de confianza o mala fe del funcionario, sin exigir un especial ardid de su parte. Precisamente, debido a la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria no pasa necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona”....

Esta explicación dogmática del delito de que se trata permite, como lo hace la sentencia, que los hechos establecidos tengan plena cabida en ella.

Decimoquinto: Que, en subsidio, se persigue la nulidad del juicio y del fallo por la falta de prueba con relación al perjuicio fiscal causado con motivo del Hecho 1.

La tesis de la defensa es que los servicios sí se prestaron, o bien no causaron el detrimento total que indica la sentencia.

Lo cierto es que este nuevo planteamiento es un tema de credibilidad de los relatos, no de falta de fundamentación del fallo, el que llegó a la convicción que los trabajos no existieron, apoyándose en los dichos de Catalina Costa,

Leopoldo Rodríguez y Eduardo Jara, que permitieron acreditar tanto la existencia como el monto del perjuicio, en correspondencia con la prueba documental rendida.

Sostiene el fallo que quedó demostrado, por los testigos del Ministerio Público y de la defensa, que Buzeta certificó que los servicios encomendados fueron cumplidos a cabalidad, en su calidad de jefe del departamento jurídico, lo cual ocasionó un perjuicio patrimonial al municipio, toda vez que este hizo un pago por servicios que no se realizaron por las personas a quienes se les canceló. Tal certificación resultó esencial para que se procediera al pago del prestador, dando cabida a la disposición patrimonial por medio de los correspondientes decretos.

En todo caso, la sentencia condenatoria librada contra Ortega en procedimiento abreviado, que el mismo recurrente acompañó, ratifica lo decidido en torno al origen del perjuicio y la suma perjudicada.

Decimosexto: Que el siguiente segmento del recurso reclama falta de fundamentación de la sentencia con relación al Hecho 2, pues sería insuficiente el relato de un solo testigo para efectos de justificar la conducta punible.

De la misma manera que en el caso anterior, tal es un asunto propio de convicción, lo que no está dado por el número de elementos de cargo, sino por su valor de persuasión.

A efectos puramente ilustrativos, en lo pertinente, el fallo asienta que “En cuanto al Hecho N° 2, relativo a que la versión de Jacqueline Tapia no podría

ser corroborada con ninguna otra prueba, si bien es cierto que respecto de ella la prueba principal es su declaración, más lo expuesto por la perito en orden a que las firmas contenidas en los informes que daban cuenta de los servicios realizados eran falsas, dice el fallo que la testigo de la defensa Jacqueline Díaz permitió corroborar parte del relato otorgado por Jacqueline Tapia, a la que califica que consistente, coherente y que dio razón de sus dichos, entregando detalles de lo que expuso en el tribunal y en la fiscalía.

La prueba testimonial de la defensa, en cambio, “incurrió en innumerables contradicciones, respuestas evasivas que no aportan sustancialmente al debate, o de hecho que apoyan más bien la postura del Ministerio Público”.

Tales consideraciones bastan para desestimar esta sección del libelo, pues la falta de fundamentación no se advierte, lo que en rigor se reclama en la discrepancia con la conclusión alcanzada, cuestión de naturaleza diversa.

Decimoséptimo: Que, en cuanto a la segunda causal subsidiaria, como cuestión preliminar cabe reiterar lo sostenido a propósito de la causal desarrollada y resuelta en los fundamentos undécimo y duodécimo precedentes, los que se dan por reproducidos.

En todo caso, la causal deducida, 373, letra b), del Código Procesal Penal, está consagrada para censurar los fallos en que se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo.

Pero en virtud de ella, el compareciente solicita sentencia de reemplazo,

de conformidad con lo prevenido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, lo cual es procedente si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere, lo que surgiría en este caso dada la errada calificación de los hechos, estimados como constitutivos del delito de fraude al Fisco, en circunstancias en que encuadrarían más bien en el tipo específico del artículo 470, N° 8, del Código Penal, apoyando su teoría en que los coimputados han sido sancionados por esa figura delictiva.

Ahora bien, si se analizan los hechos demostrados, transcritos en el motivo tercero de esta sentencia, es posible advertir que el recurso soslaya la condición de sujeto activo calificado de Buzeta Novoa, dada la función pública que ejerció en el Municipio de Zapallar, por lo que el proceso de subsunción de los hechos al tipo legal de fraude al Fisco es acertado. La circunstancia de que otros enjuiciados con motivo de los mismos sucesos hayan sido sancionados como autores del delito del artículo 470, N° 8, del Código Penal, bien pudo obedecer a que la realidad fáctica difiere en tales casos o que, como “extraños”, no se les sancionó de acuerdo al tipo penal del artículo 239, descartándose la comunicabilidad de la calidad de empleado público a su respecto, acudiéndose al

tipo punitivo que su comportamiento efectivamente satisfizo.

Pero lo cierto es que tal debate no concierne a estos autos, en que la conducta enjuiciada difiere de la de los *extraneus* ya penados, y los fallos que respecto de ellos se han expedido no generan efectos en la calificación que ha de darse a la conducta ilícita demostrada en este proceso.

Decimotavo: Que la tercera y última causal subsidiaria, del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, reprueba la falta de aplicación de la ley más favorable al enjuiciado, toda vez que, al sancionar los hechos, se acudió a la norma penal modificada por la Ley N° 20.341, de 22 de abril de 2009, que hace más gravosa la pena y es anterior al inicio de la secuencia de hechos delictivos demostrados.

Nuevamente es menester recordar que el agravio que plantee el impugnante en sustento de su pretensión invalidatoria debe ser real. En este contexto se ataca el *quantum* del castigo, que en opinión del recurrente fue ostensiblemente mayor al que legalmente correspondía.

Sin embargo, analizando el fundamento de la pretendida infracción de ley, el agravio no existe, pues la pena siempre pudo situarse en el presidio mayor en su grado mínimo, como resuelve la sentencia.

En efecto, el sentenciado es responsable de un delito de fraude al Fisco que debía sancionarse al alero de la ley vigente en enero de 2009, data en que principia la ejecución del denominado Hecho 2, y se reprimía la conducta con la pena de presidio menor en su grado

medio a máximo. Pero junto con él se ha tenido por demostrado el Hecho 1, cuya data de acaecimiento es posterior al 22 de abril de 2009, fecha de la modificación legal del castigo.

De conformidad con el artículo 351 del Código Procesal Penal, estimadas las diferentes infracciones como un solo delito, la sanción se aumentará en uno o dos grados, lo que bien pudo alcanzar el presidio mayor en su grado mínimo, dado el número y entidad de las infracciones y el perjuicio causado con las ilicitudes.

Entonces, no existe influencia sustancial en lo decidido, pues, aun de aceptarse la tesis del recurrente, la sanción determinada se sitúa en el mismo grado que habría resultado de seguir la vía sugerida por el recurso.

Decimonoveno: Que, finalmente, de manera conjunta con las causales anteriores, el recurso impugna la decisión civil de la sentencia, por el error de derecho cometido al rechazar la prescripción de la acción civil que fuera ejercida contra el imputado por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile, instando por un fallo de remplazo que desestime la demanda.

Vigésimo: Que el rechazo de la excepción de prescripción fue debatido en la audiencia de preparación de juicio oral ante el Tribunal de Garantía de La Ligua, de acuerdo a lo que dispone el artículo 63 del Código Procesal Penal, que resolvió con los argumentos que indica el impugnante en su libelo de nulidad y que fueron reiterados en la vista del recurso a través de la incorporación del registro de audio de lo pertinente de dicha audiencia.

En relación con este asunto, consigna la sentencia que la defensa, en sus alegatos de clausura, reconoció que la prescripción de la acción civil fue discutida y ya hubo pronunciamiento sobre ella, reiterando que en su parecer dicha acción se encontraría prescrita, por concurrir los supuestos del artículo 2332 del Código Civil, sin que el curso del tiempo requerido se haya interrumpido, en la forma que indica el artículo 61 del Código Procesal Penal.

Pero lo cierto es que el tribunal rechaza las pretensiones de la defensa en consideración a lo dispuesto en los artículos 63, 263 y 271 del Código Procesal Penal, vale decir, todas las excepciones e incidentes debían ser resueltas por el Tribunal de Garantía, que es el competente y el llamado naturalmente a resolver, tal como ocurrió en la especie. Y añade: “no siendo posible que el tribunal de garantía otorgue’ competencia” al tribunal oral para conocer de ella. Luego concluye que “respecto de la resolución de la excepción de prescripción ha operado la preclusión, no siendo competente este tribunal para conocer de ella” —considerando vigésimo quinto, página 259—.

Vigésimo primero: Que, entonces, el rechazo de la prescripción fue decidido por sentencia interlocutoria, ante el tribunal de garantía y aun cuando sean cuestionables sus fundamentos, en rigor, el fallo del tribunal oral que ahora se impugna no se pronunció sobre la materia, porque ya estaba decidida, careciendo el fallo de base fáctica para resolver acerca de la correcta aplicación del derecho, más aún si lo pretendido en el recurso, de acuerdo al artículo

385 del Código Procesal Penal, es la dictación de un fallo de reemplazo que declare prescrita la acción civil ejercida, lo que supone que la sentencia consigne hechos susceptibles de ser calificados en tal sentido, nada de lo cual acontece, dada la preclusión y falta de competencia expresamente declaradas.

En todo caso, y sólo a fin de dar respuesta al recurrente, los actos preparatorios de la demanda a que alude el artículo 61 Código Procesal Penal no son los únicos que tienen el mérito de interrumpir la prescripción, lo que bien pudo suceder con la querrela criminal del 6 de febrero de 2014, que el mismo impugnante acompañó como prueba al recurso, como lo ha entendido en varias decisiones la jurisprudencia.

Vigésimo segundo: Que la prueba rendida por el recurrente para acreditar las circunstancias constitutivas de las causales invocadas no sirve a los fines pretendidos ni tiene la virtud de alterar lo que se viene resolviendo, pues ella sólo da cuenta de hechos cuya existencia no está controvertida.

Vigésimo tercero: Que las reflexiones precedentes conducen al rechazo del recurso de nulidad, por todos sus capítulos.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 297, 342, 373 letras a) y b), 374, 379, 384, 385 y 386 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto en representación del imputado Juan Agustín Buzeta Novoa, contra la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil diecisiete, pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Quillo-

ta en la causa RIT N° 107-2017, RUC N° 1200597905-4 y contra el juicio oral que le sirvió de antecedente, los que, en conclusión, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.

Rol N° 44547-2017.