
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

**EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DELITO DE FRAUDE AL FISCO**

**Recurso de Nulidad (23 de marzo de 2022) con relación a la
Sentencia TOP de Antofagasta
(de 18 de enero de 2021).**

Rocío Rojas Novoa ¹

Por sentencia de 18 de enero de 2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TOP) de Antofagasta condenó a la ex alcaldesa de la Municipalidad de Antofagasta, 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) y al ex secretario ejecutivo de la Corporación Municipal de Desarrollo Social (CMDS o “la Corporación”) de Antofagasta, Edgardo Ramiro Vergara Montt, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y el pago de una multa ascendente al diez por ciento del perjuicio causado (equivalente a \$2.372.242); ambos como autores del delito de Fraude al Fisco previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, cometido en contra de la CMDS entre el 1 de octubre de 2015 y el 1 de agosto de 2016. En el caso de la ex alcaldesa, el cumplimiento de la pena privativa de libertad (por su cuantía) se estimó debía ser efectivo², mientras que respecto del condenado Vergara fue sustituida por la de libertad vigilada intensiva³.

¹ **ROCÍO ANDREA ROJAS NOVOA.** Abogada Coordinadora de Litigio Penal de la región de Antofagasta del Consejo de Defensa del Estado.

² Lo que conllevó a los hechos de pública connotación de fuga de la condenada quien actualmente se encuentra privada de libertad en el extranjero a la espera de que se resuelva el proceso de extradición.

³ La cual se encuentra actualmente cumpliendo.

En ambos casos, las defensas de los condenados interpusieron sendos recursos de nulidad, por diversas causales previstas en el Código del ramo, los que fueron conocidos en una misma vista de la causa por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia (ECSJ). En dicha instancia comparecieron, instando por el rechazo íntegro de ambos, el Ministerio Público y la autora de este comentario por el Consejo de Defensa del Estado, adelantando desde ya que fueron rechazados por unanimidad e íntegramente por la Segunda Sala del máximo tribunal, integrada por los ministros Sres. Aroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., y Leopoldo Llanos, y los ministros suplentes Sres. Miguel Vásquez P., y Roberto Contreras O.

En lo que se sigue del presente comentario expondré lo que -a mi juicio- corresponden los principales aspectos relevados por la C.S. frente a algunas de las diversas alegaciones alzadas por nuestros contendores, explicitando, con especial detención y detalle, lo resuelto en la parte final del fallo respecto de la calificación jurídica de Fraude al Fisco, en el entendido, creemos acertadamente, en su modalidad de defraudación por administración desleal del patrimonio fiscal, conforme se ahondará. Por su parte, respecto de las restantes y la mayor parte de las causales de nulidad esgrimidas por ambas defensas, es claro que lo que se intentó impugnar fue la valoración que hizo el tribunal *a quo* sobre cuya base fijó los hechos y las motivaciones que llevaron a desestimar las propuestas discutidas por ambas defensas.

Así, respecto de las alegaciones y conclusiones a las que me referiré consta, en primer lugar, que el argumento central de la causal principal de la defensa de Vergara y de la primera subsidiaria de Rojo, dice relación con lo previsto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal penal, que aluden a una *infracción a su derecho a defensa al desplazar el factum del debate* y la consecuente vinculación de aquello con la interpretación del TOP respecto del tipo penal de Fraude al Fisco, prescindiendo del engaño como medio comisivo. Sobre este punto, cabe señalar que la C.S. reafirmó el caso que desde la acusación fiscal y de este querellante los hechos venían presentados sobre la base de imputación del delito de Fraude al Fisco y, más allá de la modalidad de defraudación atendida por el tribunal, la Corte estimó que por ello sí era previsible para los

recurrentes dicha interpretación pues ambos conocían con vasta antelación los hechos que se imputaban a sus patrocinados y, conforme aquello, debían elaborar sus argumentos y probanzas, más aún, teniendo en cuenta que fue alegado por ellos mismos —los recurrentes— que el elemento *engaño* no concurría en la especie.

Así, el fallo que se intentó revocar con los recursos de nulidad en realidad expone fundadamente las razones, pruebas valoradas y doctrina a la que adhiere para establecer que, en efecto, nos encontrábamos frente a un delito de Fraude al Fisco y por qué, en los hechos probados, se establece que la contratación que se les atribuía a ambos condenados tenía un fin distinto al que se aparentó, pues no era necesaria ni cumplía con los requerimientos de la CMDS. Esta última cuestión, que es debatida por los recurrentes, en el fallo de nulidad es certeramente resuelto por la C.S. pues es enfática al señalar que no puede, con ocasión del estudio de la causal de nulidad, intentar una valoración diversa de probanzas que no ha recibido ni conocido directamente, sino que la Corte Suprema sólo pudo tomar conocimiento en la medida que constan extractadas por los jueces del TOP en la referida sentencia; pretender aquello —dice expresamente la C.S.— la convertiría en un tribunal de instancia y quebrantaría las máximas de la oralidad, intermediación y bilateralidad de la audiencia que rigen en nuestro sistema procesal penal, no pudiendo dar por acreditados hechos distintos y opuestos a través del presente recurso por lo que rechaza la pretendida infracción al derecho a defensa.

Otra de las causales invocadas por ambas defensas, esta vez la principal para la defensa de Rojo y como tercera subsidiaria de la defensa de Vergara, sería también una presunta infracción al debido proceso con asidero legal en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, que se manifiesta, supuestamente, en lo que la doctrina llama una *visión de túnel* por parte del persecutor, fundamentaciones que fueron rechazadas por la Corte Suprema por encontrarse en el fallo suficientemente acreditado que no fue así por los motivos que allí se indican y que, por economía, no explicitaremos en este comentario; sin embargo en este punto aparece una argumentación, a mi juicio, espléndidamente lúcida y clara por parte del Tribunal *ad quem* respecto de qué es un debido proceso penal, racional y justo, conforme lo previsto

en la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados por Chile y las leyes.

En efecto, la Corte Suprema parte señalando que, para que sea sancionado con la nulidad, el agravio al debido proceso debe ser real; esto es, que perjudique efectivamente los derechos procesales de cada parte (hasta aquí, nada nuevo con relación al agravio que motiva cualquier recurso). Sin embargo, continúa señalando que aquello significa que efectivamente la infracción debe perjudicar los derechos procesales de la parte que la alega, de forma que entrase, limite o elimine su derecho constitucional, transformándolo en insalvable; esto es entonces una infracción sustancial, trascendente y de gravedad que termine atentando contra las posibilidades de actuación de la parte. En conclusión, no se trata de cualquier infracción, ni de una infracción accesoria al procedimiento penal, sino que debe cumplir con un estándar de suficiencia elevado que fue, en el proceso y el fallo de nulidad, explícitamente seguido por los sentenciadores. Así, continúa razonando la Corte, no concurren en el caso las infracciones alegadas que sugieren la presunta *visión de túnel*, pues en el procedimiento se realizaron todas sus etapas, generando espacios para el debate donde existieron ocasiones para plantear posturas diversas y que junto con ello se constató que los jueces del TOP analizaron las diversas teorías y posibilidades planteadas por los intervinientes, siguiendo la lógica secuencial y controversial del proceso. Por tales consideraciones, la C.S. rechazó también dicha causal.

Separadamente, me parece también importante resaltar el raciocinio planteado por nuestro máximo tribunal con relación a las alegaciones de ambos recurrentes, en caso de la defensa de Vergara como segunda causal subsidiaria y por la de Rojo como tercera causal subsidiaria, con sustento presunto en el artículo 374 letra f) del Código Procesal de la materia, alegando una supuesta *falta de congruencia* entre el fallo y la acusación con relación a la acción típica, concierto previo, necesidad de la contratación y de la ejecución del contrato celebrado con la Corporación. Si bien quienes tramitamos en el ámbito penal tenemos impregnado desde nuestra formación en pregrado el contenido y alcance del artículo 341 del Código Procesal Penal, que constituye la norma que en definitiva nos fija o enmarca el alcance del fallo penal, limitando su ámbito máximo de

decisión a los hechos descritos previamente en la acusación; nuestra C.S. va más allá en lo sentenciado y recurren, brevemente, a la doctrina del profesor Julio Maier, explicitando en sus palabras que la variación fáctica consignada en el fallo (para que pueda ser atendida la causal de nulidad) debe ser idónea para viciar el pronunciamiento, lo en definitiva 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.*”⁴. Es decir, la *congruencia* es entendida por esta Corte como una equivalencia medular entre lo acusado y lo resuelto, estimando que en el proceso de subsunción de los hechos de la acusación con los acreditados en la sentencia condenatoria no son divergentes pues, en lo sustantivo, resultan concordantes con el principio de congruencia mientras que, por su parte, las valoraciones accesorias levantadas por los defensores consisten en interpretaciones que responden a una estrategia diversa en la defensa en el juicio, correspondiendo el rechazo del recurso intentado por ambas defensas por esta causal.

Por otro lado, es relevante también destacar lo que el tribunal de alzada sentenció en relación con la causal sexta subsidiaria esgrimida por la defensa de Rojo con relación a lo previsto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal del ramo, en cuanto refiere que el fallo recurrido incurrió en un error en la aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad que, en definitiva, le fueron denegadas a su representada. Lo anterior, por cuanto los sentenciadores del TOP no estimaron como *muy calificada* (conforme lo previsto en el artículo 68 Bis del Código Penal) la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N°6 del Código Penal y que, además, le negaron reconocer la minorante prevista en el artículo 11 N° 9 del mismo Código, todo lo cual de haberse valorado y reconocido habría implicado una rebaja considerable en el *quantum* de la pena que finalmente se aplicó a la ex alcaldesa (y que, de ser tal, le habría permitido beneficiarse de una pena sustitutiva a la luz de la Ley N° 18.216).

⁴ Considerando décimo noveno del fallo de nulidad (p.31).

A su respecto, nuestro máximo tribunal fue claro y preciso en sostener que el artículo 68 Bis del Código Penal es una disposición que faculta al sentenciador a valorar, o no, como muy calificada alguna circunstancia atenuante de responsabilidad penal, pues utiliza el vocablo “*podrá*”, sin que constituya una obligación su estimación en el caso en concreto. Así, indica la Corte Suprema que (en lo que dice relación a dicha norma y, respecto de minorante no reconocida del artículo 11 número 9 del Código penal) el TOP de Antofagasta argumentó con suficiencia en la sentencia las razones que tuvo para resolver como lo hizo (motivo vigésimo primero del fallo de primera instancia) y que por tanto, teniendo en cuenta que el reconocimiento de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal está entregado por ley a dicho tribunal, que las ha ponderado conforme el mérito del proceso y la prueba rendida que directamente apreció, no corresponde a la C.S. revisar su procedencia, más aún, cuando lo que se intenta es que la Corte pueda ponderar si la condenada colaboró y si dicha colaboración es sustancial, lo que sólo pueden valorarlos jueces que han tenido contacto e intermediación con la propia imputada.

Finalmente⁵, me referiré a la alegación y argumento nuclear de la causal esgrimida por ambas defensas, como cuarta subsidiaria de Vergara y quinta subsidiaria de Rojo, con sustento en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, referido a un supuesto error de derecho en la *calificación jurídica* de los hechos por los cuales se condenó a ambos imputados; consideraciones que fueron expuestas por el TOP de Antofagasta en el considerando décimo quinto de la sentencia; argumentaciones que contemplaron alusión a parte de la doctrina nacional y que la C.S. replica y confirma su adherencia. Como veremos, estas argumentaciones constituyen, en el fallo impugnado y la sentencia de nulidad, precedentes especialmente favorables para con las pretensiones del nuestro CDE, en el ejercicio de la acción penal.

⁵ Intencionadamente en este punto me detendré para aprovechar de agradecer a destacados juristas, el Sr. Héctor Hernández y Sr. Juan Pablo Mañalich, quienes en distintas épocas han sido asesores de nuestro distinguido Comité Penal, por su destacado aporte a nuestra institución y, por sobre todo, a la doctrina penal nacional.

En efecto, consta en la sentencia de nulidad que la Corte Suprema tuvo en cuenta la línea seguida por el profesor Héctor Hernández en su obra *La administración desleal en el derecho penal chileno (2005)*, indicando que tal concepción, del Fraude al Fisco entendido como un delito de administración desleal del patrimonio fiscal, ya era así entendida por parte de la doctrina a lo menos diez años antes de la ocurrencia de los hechos por los cuales se dictó veredicto condenatorio en el TOP de Antofagasta. Indica la C.S. que esta postura es la que le parece más ajustada a derecho por cuanto, si se entendiera el delito del artículo 239 del Código Penal como una forma del delito de estafa, correspondería también aceptar que dentro de sus elementos del tipo sería irrestrictamente necesario constar con el *engaño*, lo que nos llevaría al absurdo de limitar su ámbito de aplicación sólo a víctimas que se correspondan con personas naturales pues sólo a aquellas es posible crear artificiosamente una falsa idea de la realidad para que terminen efectuando una disposición patrimonial, lo que sería imposible de comprender cuando el delito se cometiere en contra de personas jurídicas que administran fondos públicos o de terceros.

A su respecto, y aun cuando el presente comentario se encuadra en el fallo de nulidad, no puedo sino hacer presente que en principio fue el propio TOP de Antofagasta quien expresó que, primeramente, es necesario determinar el *objeto de protección de la norma*, refiriendo en tal sentido, que existe un amplio consenso en la doctrina y jurisprudencia de que el Fraude al Fisco se erige como un delito pluriofensivo que tiende al correcto desempeño de la función pública pero que, al mismo tiempo, tiene una connotación evidentemente patrimonial pues requiere un perjuicio y, por tanto, que el bien jurídico protegido por el delito es también el patrimonio público⁶. Aclara también que —en lo que respecta a la diferenciación con el delito de estafa por el elemento *engaño*— acá (en el delito de Fraude al Fisco) no se distingue claramente el sujeto activo del pasivo pues el injusto se genera dentro de la administración pública, agregando que la exigencia respecto del sujeto activo en tal delito no es sólo que detente la calidad de funcionario público, sino que,

⁶ Citando también a RODRÍGUEZ L. Y OSSANDÓN M., *Delitos contra la función pública*, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 415.

además, exige contar con alguna facultad de disposición sobre los bienes defraudados, por lo que en la práctica se hace innecesario —indica el TOP— la utilización de un engaño como medio comisivo.

Ahora bien, volviendo al fallo de la CS, debo subrayar que asentó que lo esencial, en los casos donde se alude a un delito de Fraude al Fisco, es la acción malintencionada de quienes detentan funciones públicas y que cuentan con facultades de administración y disposición del erario fiscal, quienes deberían desempeñar de forma intachable dicha labor. Ratificando lo indicado, nuestro máximo tribunal recurre a la doctrina del profesor Juan Pablo Mañalich en su artículo “La malversación de caudales públicos y el Fraude al Fisco como delitos especiales” (2012), citándolo en gran extensión y destaca, a juicio de la suscrita, una frase en que resume perspicazmente una distinción elemental del delito de estafa con el de Fraude al Fisco; esto es, que *“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”*, razonando el autor —a mi juicio, lúcida y lógicamente— que en el fraude *“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”*. Finalmente, concluye el texto citado (que hace suyo lata y extensamente el fallo de nulidad en su considerando vigésimo segundo), que al igual como lo refirió el TOP de Antofagasta, bajo el entendimiento del delito del artículo 239 del Código punitivo como un delito de administración desleal, no necesita de ninguna manera y se vuelve irrelevante que el autor pueda valerse de un engaño (o alguna maniobra cercana a aquél).

Finalmente, preparando la clausura del presente comentario y tras haber relatado algunas de las argumentaciones que, a mi juicio, resultan completamente favorables para las pretensiones en la defensa del interés fiscal, no quisiera terminarlo sin antes mencionar que de las conclusiones a las que podemos arribar, aparece estrictamente necesario que los abogados que participamos en la persecución penal, ya sea proponiendo y revisando diligencias y luego, escriturando querellas, acusaciones y alegando ante las diversas fases de la jurisdicción y

proceso penal, pongamos especial atención en que se reúnan los antecedentes de investigación necesarios para demostrar en juicio de que el agente, en el delito de Fraude al Fisco, tiene efectivamente facultades de administración y disposición del patrimonio fiscal (atendiendo directamente a los instrumentos y normas que lo dotan de tales facultades) y que aquél en el ejercicio de aquellas intervino en la operación en que se concretó el fraude, es decir, actuando dentro de ámbito de las competencias que fuere previamente investido y a sabiendas que, con dicha conducta, contravenía el mandato de resguardo del erario fiscal, perjudicándolo. En consecuencia, si hubiese que resumirlo, el mínimo del cual no podemos prescindir para estructurar la subsunción de hechos como constitutivos del delito de Fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal, es concebir que aquella figura emerge como lo que en el derecho comparado se ha estudiado como administración desleal por infidelidad patrimonial de los funcionarios públicos, en relación con los bienes públicos que se administran, y no una especie diversa de estafa.

Es por todo lo anterior, que el caso que se presenta es de especial relevancia para nutrir la jurisprudencia penal de uno de los delitos que mayormente frecuentamos en importantes causas que lleva el Consejo, pues llevó a estrados a quien ejercía en ese momento como máxima autoridad comunal y contiene, en cada una de sus etapas (ante el Juzgado de Garantía, I. Corte de Apelaciones, TOP y Corte Suprema), diversas teorías, dificultades y sin duda, fructuosas discusiones de índole fáctico y jurídico procesal-penal (e incluso civil) que escapan de lo breve y sintético del presente comentario. En consecuencia, no queda más que reconocer que aun cuando nos queda camino por recorrer en el proceso de extradición que se sigue actualmente en contra de Rojo Venegas, este fallo constituye un aporte relevante para el enfoque y defensas que llevamos adelante en el Consejo, explicitando con claridad y lucidez los criterios diferenciadores que casuísticamente deberán analizar los tribunales para discernir la correcta aplicación del tipo penal⁷.

⁷ Aquello, especialmente cuando nos enfrentamos en juicio con teorías del caso que proponen las defensas que pretenden, convenientemente a sus intereses, una interpretación de este delito como un delito de *estafa especial*, a fin de obtener una pena inferior y requisitos —como dijimos— prácticamente imposibles de subsumir en los hechos cuando la víctima es el Fisco.

