

---

JURISPRUDENCIA

---

**DERECHO PENAL**

**Corte Suprema**

**Ministerio Público Contra Rojo Venegas, Karen**

***RECURSO PLANTEADO:*** *Recurso de nulidad penal*

***DOCTRINA:*** *La Corte Suprema rechaza los recursos de nulidad deducidos por las defensas de Karen Rojo Venegas y de Edgardo Vergara Montt, en contra de la sentencia de dieciocho de enero de dos mil veintiuno, que condenó a la ex-Alcaldesa de Antofagasta, Doña Karen Paulina Rojo Venegas a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y el pago de una multa ascendente al veinte por ciento del perjuicio causado, equivalente a \$4.744.485.-, como autora del delito de fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, cometido en contra de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta entre el 1 de octubre de 2015 y el 1 de agosto de 2016, pena que dada su extensión es de cumplimiento efectivo. Por su parte, Don Edgardo Ramiro Vergara Montt, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales y el pago de una multa ascendente al diez por ciento del perjuicio causado, equivalente a \$2.372.242.- como autor del delito de fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, cometido en contra de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta entre el 1 de octubre de 2015 y el 1 de agosto de 2016, pena sustituida por la de libertad vigilada intensiva.*

15) (...) Asimismo, esta Corte ha resuelto 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. Igualmente, 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 (SCS Roles N° 2866-2013, N° 4909-2013, N° 21408-2014, N° 4269-2019, N° 76689-2020 y N° 92059-2020);*

*18°) Que el argumento de la falta de congruencia entre fallo y acusación en lo relativo a acción típica, concierto, necesidad de contratación y ejecución del contrato con la CMDS, ha sido esgrimido como fundamento de la segunda causal subsidiaria de Vergara (considerando décimo) y tercera subsidiaria de Rojo (considerando cuarto), al aludir a la existencia de una necesidad de contratación y la aseveración que sobre ello hace el tribunal.*

*19°) Que respecto de esta causal es menester precisar que la regla contenida en el artículo 341 del Código adjetivo fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que debe corresponderse con el hecho descrito en la acusación y cuya base de interpretación, al decir del profesor Julio Maier, “está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado” (Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2° edición, 3° reimpresión, año 2004, página 568).*

*En tal entendimiento, para que la causal propuesta pueda ser atendida, la variación fáctica consignada en el fallo debe ser idónea para viciar el pronunciamiento, lo que acontecerá cuando medie una alteración objetiva que haga variar el objeto del juicio; que de haber sido conocida, habría permitido representarse otros elementos probatorios y/o argumentos, adecuando su alegato en lo material y técnico, o bien a la*

*misma persona imputada, para ejercer su derecho a ser oída. Entonces, el reconocimiento de este principio supone que se haga conocer a la persona acusada oportunamente y en detalle -de manera invariable en lo esencial- los hechos que constituyen la base y naturaleza de la acusación, lo cual implica que pueda contar con información suficiente para comprender los cargos y para preparar una defensa adecuada.*

*En el caso en estudio, no ha habido cambios de tal naturaleza, por lo que no se ha restado ninguna posibilidad de defensa, pues la alteración accesoria que se cuestiona sólo consiste en una concepción diversa de la que le dio la defensa de acuerdo a su estrategia en el juicio, pero en torno a una calificación jurídica que nunca ha mutado, esto es, el fraude al fisco, y a base de ello se ha discutido y rendido prueba por los intervinientes.*

*21º (...) En rigor, del tenor de los recursos se desprende claramente que lo que se intenta impugnar es la valoración que hizo el tribunal sobre cuya base fijó los hechos y las razones que llevaron a desestimar las propuestas de las defensas. De esta forma, lo que destaca en los libelos respectivos son presuntas insuficiencias o contradicciones, o apreciaciones distintas acerca de la gravitación de determinados testimonios, que surgirían de un análisis individual de las probanzas. Pero esas protestas sobre la apreciación de las pruebas, reservada a los jueces, más propias de un recurso de apelación, carecen de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad como la intentada.*

*22º) Que, ahondando ahora en el argumento nuclear de la causal de existir error de derecho en la calificación jurídica efectuada por el tribunal cuya sentencia se impugnó, contenida en la causal cuarta subsidiaria de Vergara (considerando duodécimo de este fallo) y quinta subsidiaria de Rojo (motivación sexta de esta sentencia), es útil recordar lo ya indicado en las motivaciones décimo cuarta y décimo séptima de esta sentencia, esto es, que los jueces en el considerando décimo quinto del fallo atacado han explicado latamente cómo han entendido el tipo penal materia de acusación en relación al caso concreto, y han sostenido que para ello han tenido en cuenta la línea seguida por Hernández H. en su obra “La administración desleal en*

*el derecho penal chileno”, de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, año 2005, p. 202 y 238, es decir, tal concepción a la que adhirieron los jueces ya era así entendida por al menos parte de la doctrina diez años antes de la ocurrencia de los hechos materia de juicio.*

*Es esta postura la que parece más ajustada a Derecho en esta materia, pues entender el fraude al fisco como una forma de estafa con el elemento “engaño” entre sus requisitos, implicaría incurrir en el absurdo de pretender que hubiera una persona natural a quien se haga artificialmente que se represente una falsa idea de la realidad para que efectúe una disposición patrimonial con perjuicio para ésta o terceros, lo que es prácticamente inaplicable en casos de personas jurídicas y en que se administra recursos de terceros o al menos de la comunidad.*

Santiago, veintitrés de marzo de dos mil veintidós.

### **Vistos y oídos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, por sentencia de dieciocho de enero de dos mil veintiuno, en los antecedentes RUC 1700480634-4, RIT 147-2020, condenó a Karen Paulina Rojo Venegas y a Edgardo Ramiro Vergara Montt, en los siguientes términos:

a) A la acusada KAREN PAULINA ROJO VENEGAS, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y el pago de una multa ascendente al veinte por ciento del perjuicio causado, equivalente a \$4.744.485.-, como autora del delito de fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, cometido en contra de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta entre el 1 de octubre de 2015 y el 1 de agosto de 2016, pena que dada su extensión es de cumplimiento efectivo.

b) Al acusado EDGARDO RAMIRO VERGARA MONTT, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales y el pago de una multa ascendente al diez por ciento del perjuicio causado, equivalente a \$2.372.242.- como autor del delito

de fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, cometido en contra de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta entre el 1 de octubre de 2015 y el 1 de agosto de 2016, pena sustituida por la de libertad vigilada intensiva.

En contra de esa decisión, las defensas de ambos interpusieron recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este Tribunal y se conoció en la audiencia pública celebrada los días dieciocho y veintiuno de febrero del presente año, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

### **Considerando:**

#### **I. En relación a la recurrente Karen Rojo Venegas:**

1º) Que el recurso deducido por la defensa de la acusada Rojo Venegas se funda, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, debido proceso, reconocido en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República y en tratados internacionales, dado que la investigación del Ministerio Público se caracterizó por haber sido llevada a cabo con lo que se denomina “visión de túnel”, es decir, con una hipótesis de investigación cerrada a cualquier lectura o interpretación alternativa de los hechos, distinta de la del investigador y persecutor. Las actuaciones de la indagación conducida por el Ministerio Público, al ser sesgada, separando investigaciones y contraviniendo la ley a efectos de conseguir testigos de cargo, sería una contravención grave del derecho a un debido proceso, por lo que pidió la invalidación de la sentencia recurrida y del juicio oral y la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que sea éste el que disponga la realización de un nuevo juicio oral;

2º) Que, luego, la misma defensa alegó la vertiente de la letra a) del mismo Código, sobre el supuesto de que en el juicio oral se infringe el derecho a defensa, todo ello en relación a los artículos 5 y 19 N° 3 inciso 2º de la Carta Política, 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

además del 8° del Código ya referido, al incluir la acusación presentada por el Ministerio Público como elemento esencial el engaño; no obstante el fallo descarta la exigencia de un engaño para la realización del tipo penal de fraude al fisco, y condenó adhiriendo a una tesis distinta que requiere sólo un incumplimiento de deberes funcionarios, por lo que pidió declarar la nulidad de la sentencia y del juicio, realizándose uno nuevo ante tribunal no inhabilitado.

3°) Que, asimismo, reclamó la nulidad de la sentencia y del juicio, fundada en el artículo 373 a) de ese cuerpo normativo, por afectarse también el derecho a defensa, en relación a los artículos 19 N° 3 de la Carta fundamental, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de los artículos 332 y 334 del Código Procesal Penal, debido a que el Ministerio Público procedió a la lectura de declaraciones prestadas ante la Policía de Investigaciones como apoyo a la memoria durante la audiencia de juicio oral, sin cumplir con la exigencia del artículo 332 del Código Procesal Penal respecto de Patricia Meléndez, Carla Venegas Rojas, Marcelo Cañas, Verónica Espinoza y Edwin Calle, testimonios que fueron considerados por el tribunal recurrido al momento de arribar a su decisión condenatoria, por lo que solicitó declarar la nulidad de la sentencia y del juicio oral, para realizarse nuevamente ante tribunal no inhabilitado.

4°) Que alegó, además, la nulidad conforme a lo dispuesto en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, principio de congruencia, primero porque la Fiscalía acusó a Karen Rojo de contratar indirectamente a Izquierdo sin que existiera “necesidad” de la Corporación Municipal de Desarrollo Social (CMDS), en circunstancias que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal la condenó reconociendo que durante el juicio sí se probó que existía tal necesidad, pero expresando que la misma no habría sido “inmediata”. Y, segundo, porque el persecutor penal sostuvo en su acusación un incumplimiento de la asesoría de Izquierdo a la CMDS, en tanto que el tribunal condenó a Rojo a pesar que dio por probado el cumplimiento -al menos parcial- de los trabajos contratados. Agregó que es impropio que un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal asevere la “suficiencia” de un servicio contratado, razones por las que planteó la

invalidación de la sentencia recurrida y del juicio oral, ordenando la realización de nuevo juicio ante jueces no inhabilitados.

5°) Que, a continuación, pidió la invalidación a base de lo establecido en el artículo 374 letra e) en relación al 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, porque el tribunal habría vulnerado los límites impuestos por la sana crítica, en particular los principios de la lógica, de la razón suficiente y de no contradicción, además de las máximas de la experiencia, al valorar las declaraciones de los testigos José Izquierdo, Mauricio Peldoza y Mauro Robles, mismas que adolecerían de serias faltas de credibilidad y verosimilitud que fueron denunciadas y habrían sido acreditadas durante el desarrollo del juicio oral, pese a lo cual el tribunal hizo caso omiso, otorgándoles valor probatorio en todo lo que les resultaba útil para dicho fin y descartando tales falencias en lo demás, por lo que abogó por la invalidación de la sentencia y del juicio oral, ordenando la realización de nuevo juicio oral.

6°) Que, a continuación, solicitó la anulación por la variante del artículo 373 letra b) del Código instrumental, porque se habría incurrido en un error al determinar el tipo penal aplicable, pues aun dando por buenos los hechos probados en la sentencia recurrida no debió—a su juicio—condenarse por el delito de fraude al fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal, sino por el delito de malversación por aplicación pública diferente, previsto en el artículo 236 del mismo cuerpo normativo, ya que al no establecer la sentencia el elemento “engaño”, no sería posible dictar sentencia condenatoria en virtud del tipo penal previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Agregó que, incluso siguiendo la doctrina minoritaria que se conforma con un incumplimiento de deberes funcionarios y que no exige “engaño”, también resultaría errada una condena por fraude al fisco porque los hechos probados no consignan de forma alguna: (i) cuáles habrían sido los deberes funcionarios infringidos; (ii) de qué forma ellos habrían sido vulnerados por Rojo Venegas, ni (iii) de qué manera la vulneración de dichos deberes funcionarios habría sido determinante en la producción de un perjuicio fiscal (es decir, de qué forma existe una conexión funcional entre el supuesto incumplimiento de deberes y el supuesto perjuicio causado).

Pidió, por tal razón, la invalidación parcial de la sentencia recurrida, dictando sentencia de reemplazo que condene a Karen Rojas Venegas por el delito de malversación por aplicación pública diferente, previsto en el artículo 236 del Código Penal, imponiéndole por ello la pena de suspensión del empleo por 61 días.

7°) Que, finalmente, esgrimió la causal del artículo 373 letra b) del mismo Código, al errar la sentencia recurrida en la aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y en la determinación de la pena, pues conforme a derecho, correspondería considerar como muy calificada la atenuante de irreprochable conducta anterior y, adicionalmente, aplicar la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, errores que de no haberse cometido, habrían redundado en la rebaja al menos en un grado las penas impuestas. Pidió por tal motivo, la invalidación parcial de la sentencia recurrida, dictando sentencia de reemplazo que condene a Karen Rojo Venegas por el delito de fraude al fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal, imponiéndole las penas de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo (sustituida por libertad vigilada intensiva), más accesorias y una multa ascendente al “veinte por ciento (10%)” del perjuicio causado.

## **II. En relación al recurrente Edgardo Vergara Montt:**

8°) Que la defensa del sentenciado Vergara Montt, por su parte, recurrió de nulidad basado, en primer lugar, en la causal consignada en el artículo 373 letra a) del Código adjetivo correspondiente, fundado en la infracción del derecho a defensa en relación a los artículos 19 N°3 de la Constitución Política, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Código en comento, sustentado en que la sentencia modificaría el factum del debate y del juicio en los siguientes aspectos:

1. Medio comisivo y participación: el Ministerio Público atribuyó a los imputados la calidad de coautores, en los términos del artículo 15 N°1 primera parte del Código Penal, atribuyéndoles un “concierto previo” bajo la modalidad comisiva de “defraudar” y nunca se atribuyó a ninguno de ellos -como actividad típica- “consentir en que otro defraudare”. Para

ello sostiene que toda la construcción de la participación de Edgardo Vergara Montt en el fallo condenatorio se hace sobre otro supuesto: que éste no evitó -dada su posición en la CMDS- el fraude, incluso llegando a imaginar que ello se debió a que existía un especial deber de lealtad de él para con Karen Rojo Venegas.

2. Engaño como medio comisivo: la tesis de la Fiscalía y del Consejo de Defensa del Estado (CDE) fue que los coautores se concertaron de forma previa para producir un engaño, y con ello causar un perjuicio a la CMDS. No obstante, el tribunal habría cambiado los fundamentos de hecho de la acusación, sustituyendo el “engaño” por el “incumplimiento de deberes” como medio comisivo, señalando que es “irrelevante” la existencia de un engaño para la configuración del tipo penal.

3. Necesidad de contratación: el Ministerio Público afirmó que la contratación con la CMDS se llevó a efecto sin que existiera necesidad de tomar una asesoría comunicacional y sólo en el alegato de cierre dijo que esta necesidad debía ser “inmediata”, y así lo dice el fallo, sorprendiendo con esto a la defensa.

4. Ejecución de los trabajos: la acusación indicó que los trabajos para los que fue contratada la empresa MAIN Comunicaciones Estratégicas, fueron inexistentes. Sin embargo, el fallo hace un examen de la ejecución de los trabajos y los califica de “insuficientes”, aunque nunca se debatió sobre la calidad, naturaleza o suficiencia de los trabajos, sino sólo de su existencia o inexistencia. Por otra parte, se infringiría el derecho de defensa durante el juicio por transgredir los artículos 334 y 332 del Código aludido y que se recoge en la sentencia, ya que el Ministerio Público procedió a la lectura de declaraciones (de Patricia Meléndez) prestadas ante la Policía de Investigaciones como apoyo a la memoria durante la audiencia de juicio oral, sin cumplir con la exigencia del artículo 332 de ese cuerpo legal.

9º) Que, de igual manera, pidió la anulación por el artículo 373 letra a) del mencionado texto procesal penal, por infracción a la garantía de no presumir la responsabilidad penal, en este caso el “dolo directo”, en relación a los artículos 19 N°3 de la Constitución Política, 8º de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4 del Código Procesal Penal. La infracción se advertiría a propósito de toda la fundamentación sobre la “conciencia de la ilicitud” respecto de Edgardo Vergara Montt, pero con total claridad al analizar el “tipo subjetivo” del delito de Fraude al Fisco (Considerando 15º, capítulo VI, página 660). La sentencia intentaría fundamentar la “conciencia de la ilicitud” en que “sabía, al momento de suscribir el contrato en representación de la CMDS, que Izquierdo ya se encontraba prestando una asesoría política a Rojo”. Sin embargo, la sentencia omitiría cuestiones esenciales, lógicas y fundamentales, al no explicar cómo establece ese conocimiento, por ende, lo presumiría. Así, no habría conexión entre ese “saber” que Izquierdo era un asesor político y comunicacional de Karen Rojo Venegas y que la suscripción del contrato responda a un acto de “consentir” en una defraudación, más aún si se acreditó que en la ejecución de dicho contrato hubo un administrador del mismo (Edwin Calle) y que existía una necesidad para una contratación de esa naturaleza, por lo que se construiría una presunción sobre otra presunción. Ello, sigue, porque se presumiría que Edgardo Vergara sabía de la ilicitud, y luego se volvería a construir una presunción para sostener la connivencia en defraudar. Lo anterior se vería agravado por el hecho que, al haberse atribuido coautoría y concierto previo, el dolo debe ser común, sin que exista ninguna referencia a la base fáctica que sostiene tal conclusión. Pidió declarar la nulidad de la sentencia recurrida y del juicio oral, debiendo realizarse un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

10º) Que la misma defensa solicitó la invalidación en razón de lo dispuesto en el artículo 374 letra f) del Código Procesal de la materia, por existir diferencias entre la acusación y la sentencia en relación a:

- a. Acción típica: en la acusación se atribuye un “concierto” y en la sentencia se sanciona por “consentir en la defraudación”.
- b. El concierto: en la acusación se atribuye un concierto “previo”, y en la sentencia uno “concomitante” con la contratación.

- c. Necesidad de contratación: la acusación señala que no existía necesidad de contratar una asesoría comunicacional, mientras que la sentencia indica que no existía una “necesidad inmediata” de contratarla.
- d. Ejecución del contrato CMDS: para el Ministerio Público los “trabajos son inexistentes” para la CMDS, y el hecho establecido en la sentencia es que los “trabajos existieron, pero fueron insuficientes” y apuntaron a una finalidad diferente.

Pide declarar la nulidad de la sentencia y del juicio oral, debiendo realizarse un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

11°) Que, como cuarta alegación de nulidad, interpone la del artículo 374 letra e) en relación al 342 letra c) y los artículos 297 y 36, todos del Código Procesal Penal, al infringirse las reglas de la lógica en cuanto a los principios de no contradicción y razón suficiente, y las máximas de la experiencia.

- a. Al principio de no contradicción, porque:

1. En cuanto a la participación de Vergara Montt: el fallo atribuye credibilidad a los testigos Izquierdo, Peldoza y Robles, pero no les asigna la misma valoración para exonerar de responsabilidad a Edgardo Vergara en cuanto a la participación que se le atribuye.

2. En cuanto al tipo subjetivo: el fallo le atribuye la modalidad de ejecución de “consentir” en una defraudación, y de otra parte, expresa que Vergara Montt cumple una “instrucción” de Karen Rojo para contratar, lo que no se corresponde con la “conciencia de la ilicitud” que se postula (p. 659 del fallo).

- b. Al principio de razón suficiente, porque: la sentencia no se haría cargo de las teorías alternativas de la defensa, vinculada directamente con la prueba presentada por la Fiscalía, pero que abonaba su tesis.

1. Prueba contradictoria del Ministerio Público: se destina un capítulo completo de la sentencia para explicar por qué se le da crédito a las versiones de Izquierdo, Peldoza y Robles, y no se dedica igual esfuerzo y análisis frente al problema de la introducción de prueba de cargo contradictoria absolutamente con la tesis de la acusación.

2.- Instrucción de Karen Rojo a Edgardo Vergara Montt: no existe prueba alguna, no hay explicación para construir esta vinculación establecida en la sentencia, más aún, si se añade al hecho, que se establece como tesis de la acusación, que hubo concierto previo.

3.- Concierto, conciencia de la ilicitud y dolo directo: no existe ninguna explicación para sostener que Edgardo Vergara conocía un ánimo defraudatorio de Karen Rojo.

4.- Incumplimiento de deberes: no hay explicación para “presumir” un deber de garante, si no se aportó ni siquiera el contrato de trabajo de Edgardo Vergara, y no se conocen sus obligaciones, ni tampoco las del Secretario General Ejecutivo.

Infracción a las máximas de la experiencia, al desatender la forma en que una organización de la magnitud de la CMDS funciona.

Pidió declarar la nulidad de la sentencia y del juicio, y la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

12°) Que, finalmente esta defensa reclamó la nulidad a partir de lo establecido en el artículo 373 letra b), por infracción de los artículos 19 N°3 Constitución Política de la República, y 239 y 15 N°1 del Código Penal, al existir un error de derecho que atañe al hecho y su calificación jurídica.

Explica que es errado sostener que en el delito de fraude al fisco el bien jurídico primordialmente protegido fuera el recto desempeño de las funciones públicas y no el patrimonio público. Esto habría traído como consecuencia que se terminara entendiendo este delito como un

fraude por abuso de confianza e incluso yendo más allá, como una suerte de supuesto general de administración desleal. Pero los argumentos desplegados en el considerando décimo quinto del fallo pasan por alto que el delito de administración desleal o fraudulenta no existió en nuestro país hasta la reforma de la Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018 (posterior a los hechos de la presente causa). Afirma que el delito en examen requiere engaño y éste no fue establecido en la sentencia.

En cuanto a la participación y su calificación jurídica, refiere que también habría error de derecho, ya que para atribuir participación se requiere ejecutar la conducta de forma dolosa, pero en el caso de marras no fue así, ya que Vergara, simplemente, habiendo una necesidad en el servicio que lideraba, contrató los servicios de la empresa MAIN, los cuales fueron ejecutados, conforme se estableció en los hechos probados. Además, el principio de convergencia exige un dolo común, que no concurriría.

Finaliza indicando que, tal como lo exige la norma aplicada a su juicio erróneamente, del artículo 15 N° 1 del Código Penal, “tomar parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa...”, requiere que la conducta se materialice en actos incorporados al tipo y que, para ello, exista acuerdo de voluntades, lo cual no ha ocurrido.

Solicitó declarar la nulidad de la sentencia recurrida y la dictación de una de reemplazo que absuelva a ambos acusados.

13°) Que, como puede advertirse, las alegaciones de ambos recurrentes, extractadas en las motivaciones primera a duodécima, coinciden en lo sustancial en varios aspectos, centrandó sus alegaciones en temas comunes que conviene desde ya abordar.

14°) Que el argumento central de las causales principal de Vergara y primera subsidiaria de Rojo (aludidas en los considerandos octavo y segundo de la presente sentencia, respectivamente) se funda en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por infracción a su derecho a defensa al desplazar el factum del debate, y la especial vinculación de ello

con la decisión de interpretar el tipo penal de una manera determinada en el fallo recurrido, pues se prescindió por el tribunal del engaño como medio comisivo, sustituyéndolo por el de incumplimiento de deberes.

Sobre este punto el tribunal ha explicado en su considerando décimo quinto, por qué estimó que se verificaba la figura penal y de qué forma concurre en la especie, restando valor al engaño en el caso concreto para así entenderlo configurado en la descripción de fraude al fisco, elementos que subyacen a las alegaciones de cargo hechas por los persecutores, según se aprecia del debate tenido en cuenta por los jueces al tiempo de resolver.

De la simple lectura de los hechos asentados, contrastados con los que fueron materia de la acusación, según se verá más adelante, se observa que si bien aparecen algunas diferencias como las anotadas por las recurrentes y pareciera que la acusación presentada hablara de alguna suerte de maniobra, lo cierto es que los hechos vienen presentados como fraude al fisco, que no se puede entender como la estafa del artículo 468, sino como una forma de administración desleal, ya que se trata de una persona jurídica, con lo que pierde asidero desde ya la procedencia del engaño y no requeriría de una puesta en escena, pues el que podía ser confundido no es una persona natural, lo que parece evidente y de hecho ha sido parte de las alegaciones de las propias recurrentes para indicar que el engaño no concurría en la especie, de lo que se extrae que sí pudo prever y se discutió que había una interpretación diversa relacionada a la actividad de sus patrocinados en relación a su función pública con recursos fiscales involucrados, figura penal que –por lo demás- siempre fue materia de debate desde la presentación de la acusación y luego en las audiencias de preparación de juicio oral y juicio oral, por lo que malamente pudo surgir sorpresivamente para las defensas recién con el fallo, que simplemente lo explicitó, puesto que conocían los hechos que se imputaban a sus patrocinados y debían elaborar sus argumentos para defenderse de ello, debiendo probar lo que correspondía.

Incluso, el fallo funda sus afirmaciones y para ello se apoya en doctrina que cita -como se indicará en el motivo vigésimo de este pronunciamiento- que le sirve de basamento para resolver, que es anterior

a los hechos materia de la causa. Asimismo, desarrolla cómo se produjo la actividad y qué intervención cupo en ella a cada uno de los encausados, para arribar a un reproche común respecto de los dos condenados, de la forma como se les termina sancionando, detallando que la contratación que se les atribuye tenía un fin diferente, y por ende su necesidad no satisfacía los requerimientos de la afectada, efectuándose una larga exposición de cómo ello se produce, en el considerando décimo cuarto del fallo cuestionado de nulo, donde constan las declaraciones de los testigos en que las recurrentes tuvieron la posibilidad de discutir sobre la procedencia de lo dispuesto en los artículos 332 y 334 del Código Procesal Penal, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y así fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta las máximas de oralidad, intermediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal. Resultaría absurdo que esta Corte valorara la prueba pues no la ha recibido directamente, lo que implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia, pudiera dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que -a diferencia del a quo- dirime los hechos a base de meras actas o registros -eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo-, lo cual resulta inaceptable.

Aclarado lo anterior, sólo resta decir que tal justiprecio de medios de acreditación se ha hecho por el órgano encargado de efectuarlo y en la oportunidad debida, independientemente de si ello se ajusta a las pretensiones de los intervinientes, de lo que se concluye que la pretendida infracción al derecho a defensa no es tal, por lo que procede el rechazo de esta causal de nulidad.

15°) Que respecto del argumento basal del debido proceso que ha sido recogido en la causal principal intentada por la Defensa de Rojo y en parte de la causal tercera subsidiaria de la Defensa de Vergara (sintetizadas en los motivos primero y undécimo de este fallo), y que la primera de los mencionados ha hecho consistir en una investigación fiscal hecha con visión de túnel o hipótesis cerrada que no considera alternativas, separando investigaciones en contravención a la ley, y que el segundo alude a que la sentencia no se haría cargo de teorías alternativas de la defensa vinculadas a pruebas de cargo que las avalarían.

Sobre el punto cabe tener presente que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, que ordena que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción tiene que fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo. Y sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Carta Fundamental, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes, les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes, en su caso que se respeten los procedimientos fijados en la ley con fidelidad a la Constitución y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (SCS N° 69022012, de 6 de noviembre de 2012, N° 2747-13, de 24 de junio de 2013, N° 6250-2014, de 7 de mayo de 2014, N° 4269-19, de 25 de marzo de 2019, y N° 92059-20, de 8 de septiembre de 2020, entre otras).

Asimismo, esta Corte ha resuelto 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 entrabe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Igualmente, 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 (SCS Roles N° 2866-2013, N° 4909-2013, N° 21408-2014, N° 4269-2019, N° 76689-2020 y N° 92059-2020).

16°) Que en el caso en análisis es conveniente tener presente que, revisada su historia, se verificó una audiencia de cierre de investigación, hubo un plazo para reabrirla, se realizó una audiencia de preparación de juicio oral en que existe la posibilidad de plantear teorías de defensa y, finalmente se desarrolló el juicio que dio lugar a la sentencia impugnada, oportunidades todas en que se generó espacio para el debate de las pretensiones y contrapretensiones, desde la misión y roles que a cada interviniente corresponde, de suerte que lo que se atribuye como atentado al debido proceso no se advierte cómo podría verificarse en la especie si ha habido tantas ocasiones de plantear y discutir posturas diversas, teorías alternativas y cómo probarlas.

A mayor abundamiento, los jueces del grado han hecho análisis de las diversas teorías y posibilidades ventiladas, en los apartados décimo cuarto y décimo quinto, mismos de los que se valen para cimentar su decisión, siguiendo la misma lógica secuencial y controversial, de manera que no se avizora el atentado pretendido, por lo que sólo cabe el descarte de este capítulo de nulidad.

17°) Que la Defensa de Vergara cimentó su primera causal subsidiaria (resumida en el motivo noveno de esta sentencia) en el argumento de infracción a la garantía de no presumir la responsabilidad penal, especialmente el dolo directo, y que en la fundamentación de conciencia de ilicitud que a su respecto hacen los jueces al analizar el tipo subjetivo omiten la explicación de cómo obtuvo ese conocimiento y la conexión de ese saber con la acción de contratar como una forma de consentir, habiendo un administrador de contrato, y que sí existía una necesidad de esa naturaleza.

Al respecto el fallo impugnado se hace cargo en el ya mencionado considerando décimo quinto en su apartado “VI. Tipo Subjetivo”, al

explicar cómo Vergara concurre con su voluntad en pleno conocimiento de los alcances que ello tenía, suscribiendo un contrato en representación de la Corporación que estaba a su cargo, convenio que no correspondía –según ya se dijo también por los jueces- a fines reales que fueran en interés de dicha institución, a lo que se sumó la compra de pasajes, reuniones en que tuvo parte, entre otras relacionadas con el mismo objetivo, habiéndose tomado en cuenta también por el tribunal recurrido la existencia del administrador aludido, por lo que tal causal no aparece adecuadamente sustentada, razones por las que se desestimará este motivo de nulidad.

18°) Que el argumento de la falta de congruencia entre fallo y acusación en lo relativo a acción típica, concierto, necesidad de contratación y ejecución del contrato con la CMDS, ha sido esgrimido como fundamento de la segunda causal subsidiaria de Vergara (considerando décimo) y tercera subsidiaria de Rojo (considerando cuarto), al aludir a la existencia de una necesidad de contratación y la aseveración que sobre ello hace el tribunal.

En esta parte, tal como se anunciara en el fundamento décimo cuarto de este fallo, resulta conveniente considerar que la sentencia impugnada tuvo por acreditados los siguientes hechos:

“a) En el mes de agosto de 2015, Karen Rojo Venegas, entonces Alcaldesa de la comuna de Antofagasta, en compañía de los funcionarios de la Municipalidad Stephanie Campos y Mauricio Peldoza, se reunió en la ciudad de Santiago con el gerente de asuntos públicos de la empresa CADEM, Roberto Izikson, con la finalidad de que ésta realizara una encuesta para medir el grado de adhesión ciudadana que tenía la solicitante para enfrentar las elecciones municipales que se celebrarían en el mes de octubre de 2016. El resultado de dicha encuesta, obtenido el mes de septiembre, resultó desfavorable a sus intereses, puesto que la ubicaba en el tercer lugar de aprobación, lo que llevó a Rojo a reunirse nuevamente con Izikson, acompañada de los mismos funcionarios, con el objeto de evaluar la forma de revertir su situación frente al futuro proceso electoral. En dicha reunión, Izikson le sugirió la contratación de una asesoría política, proponiéndose para esos efectos, entre otras

personas, a José Miguel Izquierdo Sánchez, con quien finalmente Rojo se reunió en la ciudad de Santiago, nuevamente acompañada de Campos y Peldoza, la última semana de septiembre de 2015. En la cita, Rojo le explicó a Izquierdo la situación y le manifestó sus pretensiones políticas, acordando este último que le enviaría un correo electrónico con la propuesta de trabajo y condiciones.

b) Cumpliendo con lo acordado, Izquierdo envió a Rojo, con fecha 24 de septiembre del mismo año, una propuesta de asesoría por la empresa MAIN que él representaba, el cual consideraba como objetivo general prestar asesoría política comunicacional a la Alcaldesa Karen Rojo, con el objetivo de mejorar sus condiciones para la competencia electoral 2016, adecuando fases y acciones al calendario municipal y establecer objetivos medibles que permitan evaluar alternativas estratégicas, para lo cual se contemplaban como objetivos específicos los siguientes: 1) Crear una plataforma política para obtener respaldo de stakeholders relevantes; 2) Construir el relato de identidad de la Alcaldesa que debe guiar toda la gestión; 3) Establecer una imagen de marca asociada a un estilo y a una gestión valorada por la población; y 4) Formar un equipo y un sistema de gestión política comunicacional coherente, permanente y eficaz. Además, fijaba la duración del contrato en 6 meses, con un valor mensual de 90 UF, costo que no incluía gastos de viaje ni mantención en Antofagasta.

c) La referida propuesta fue aceptada por Rojo a fines del mes de septiembre, comenzando Izquierdo a prestar sus servicios, a lo menos, desde el día 29 de ese mes y realizando su primer viaje a Antofagasta el 6 de octubre, oportunidad en que se reunió con Rojo y su equipo más cercano. Sin embargo, a mediados de octubre, y ante la dificultad de obtener fondos para el pago de la asesoría que ya se estaba ejecutando, Rojo optó en forma deliberada por instruir la celebración de un contrato de asesoría comunicacional entre la empresa MAIN y la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta (CMDSD), persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro creada conforme al DFL N° 1-3.063 de 1980 del Ministerio del Interior y cuya función comprende la administración y operación de los servicios de educación, salud y atención de menores traspasados por la Municipalidad de Antofagasta, teniendo

a su cargo recursos fiscales recibidos del Ministerio de Educación y de Salud conforme a las disposiciones del DFL N° 2 del Ministerio de Educación y a la Ley 19.378 sobre aporte fiscal del Ministerio de Salud.

Tal decisión fue adoptada por Rojo en su calidad de Alcaldesa y Presidenta del Directorio de dicha Corporación, concertándose para tales efectos con su Secretario Ejecutivo, Edgardo Vergara Montt, quien cumpliendo la instrucción dada por Rojo, suscribió, sin que existiera una necesidad inmediata para la Corporación y con el solo objeto de pagar una asesoría contratada en beneficio exclusivo de Rojo, el contrato entre MAIN y la CMDS, los primeros días de diciembre de 2015, no obstante que el mismo se dató con fecha 1 de octubre del mismo año. En dicho contrato se establecieron como obligaciones del prestador las siguientes: 1) Crear un sistema de comunicación que apunte a mejorar el conocimiento de los ciudadanos de Antofagasta de los beneficios, oportunidades y contingencias que debe enfrentar la CMDS; 2) Construir el relato de identidad de la CMDS que debe guiar toda la gestión; 3) Establecer una imagen de marca asociada a un estilo y una gestión valorada por la población; y 4) Formar un equipo y un sistema de gestión comunicacional coherente, permanente y eficaz. Además, se acordó que el contrato tendría una vigencia de 6 meses a contar del 1° de octubre de 2015, y el pago de la suma única y total de 480 UF con IVA incluido, pagaderos en 6 cuotas de 80 UF cada una, más los gastos de traslado y alimentación, con un tope de cuatro pasajes por mes calendario.

Con posterioridad, con fecha 1° de abril de 2016, las partes suscribieron un addendum por el cual se modificó el contrato, aumentándose el plazo de vigencia a 10 meses contados desde el 1° de octubre de 2015 y acordándose el pago de la suma única y total de 800 UF con IVA incluido, pagaderos en 10 cuotas de 80 UF cada una, más los gastos de traslado y alimentación, con un tope de cuatro pasajes por mes calendario.

d) Para el cumplimiento de la asesoría político comunicacional pactada con Rojo, Izquierdo comenzó, desde la primera semana de octubre de 2015 y hasta fines de julio de 2016, a viajar periódicamente a la ciudad de Antofagasta los días martes para reunirse con la Alcaldesa y

su círculo de confianza, sin perjuicio de incorporarse a otros funcionarios dependiendo de las materias que debían tratarse, oportunidades en las cuales, junto con revisar la agenda de Karen Rojo, éste daba directrices y consejos de índole político, además de pautas e indicaciones que debían cumplirse por Rojo y su círculo cercano de asesores, acciones todas que tenían por objeto mejorar las condiciones de Rojo para la competencia electoral del año 2016. El resto de la semana, en tanto, sostenía diariamente reuniones telefónicas con Rojo y su equipo a las 07.30 am., en la cual le comunicaban las noticias de relevancia de los diarios de la comuna, la agenda diaria de la Alcaldesa y cualquier otro asunto de relevancia política, además de intercambiar correos electrónicos con Rojo y su equipo, con la finalidad antes señalada.

Sin perjuicio de ello, desde el mes de diciembre de 2015, y a raíz de denuncias y comentarios que comenzaron a surgir a propósito de la suscripción del contrato con la CMDS pese a que los servicios se prestaban en beneficio exclusivo de Rojo, Izquierdo comenzó a concurrir a la Corporación en sus viajes a Antofagasta, reuniéndose con funcionarios de dicha repartición, elaborando ciertos documentos y realizando algunas charlas, prestaciones que en caso alguno satisficieron las exigencias del contrato celebrado y, por lo demás, se desarrollaron todas bajo la óptica de mejorar la imagen de Karen Rojo de cara a las elecciones municipales.

e) Por los servicios prestados a Karen Rojo, la CMDS, que en definitiva asumió su costo en virtud de la celebración del contrato antes señalado, desembolsó la suma total de \$23.152.528.-, que fueron facturados a favor de IZQUIERDO Y NOVOA LIMITADA, MAIN COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA, correspondiendo la suma de \$20.896.404.- a 20 facturas de servicio por asesorías extendidas entre el 2 de diciembre de 2015 y el 27 de julio de 2016 (10 para el sector de Salud y 10 para el sector de Educación) y la suma de \$2.826.024.- con motivo de 4 facturas por gastos de traslados de fecha 21 de marzo de 2016 y 31 de mayo de igual año (2 para el Sector de Salud y 2 para el sector de Educación) y de 2 órdenes de compra N° 1442 y 1624, del 2 de octubre de 2015 y 2 de noviembre de igual año, respectivamente, por gastos de traslado, de modo que se defraudó y perjudicó a la CMDS por el monto total del dinero cancelado que asciende a la suma de \$23.722.428.

De otro lado, con el objeto de facilitar la ejecución de la asesoría política contratada, Karen Rojo, aprovechando su cargo de Presidenta del Directorio de la Corporación Cultural de Antofagasta, corporación de derecho privado sin fines de lucro constituida conforme lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley 18.695, instruyó a su Secretario General Ejecutivo, Mauro Robles Torres, para que adquiriera en distintas fechas pasajes en avión para Izquierdo, lo que éste cumplió adquiriendo con fondos propios de dicha institución pasajes de fechas 13 y 27 de octubre de 2015, facturándose por ellos la suma total de \$564.416.- por la empresa LATAM AIRLINES GROUP SA.

f) Con posterioridad a ello, a comienzos del año 2016, Héctor Gómez Salazar, entonces abogado de SECOPLAN, instruyó a Robles para que, en su calidad de Secretario Ejecutivo de la Corporación Cultural, suscribiera un contrato con la empresa MAIN para la evaluación de la construcción del mapa estratégico elaborado con anterioridad por la empresa WALIC, contrato que se firmó el 1° de febrero de 2016, pactándose una duración de 3 meses a contar de esa fecha y el pago de la suma única y total de 100 UF con IVA incluido. En cumplimiento de dicho contrato, Izquierdo elaboró un informe al cual, en definitiva, no se le dio utilidad alguna, puesto que su única finalidad era favorecer a Izquierdo Sánchez quien, simultáneamente, a través de la empresa MAIN, prestaba asesoría política comunicacional a Karen Rojo.

Para el pago de esos servicios, IZQUIERDO Y NOVOA LIMITADA emitió con fecha 29 de marzo de 2016 la factura N° 249 por la suma de \$2.580.707.-, que fueron cancelados con fondos cuyo origen no logró ser determinado en juicio”.

A su vez, parece útil tener en cuenta que la acusación presentada por el Ministerio Público y a la cual adhirió la querellante, recogida en idénticos términos en el auto de apertura de juicio oral, es la siguiente:

En el mes de agosto de 2015 la Alcaldesa KAREN ROJO, junto a otras personas, se reunió en la ciudad de Santiago con el Gerente de Asuntos Públicos de la empresa CADEM, ROBERTO IZIKSON, con la finalidad de que la citada empresa realizara una encuesta que midiera el

grado de adhesión que tenía la Sra. Alcaldesa, para una posible reelección en las elecciones municipales que se efectuarían en el mes de octubre de 2016 en la ciudad de Antofagasta, siendo contratado el servicio por la Sra. Alcaldesa, por el cual se canceló una suma superior a las 40 UTM. En el mes de septiembre de igual año, se recibió el resultado de la encuesta que arrojó un resultado desfavorable a sus intereses, puesto que la ubicaba en el tercer lugar de aprobación. Ante esta información, la Alcaldesa KAREN ROJO en compañía de otras personas, se reunió nuevamente con ROBERTO IZIKSON, en Santiago, para poder evaluar como revertir esa situación ante el futuro proceso electoral. En aquella reunión IZIKSON sugirió que se debía contar con una asesoría externa política, para revertir el resultado de la encuesta, proponiéndose para esos efectos a JOSÉ MIGUEL IZQUIERDO. Con posterioridad, la última semana de Septiembre de 2015, KAREN ROJO en compañía de otros funcionarios de confianza de la Municipalidad viajó a Santiago y se reunió con IZQUIERDO, exponiéndole los resultados de la encuesta y la situación que se mantenía en el municipio en Antofagasta, manifestando IZQUIERDO su disponibilidad para trabajar con la Sra. Alcaldesa, para lo cual le enviaría un correo con su propuesta de trabajo y con sus condiciones, lo que a los días cumplió por correo electrónico.

IZQUIERDO en su propuesta de contrato consideraba como objetivo general prestar asesoría política comunicacional a la Alcaldesa, KAREN ROJO, con el objetivo de mejorar sus condiciones para la competencia electoral 2016, adecuando fases y acciones al calendario municipal, para lo cual se contemplaban como objetivos específicos los siguientes: 1) Crear una plataforma política para obtener respaldo de stakeholders relevantes; 2) Construir el relato de identidad de la Alcaldesa que debe guiar toda la gestión; 3) Establecer una imagen de marca asociada a un estilo y a una gestión valorada por la población; y 4) Formar un equipo y un sistema de gestión política comunicacional coherente, permanente y eficaz. Además, fijaba la duración del contrato en 6 meses, con un valor mensual de 90 UF, costo que no incluía gastos de viaje ni mantención en Antofagasta, haciendo presente que el servicio incluía reuniones semanales en Antofagasta y una interacción oportuna consistente en estar presente en el día a día para aprovechar oportunidades, enfrentar crisis y recomendar acciones siempre que sea necesario, por teléfono

desde Santiago e in situ a través de un representante en la región, si es aceptado y por medio del análisis diario del ambiente mediático y político, disponiendo, entre otras, capacidades de reacción oportuna.

Esta propuesta de IZQUIERDO de asesoría política comunicacional fue acogida por KAREN ROJO y dada la imposibilidad de contratarlo directamente por la Municipalidad, optó de forma deliberada por hacerlo, tomando interés directamente, por medio de la CORPORACIÓN MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE ANTOFAGASTA, que es una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro conforme al Decreto N° 1.173, de 1083, siendo su función la asistencia social que realiza por medio de la administración y operación de los servicios traspasados por la Municipalidad de Antofagasta, cuyo origen corresponde a recursos fiscales que recibe del Ministerio de Educación y de Salud conforme a las disposiciones del DFL N° 2 del Ministerio de Educación y a la Ley 19.378 sobre aporte fiscal del Ministerio de Salud, siendo encabezada por la misma KAREN ROJO como Presidenta del Directorio, concertándose para estos fines con EDGARDO VERGARA MONTT, en su calidad de Secretario General Ejecutivo de la CORPORACION MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE ANTOFAGASTA (en adelante CORMUDESOS o CMDS), con quien con fecha 1° de octubre de 2015, y cumpliendo con lo ordenado por la Sra. Alcaldesa, contrató sin que existiera necesidad y para beneficiarla con dicho contrato a aquélla, que directamente se interesaba en tal acto, que se celebraba por su instrucción por razón de su cargo, a IZQUIERDO en su calidad de representante de IZQUIERDO Y NOVOA LIMITADA (MAIN COMUNICACIÓN ESTRATEGICA), como asesor comunicacional, estableciéndose en la cláusula tercera del contrato de prestación de servicios como obligaciones de IZQUIERDO las siguientes: 1) Crear un sistema de comunicación que apunte a mejorar el conocimiento de los ciudadanos de Antofagasta de los beneficios, oportunidades y contingencia que debe enfrentar la CMDS; 2) Construir el relato de identidad de la CMDS que debe guiar toda la gestión; 3) Establecer una imagen de marca asociada a un estilo y una gestión valorada por la población; y 4) Formar un equipo y un sistema de gestión comunicacional coherente, permanente y eficaz. Además, en la cláusula quinta acerca de la forma de pago indica que por los servicios antes descritos corresponderá el pago de la suma de 480 UF

con IVA incluido, más los gastos de traslado de la ciudad de Santiago y de alimentación, con un tope de cuatro pasajes por mes calendario. Agrega que el precio del contrato se pagará en 6 cuotas de 80 UF cada una por cada mes, dentro de los 5 días corridos siguientes a contar de la fecha de recepción conforme por parte de la CMDS de la correspondiente factura e informe de avance presentado por el prestador. Finalmente contempla que el prestador realizará una visita a la semana a la ciudad de Antofagasta y el contrato tendrá una vigencia de 6 meses desde el 1° de octubre de 2015. A esta convención, a continuación en el tiempo, con fecha 1° de abril de 2016 se le agregó un ADDENDUM en el que se modifica el anterior contrato en lo relativo al precio, disponiéndose por los servicios antes descritos el pago de la suma única y total de 800 UF con IVA incluido, más los gastos de traslado de la ciudad de Santiago y de alimentación, con un tope de cuatro pasajes por mes calendario. Además, que el precio por los servicios de IZQUIERDO se pagaría en 10 cuotas de 80 UF cada una por mes, dentro de los 5 días corridos siguientes a contar de la fecha de la recepción conforme por parte de la CMDS de la correspondiente factura e informes de avances presentados por el prestador. Finalmente, que el contrato tendrá una vigencia de 10 meses desde el 1° de octubre de 2015.

Con motivo de dicha convención, IZQUIERDO para cumplir en realidad con el trabajo convenido con la Sra. Alcaldesa, que lo contrató con interés directo, y en su propio beneficio, como su asesor político y comunicacional, por medio de VERGARA, se presentó en el mes de octubre de 2015, en la oficina de KAREN ROJO, en la Municipalidad de Antofagasta, para lo cual se reunieron con su equipo de confianza, estableciéndose como dinámica de trabajo que por lo demás ya estaba con antelación convenida, desde que anteriormente ROJO aceptó su propuesta de asesoría política y comunicacional, que todos los días a las 07.30 horas se sostendría una comunicación telefónica con IZQUIERDO en donde se le comunicarían las noticias de relevancia de los diarios de la comuna, la agenda de la Alcaldesa para ese día y cualquier otra cosa de importancia que estuviera sucediendo, ante lo cual IZQUIERDO daría pautas e indicaciones que debían cumplirse por instrucciones de ROJO, sin perjuicio de lo cual IZQUIERDO también tomaría contacto telefónico en el curso del día, para los efectos de visar cualquier declaración del municipio respecto de algún tema relevante. Y, que se presentaría en la

Municipalidad todos los días martes para reunirse con la Alcaldesa y con quienes formaban su círculo de confianza, sin perjuicio de incorporarse a otros funcionarios, dependiendo de las materias que debían tratarse, todo lo cual fue cumplido en el transcurso del tiempo entre los meses de octubre de 2015 y agosto de 2016 por IZQUIERDO, en los términos que se habían acordado, concurriendo el asesor todas las semanas a la Municipalidad, tomando contacto telefónico diario y recibiendo por correo electrónico la agenda de la Alcaldesa, para colaborar como asesor político y comunicacional, dando directrices y consejo con el fin de potenciar la imagen de KAREN ROJO, para lograr su reelección en las elecciones de Alcalde, del mes de octubre de 2016, lo que finalmente aquélla obtuvo, por todo lo cual se le canceló la suma total de \$23.152.528, que fueron facturados a favor de IZQUIERDO Y NOVOA LIMITADA, MAIN COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA, correspondiendo la suma de \$20.896.404 a 20 facturas de servicio por asesorías extendidas entre el 2 de diciembre de 2015 y el 27 de julio de 2016 (10 para el sector de Salud y 10 para el sector de Educación) y la suma de \$2.826.024 con motivo de 4 facturas por gastos de traslados de fecha 21 de marzo de 2016 y 31 de mayo de igual año (2 para el sector de Salud y 2 para el sector de Educación) y de 2 órdenes de compra N°s 1442 y 1624, del 2 de octubre de 2015 y 2 de noviembre de igual año, respectivamente, por gastos de traslado, de modo que se defraudó y perjudicó a la CMDS por el monto total del dinero cancelado que asciende a la suma de \$23.722.428, por una asesoría que realmente en favor de dicha Corporación no se prestó, pese a que IZQUIERDO desde el mes de diciembre de 2015 para distorsionar la realidad en coordinación con VERGARA MONTT y con ocasión de una denuncia de un Concejal, empezó a concurrir semanalmente a la CMDS cuando viajaba a Antofagasta a reunirse con ciertos funcionarios y efectuar reuniones y charlas, elaborando ciertos documentos para justificar una asesoría que en el fondo no se cumplió sino en favor de la Sra. Alcaldesa en la forma que antes se ha descrito.

De otra parte, entre los meses de octubre y noviembre de 2015 la Sra. Alcaldesa KAREN ROJO, aprovechando su cargo de Presidenta del Directorio de la Corporación Cultural de Antofagasta que corresponde conforme a sus estatutos del 10 de octubre de 1984 a una Corporación de Derecho Privado cuya función sustancialmente es fomentar, estimular,

patrocinar, organizar, desarrollar, sostener y subvencionar en la II Región y especialmente en la comuna de Antofagasta, toda clase de manifestaciones o actividades culturales, artísticas y recreacionales, procedió a instruir a su Secretario General Ejecutivo, MAURO ROBLES TORRES, que adquiriera en distintas fechas pasajes en avión para IZQUIERDO SÁNCHEZ, en LATAM con fondos propios de dicha institución, lo que efectuó, pese a que no mantenía aquél vínculo contractual alguno con la referida Corporación Cultural, lo que en su momento ROBLES representó a la Sra. Alcaldesa, siendo luego la compra facturada por LATAM AIRLINES GROUP SA, con fecha 15 y 27 de octubre del año 2015, por la suma total de \$564.416. Con posterioridad en el año 2016, HÉCTOR GÓMEZ SALAZAR, Abogado de SECOPLAN y actual Administrador Municipal por instrucción de KAREN ROJO le indica a ROBLES TORRES que en la calidad antes descrita debe pagársele un mes de asesoría política comunicacional a IZQUIERDO por un monto de \$2.500.000, para lo cual debía redactarse un contrato de prestación de servicios para justificar el pago, por un trabajo inexistente, justificándose en la revisión y evaluación estratégica de un servicio que había prestado con antelación la empresa WALIC, que había asesorado a la Corporación y entregado un informe, lo que permitiría justificar el contrato con IZQUIERDO. A continuación, el 1° de febrero de 2016 se firmó recién el contrato de prestación de servicios entre IZQUIERDO Y NOVOA LTDA “MAIN COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA”, representado por JOSÉ MIGUEL IZQUIERDO SÁNCHEZ y la CORPORACIÓN CULTURAL DE ANTOFAGASTA representado por la Presidenta del Directorio KAREN ROJO VENEGAS con directo interés particular y por su Secretario General Ejecutivo MAURO ROBLES TORRES, concertado con aquélla, estableciéndose que la Corporación Cultural contrata a MAIN COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA para que preste asesoría técnica y metodológica al Director Ejecutivo de la Corporación, cumpliendo el rol de contraparte técnica que evaluará la construcción del mapa estratégico realizado por la empresa WALIC para la institución, todo lo cual será financiado por la Corporación por un precio único y total de 100 UF con IVA incluido, que se pagarán una vez finalizados los servicios dentro de los 15 días posteriores a la entrega del informe final por el prestador. Además se dejó constancia que el prestador no tendrá derecho a ningún otro pago o beneficio adicional al antes indicado, dejándose mención

expresa que los gastos de traslado del prestador correspondiente a los días 13 y 27 de octubre y 24 de noviembre del 2015 fueron solventados por la Corporación Cultural de Antofagasta. Finalmente, se dispone que el contrato tendrá una duración de 3 meses a partir del 1° de febrero de 2016, no obstante lo cual si el prestador hace entrega del informe final antes del vencimiento del plazo original del convenio, éste se entenderá terminado de forma inmediata, y que la prestación de estos servicios no impedirá desempeñar otras funciones en instituciones públicas o privadas. Posteriormente MAURO ROBLES entregó una copia del informe de WALIC a IZQUIERDO quien a su vez elaboró y entregó un informe para justificar el pago de los servicios pactados que ROBLES TORRES en su momento recibió y no utilizó, puesto que dicho documento era sólo el medio para dar la apariencia del cumplimiento de una prestación de servicios en el fondo inexistente, para pagar por la asesoría política comunicacional a favor de la Alcaldesa, por el cual se emitió con fecha 29 de marzo de 2016 por IZQUIERDO Y NOVOA LIMITADA la factura N° 249 a la Corporación Cultural por asesoría, por la suma de \$2.580.707, que fueron cancelados con fondos propios de esta última mediante depósito bancario el 19 de abril de 2016. Finalmente, el contrato de prestación de servicios suscrito por KAREN ROJO VENEGAS, en razón de su cargo, en el cual directamente se interesó en la forma antes relatada, en su propio beneficio, para que IZQUIERDO le prestare una asesoría política comunicacional, y que defraudó a la Corporación Cultural de Antofagasta causó un perjuicio total que ascendió a la suma de \$3.145.123 que corresponde al monto cancelado a IZQUIERDO por concepto de pasajes y por los honorarios cobrados, por un servicio inexistente a favor de dicha fundación”.

19°) Que respecto de esta causal es menester precisar que la regla contenida en el artículo 341 del Código adjetivo fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que debe corresponderse con el hecho descrito en la acusación y cuya base de interpretación, al decir del profesor Julio Maier, “está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo

probatoriamente), lesiona el principio estudiado” (Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2º edición, 3º reimpresión, año 2004, página 568).

En tal entendimiento, para que la causal propuesta pueda ser atendida, la variación fáctica consignada en el fallo debe ser idónea para viciar el pronunciamiento, lo que acontecerá cuando medie una alteración objetiva que haga variar el objeto del juicio; que de haber sido conocida, habría permitido representarse otros elementos probatorios y/o argumentos, adecuando su alegato en lo material y técnico, o bien a la misma persona imputada, para ejercer su derecho a ser oída. Entonces, el reconocimiento de este principio supone que se haga conocer a la persona acusada oportunamente y en detalle -de manera invariable en lo esencial- los hechos que constituyen la base y naturaleza de la acusación, lo cual implica que pueda contar con información suficiente para comprender los cargos y para preparar una defensa adecuada.

En el caso en estudio, no ha habido cambios de tal naturaleza, por lo que no se ha restado ninguna posibilidad de defensa, pues la alteración accesoria que se cuestiona sólo consiste en una concepción diversa de la que le dio la defensa de acuerdo a su estrategia en el juicio, pero en torno a una calificación jurídica que nunca ha mutado, esto es, el fraude al fisco, y a base de ello se ha discutido y rendido prueba por los intervinientes. En consecuencia, en el proceso de subsunción de los hechos de la acusación aparece que los acontecimientos demostrados materia de la condena satisfacen en lo sustantivo los parámetros de concordancia requeridos por el principio de congruencia, dado que los acontecimientos que se juzgaron y que aquí se cuestionan son unas mismas acciones cuya interpretación por los intervinientes puede ser distinta según su propia misión u objetivo en el proceso, que es el quid del debate, pero que por lo mismo han sido posibles de controvertir, justamente sobre aquel sustrato fáctico a partir del cual los intervinientes desplegaron su actividad acusatoria y defensiva, lo que excluye toda posibilidad de que se trate de algo inesperado para la defensa.

Así ha ocurrido en el caso en análisis, tal como lo han expuesto latamente los sentenciadores en el fundamento décimo cuarto del pronunciamiento recurrido en relación al tantas veces mencionado décimo

quinto considerando, pues han ido enlazando cada una de las pruebas a las que asignaron mayor valor, con la forma en que se interpretó el tipo penal materia de acusación, lo que resta interés sobre las palabras específicas que han utilizado para ello. En efecto, como se viene expresando, la congruencia debe ser entendida como una equivalencia medular entre lo acusado y lo resuelto, sin advertirse que en ello y acorde a una misma idea que se transmite a lo largo de todo el fallo, haya una divergencia con la acusación presentada que alcance las dimensiones pretendidas por las recurrentes, por lo que dicha fuente de nulidad sustentada por ambas defensas será desechada.

20°) Que en cuanto al argumento sobre que descansa la segunda causal subsidiaria de Rojo (reflexión tercera de esta sentencia), esto es, la de una eventual transgresión al derecho a defensa por haberse permitido, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal, la lectura de sus declaraciones prestadas ante la policía por los testigos Patricia Meléndez, Carla Venegas, Marcelo Cañas, Verónica Espinoza y Edwin Calle, dado que ya se hizo referencia a ello en otro apartado de este fallo, sólo resta señalar que el propio artículo referido por la defensa, establece causales y oportunidad para su procedencia, discusión, viabilidad y rendición, por lo que estando ya aquilatadas las declaraciones y en ese marco prestadas, además de justificadas las razones para así hacerlo, no aparece reproche alguno como el pretendido en la causal invocada, misma que será por ello rechazada.

21°) Que en lo que concierne a las causales tercera subsidiaria de Vergara (considerando undécimo) y cuarta subsidiaria enarboladas por la defensa de la acusada Rojo (consideración quinta), esto es, de haberse vulnerado los límites de la sana crítica en cuanto a los principios lógicos de no contradicción y de razón suficiente, y las máximas de la experiencia, al asignárseles mayor credibilidad a las declaraciones de los testigos Izquierdo, Peldoza y Robles en circunstancias que no lo serían, sin dedicar el mismo esfuerzo a la introducción de prueba de cargo contradictoria con la acusación, basta decir que el artículo 297 del Código instrumental penal ha dispuesto cómo deben darse por acreditados los hechos, entregando el legislador al tribunal de instancia la valoración con plena libertad, siendo su única limitación que no contradigan los principios de la lógica,

las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, por lo que pueden razonar apoyados en la prueba rendida y dando justificación en uno u otro sentido.

Constando que las declaraciones antedichas fueron no sólo reproducidas sino sopesadas al tenor de las alegaciones de los intervinientes y explicitando los juzgadores en su razonamiento décimo cuarto, por qué les asignan mayor valor que las restantes que también descartan, lo que también hacen en la reflexión vigésima del fallo en análisis, indicando su menor preeminencia por las razones que allí se mencionan, nada parece avalar alguna crítica de importancia al respecto, más aún tratándose de declaraciones que se desestimaron de manera expresa y fundada, aun cuando puedan englobarse algunas junto a otras.

En rigor, del tenor de los recursos se desprende claramente que lo que se intenta impugnar es la valoración que hizo el tribunal sobre cuya base fijó los hechos y las razones que llevaron a desestimar las propuestas de las defensas. De esta forma, lo que destaca en los libelos respectivos son presuntas insuficiencias o contradicciones, o apreciaciones distintas acerca de la gravitación de determinados testimonios, que surgirían de un análisis individual de las probanzas. Pero esas protestas sobre la apreciación de las pruebas, reservada a los jueces, más propias de un recurso de apelación, carecen de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad como la intentada.

Cabe tener presente, asimismo, que la impugnación de la sentencia fundada en esta causal no dice relación con las conclusiones a que han arribado los sentenciadores al apreciar la prueba producida en el juicio oral, del momento que en ese aspecto gozan de libertad; con la limitación de que al valorarla no se aparten de los principios, máximas y conocimientos ya indicados, a fin de fundamentar debidamente el fallo para así controlar su razonabilidad. Sigue de ello que lo que sí es revisable por este medio de impugnación es la estructura racional del juicio o discurso valorativo sobre la prueba desde la perspectiva antes enunciada. En otras palabras, sólo es posible estimar el recurso por esta causal si el tribunal a-quo determina su convicción sobre la base criterios manifiestamente arbitrarios o aberrantes.

Por otro lado, y en relación a la variante “tipo subjetivo” aludida también en esta causal por el recurrente Vergara, poniendo en entredicho que el cumplimiento de una instrucción de Rojo a éste, según lo referido en el fallo, no concordaría con el consentimiento como modalidad de ejecución en la defraudación, no se correspondería con la conciencia de ilicitud de su parte, y cómo ello se identificaría con el concierto previo sostenido en la acusación, y que Vergara actuara con dolo directo si no hay explicación a cómo conocería el ánimo defraudatorio de Karen Rojo. Al respecto, ya se ha dicho más arriba que los jueces han sido especialmente cuidadosos en señalar justamente en ese ítem, de qué manera concurre el elemento subjetivo del tipo y que puede verificarse en hechos externos ejecutados o acciones concretas que así lo demuestran.

En la argumentación de la recurrente relativa al incumplimiento de un deber de garante, que se estimó por Vergara injustificado, al no acompañarse su contrato de trabajo ni conocerse sus obligaciones y las del Secretario General Ejecutivo de la CMDS, aduciendo que se estaría sólo presumiendo de su parte, cabe puntualizar que la sentencia se encarga de explicar cuáles son los fines de la Corporación Municipal de Desarrollo Social afectada, e incluso forma parte de la acusación y de los hechos que se dieron por probados una alusión a ellos, y qué rol cabía a Vergara Montt en los mismos, por lo que no se vislumbra que los magistrados hayan procedido de la manera que se les enrostra.

Por último, en lo que respecta a que se desatendería en el laudo recurrido la forma en que una organización como la CMDS funciona, sin justificarse por tanto las máximas de la experiencia en este tópico, resultan bastantes las razones ya dadas al comienzo de este motivo, no habiendo discusión en que se trata de una corporación que administra fondos públicos, y que tiene fines que vienen dados por la normativa que la rige y que es de orden legal, por tanto conocida de todos.

Por todo lo dicho, este ítem de los recursos en referencia será denegado.

22°) Que, ahondando ahora en el argumento nuclear de la causal de existir error de derecho en la calificación jurídica efectuada por el tribunal

cuya sentencia se impugnó, contenida en la causal cuarta subsidiaria de Vergara (considerando duodécimo de este fallo) y quinta subsidiaria de Rojo (motivación sexta de esta sentencia), es útil recordar lo ya indicado en las motivaciones décimo cuarta y décimo séptima de esta sentencia, esto es, que los jueces en el considerando décimo quinto del fallo atacado han explicado latamente cómo han entendido el tipo penal materia de acusación en relación al caso concreto, y han sostenido que para ello han tenido en cuenta la línea seguida por Hernández, H. en su obra “La administración desleal en el derecho penal chileno”, de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, año 2005, p. 202 y 238, es decir, tal concepción a la que adhirieron los jueces ya era así entendida por al menos parte de la doctrina diez años antes de la ocurrencia de los hechos materia de juicio.

Es esta postura la que parece más ajustada a Derecho en esta materia, pues entender el fraude al fisco como una forma de estafa con el elemento “engaño” entre sus requisitos, implicaría incurrir en el absurdo de pretender que hubiera una persona natural a quien se haga artificialmente que se represente una falsa idea de la realidad para que efectúe una disposición patrimonial con perjuicio para ésta o terceros, lo que es prácticamente inaplicable en casos de personas jurídicas y en que se administra recursos de terceros o al menos de la comunidad.

Es por ello por lo que lo esencial en casos como los que esta figura de fraude al fisco pretende proteger, es de la acción malintencionada de quienes detentan funciones públicas justamente con facultades de administración y disposición patrimonial a nombre del Fisco, es decir, que las ejerzan frustrando la misión que tienen sobre el patrimonio público, el que están llamados a gestionar de manera intachable al servicio de un fin último deseado en beneficio de la comunidad. A mayor abundamiento, el autor Juan Pablo Mañalich, en su escrito “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, polít. crim. Vol. 7, N° 14 (diciembre 20012), Art. 4, pp. 357-377, ha dicho también con bastante antelación a estos acaecimientos y bajo la vigencia del mismo Código Penal previo a la modificación obrada por la Ley 21.121, que “frente a la característica común a las distintas variantes de malversación punible, consistente en la posición relativa del funcionamiento que es

potencial autor, quien ha de tener a su cargo los caudales o efectos cuya conservación o aplicación se trata, lo distintivo del así llamado “fraude al fisco”, tipificado en el art. 239 del Código Penal, consiste en la posición relativa del respectivo funcionario que, en razón de su cargo, interviene en una determinada operación de significación patrimonial para el Estado u otra entidad pública, en el marco de lo cual ha de tener lugar la defraudación, con perjuicio para el respectivo patrimonio público. (...) la comprensión del fraude al fisco como una forma de estafa vuelve prácticamente imposible dar cuenta de la significación de la exigencia típica según la cual la defraudación ha de ser efectuada por el funcionario que interviene en la respectiva operación en razón de su cargo (...) el injusto del fraude al fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”; siendo esto último, empero, lo característico de la estafa, en la medida en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial, para sí o para un tercero, por parte de otro (...) la posición del funcionario que interviene en una determinada operación en razón de su cargo se identifica con la posición del autor, en circunstancias de que, de tratarse de una estafa, dicha posición tendría que estar ya ocupada por la persona engañada por el autor (...) hay que abandonar sin reserva alguna la idea de que el delito tipificado en el art. 239 del Código Penal pudiera exhibir, en todos o en algunos casos, la estructura de una estafa. La mejor interpretación de la disposición, en efecto, es la que lleva a conceptualizar el fraude al fisco como un delito de administración desleal del patrimonio público; o más precisamente: de gestión desleal del patrimonio público (...) el injusto del fraude al fisco se corresponde con una vulneración del principio de probidad, en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa (...) bajo la comprensión del fraude al fisco como un delito de administración desleal es enteramente irrelevante que en determinados casos el funcionario que en razón de su cargo interviene en una operación que compromete el patrimonio público pueda valerse de una maniobra constitutiva de –o cercana a un- engaño (...) si se acepta que la tipificación del fraude al fisco exige nada parecido a un engaño, entonces ha de aceptarse que el fraude al fisco jamás puede constituir una estafa, con total independencia de si el comportamiento de

una persona pudiera llegar a realizar al modo de una “unidad de hecho”, uno y otro tipo delictivo”.

23°) Que la defensa de Rojo ha apuntado, finalmente, en su causal sexta subsidiaria (abreviada en el considerando séptimo de esta sentencia) que el fallo recurrido incurrió en un error en la aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal al no estimar como muy calificada la del artículo 11 N° 6 del Código de Castigo, dada la especial conducta previa de su patrocinada, y al no adicionar a ésta mitigante la del artículo 11 N° 9 por haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, lo que habría implicado una rebaja considerable de las penas y la posibilidad de cumplimiento en libertad a través de una pena sustitutiva, todas las cuales sugiere en concreto.

Al respecto, es necesario tener presente que, tal como la propia recurrente lo sostiene en su arbitrio, el artículo 68 bis del Código Penal dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada en el delito”. De esta especial redacción se deduce que el legislador, en estos casos, ha establecido no una obligación para la judicatura sino una facultad, al emplear el vocablo podrá, lo que el tribunal ha tenido a la vista en la consideración vigésimo primera de la decisión observada, básicamente y según se lee de sus argumentos, en que estimó insuficiente el mérito para así considerar la atenuante en el caso de Rojo, por haberse argüido en su caso elementos que no dan cuenta de circunstancias extraordinarias o sobresalientes, sino sólo actividades académicas y laborales previas, redes de apoyo y rasgos de personalidad, y aun cuando en el fallo se hace alusión a “virtudes de carácter y moralidad”, del contexto de la argumentación se extrae que se refiere a aspectos que den más gravitación a la simple ausencia de antecedentes penales, pues incluso al pronunciarse respecto de otra atenuante alegada respecto de Vergara para concederle otra aplacante han manifestado que su aporte ha permitido mejorar o sustituir prueba, de todo lo cual se obtiene que en el caso de Rojo los jueces han esperado para calificar la minorante, una conducta excepcional que beneficie a otros.

Además, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de las circunstancias morigerantes de responsabilidad penal está entregado por ley al tribunal de la instancia, que es el llamado a ponderar su procedencia según el mérito del proceso, lo que resulta de toda lógica, pues es ante el cual se ha rendido la prueba, el que ha tenido contacto e intermediación con la misma y con las intervinientes, es el que ha aquilatado su capacidad para acreditar hechos y el que por tanto, puede medir si hay colaboración en la declaración o aporte prestado y si esta reúne las condiciones como para estimarla sustancial. De ello se sigue que no podría esta Corte revisar la procedencia de alguna atenuante adicional como la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, sugerida en el recurso, imponiéndosela sin motivo al tribunal que dictó el fallo.

Finalmente, y en cuanto a la rebaja de pena y su sustitución, no se vislumbra en el caso de autos alguna infracción, por cuanto la determinación de la pena corresponde al órgano jurisdiccional, determinado que sean el delito y la participación de la persona acusada, así como las circunstancias modificatorias de responsabilidad que estime, conforme a los parámetros anotados, concurrentes. En ese escenario, no cabe más que el rechazo, también por esta causal.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a), b), 374 letras e), f) 376 y 385 del Código Procesal Penal, se rechazan los recursos de nulidad deducidos por las defensas de Karen Rojo Venegas y de Edgardo Vergara Montt, en contra de la sentencia de dieciocho de enero de dos mil veintiuno, pronunciada en la causa RUC 1700480634-4, RIT 147-2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, la que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 7.006-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., y los Ministros Suplentes Sres. Miguel Vázquez P. y Roberto Contreras O. No firman los Ministros Suplentes Sres. Vázquez y Contreras, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber ambos concluido su período de suplencia.

