

Acta de la audiencia realizada el trece de diciembre de dos mil diez, para la lectura de Sentencia en Recurso de Nulidad. ROL INGRESO CORTE N° 566-2010.

Se inicia la audiencia de lectura de sentencia a la hora fijada, con la asistencia de la Ministro señora Esquerré.

Llamadas las partes concurrieron a la lectura de la sentencia por la parte querellante Consejo de Defensa del Estado señora Claudia Mancilla y por la defensa el abogado don Nelson Villena.

La Ministro señora Esquerré, deja constancia que por el Ministerio Público nadie concurrió, indica que se dará lectura a la parte pertinente del fallo por la señora Relatora.

Se da lectura a la parte resolutive de la sentencia por la Ministro de fe que suscribe.

Concluida la lectura, se ordena agregar a la carpeta judicial correspondiente.

Se ordena el registro de la sentencia y su notificación por el estado diario.

Extendida en Concepción, trece de diciembre de dos mil diez.

CERTIFICO: Que el acta transcrita precedentemente es testimonio fiel de lo ocurrido en la audiencia de que da cuenta.

Concepción, 13 de diciembre de 2010

Rol N° 566-2010.

CLAUDIA GOMEZ VALDES
Relator Ministro de Fe

Concepción, trece de diciembre de dos mil diez.

VISTO Y OIDO:

1°.- Que se han alzado contra lo resuelto por el Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero, la apoderada del Ministerio Público, y la Procuradora Fiscal de Concepción del Consejo de Defensa del Estado, solicitando que se deje sin efecto el sobreseimiento definitivo dictado en este proceso en favor del imputado, Patricio Hosain Sabag Villalobos, ordenando esta Corte, que la causa siga su tramitación normal conforme al procedimiento ordinario, realizándose, en su oportunidad, la correspondiente audiencia de preparación de Juicio Oral y posterior Juicio Oral.

2°.- Que, en opinión de los apelantes, la resolución que decretó el sobreseimiento definitivo es improcedente, toda vez que en el presente caso no se cumplen los supuestos establecidos en la letra a) del artículo 250 del Código Procesal Penal, formulando a continuación una serie de argumentaciones tendientes a demostrar que, al contrario de lo estimado por el a-quo, concurren los elementos objetivos del tipo penal de Fraude al Fisco por el cual se formuló acusación en contra de Patricio Hosain Sabag Villalobos. En la vista del recurso, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, agregaron además una petición de inadmisibilidad de la etapa en que fue decretado el sobreseimiento, toda vez que el único legitimado para pedir el sobreseimiento es el Ministerio Público, con fundamento en que ya se había presentado la acusación y lo prevenido en el artículo 256 del Código Procesal Penal. Sobre el punto se escucharon las alegaciones de la defensa, quien defendió la postura de la

oportunidad en que fue decretado el sobreseimiento en favor del imputado.

3°.- Que, en cuanto a la oportunidad en que fue solicitado y decretado el sobreseimiento definitivo a favor del imputado, es útil tener presente que el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, dispone “El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo”, cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito, salvo la excepcional situación contemplada en el inciso final de este texto, que no es aplicable en la especie.

4°.- Que, como se aprecia de la redacción del precepto, éste no limita la oportunidad en que el imputado puede pedir el sobreseimiento, derecho que está en conexión con lo prevenido en el artículo 7° del Código Procesal Penal en cuanto esta regla dispone, “las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”. De esta forma, no se divisa fundamento alguno para limitar tan trascendente derecho, que no implica eludir eventuales responsabilidades penales, sino concretar la propia evaluación del ciudadano imputado por un delito para hacer presente al juez de la causa, que el proceso penal carece de finalidad práctica y ello justifica pedir su clausura por estimar que los hechos no se encuadran en algún tipo penal, en este caso, el que le ha sido imputado por el Ministerio Público y la parte querellante.

5°.- Que, en este sentido, esta Corte, en sentencia Rol 469-2010, de 4 de octubre de 2010, motivo décimo del voto de minoría y que el tribunal comparte señaló lo siguiente “10°.- Que, así las cosas,

es dable concluir que la subsistencia de un proceso penal, en un ordenamiento jurídico como el chileno, caracterizado por la promoción y respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental), sólo se legitima por la persistencia de “indicios racionales de que se ha cometido un delito” (Diez Picazo, obra citada, Pág. 13), esto es, por la mantención de la fuerza de convicción de tales indicios, racionalmente apreciados; puesto que, en todo caso contrario, la secuela del proceso penal pierde legitimidad, al incidir negativamente en las órbitas correspondientes a los núcleos esenciales de los derechos fundamentales del imputado, sin causa jurídica que lo justifique”.

6°.- Que, en el presente caso, la declaración de sobreseimiento, de establecerse los indicios racionales de que se ha cometido un delito, resultaría inoportuna, pero de concluirse lo contrario, ello hace urgente la clausura del proceso y evitar las perniciosas consecuencias del mismo en la dignidad del imputado, arrastrado a un juicio sin finalidad práctica, afectándose de este modo sus derechos fundamentales, los cuales deben ser preservados por el tribunal, dado el mandato imperativo e ineludible de la Carta Fundamental. En esta línea de razonamiento, la necesidad de clausura de un procedimiento criminal que deriva en inocuo, concreta la eficacia inmediata de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, en este caso el tribunal de garantía, ya que las normas constitucionales relativas a los derechos de esta clase, crean derecho objetivo y vinculante, teniendo una emanación general “erga omnes” e inmediata.

7°.- Que, por otra parte, la declaración de sobreseimiento que se impugna, no puede estimarse apresurada, forzando los derechos del ente persecutor, por cuanto éste llevó adelante un proceso

investigativo que da cuenta de numerosas diligencias, pero que fueron estimadas suficientes al cerrar la investigación, lo que precisamente permite hacer un test de sobrevivencia del proceso y decretar si es o no procedente dictar el sobreseimiento. Esta circunstancia, nos lleva a analizar la segunda cuestión planteada en los recursos de apelación, esto es, si efectivamente los hechos que se le imputan a Patricio Sabag Villalobos, satisfacen la exigencia de la tipicidad prevista en el delito de Fraude al Fisco.

8°.- Que, en esta parte, y de acuerdo a los términos de la acusación del Ministerio Público y acusación particular del Consejo de Defensa del Estado, se imputa a Patricio Sabag Villalobos, la comisión de delitos reiterados de Fraude al Fisco, en calidad de autor directo e inmediato de los delitos materia de la acusación, delito que se encuentra tipificado en el artículo 239 del Código Penal.

9°.- Que, el delito antes aludido tiene como soporte fáctico, la descripción efectuada en el párrafo “Hechos” números cinco al nueve de la acusación particular presentada por el Ministerio Público, los cuales aluden a que Patricio Sabag Villalobos, en calidad de representante de Inmobiliaria Nabatieh S.A., entregó en arrendamiento el inmueble ubicado en Río Claro N° 1050 de Cabrero, a su hermano, el H. Diputado Jorge Sabag Villalobos, para ser utilizado como sede distrital, lo cual jamás fue utilizada como tal, produciéndose la apropiación del total de las sumas pagadas a título de arrendamiento en perjuicio del Fisco.

10°.- Que, el juez de garantía, por resolución de 2 de noviembre de 2010, dictada en la audiencia para conocer de la petición de sobreseimiento alegada por la defensa, previo debate, dictaminó que no se cumplían con ninguno de los tres requisitos copulativos para estimar concurrente la figura delictiva que se imputaba a

Sabag Villalobos, esto es, el imputado no es empleado público, no existe transacción entre el Estado y un particular sino sólo la celebración entre dos sujetos de carácter privado y, finalmente, tampoco existe perjuicio alguno para el Fisco, ya que éste no ha sido parte en el contrato ni menos resulta obligado con el contrato de arrendamiento. Si bien los argumentos son escuetos, ello no permite calificar la resolución como ausente de fundamentos, por cuanto el juez de la causa explica cuales son las razones que motivan su decisión, y que incluso, permiten las abundantes argumentaciones de las partes al impugnar el sobreseimiento.

11°.- Que, para la acertada decisión de la cuestión sometida al conocimiento de esta Corte, es necesario considerar que la existencia del delito que se le atribuye al imputado tiene por sujeto activo al empleado público, el cual debe intervenir en razón de su cargo, calidad que claramente no tiene el autor, pero que pudiere alcanzarle de acuerdo a la tesis de la comunicabilidad, la cual es explicada por la doctrina de la siguiente forma “De acuerdo con el principio de la comunicabilidad –que, en rigor debiera ser más bien rotulado principio de incomunicabilidad- a los concurrentes no se le comunican aquellos elementos subjetivos o calidades personales que sólo se dan en uno o alguno de ellos y que forman parte del tipo delictivo, siendo, por ende, determinantes para la incriminación de la conducta, ya para su calificación a un título específico. Quién concurre con la cónyuge en el acto de dar muerte al marido no es co-autor de parricidio, sino de homicidio, quien concurre con el funcionario público a sustraer los fondos públicos o particulares que éste tiene a su cargo, no es co-autor de malversación de caudales públicos, sino de hurto, apropiación indebida o estafa, según cuales sean las circunstancias concretas en que se ejecuta el acto”. (Enrique Cury Urzúa

“Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica, 1992, II, página 229). Así, la tesis de la comunicabilidad tiene por finalidad explicar porque debiera ser sancionado un tercero, denominado “extraneus”, al delito, pero que interviene con el verdadero sujeto activo. Como se puede concluir se trata de una solución doctrinal que genera una fuerte controversia, existiendo una parte de dicha doctrina que la rechaza totalmente, es más, el propio Ministerio Público en su escrito de apelación refiere citando a Politoff, Matus y Ramírez, que en “los delitos especiales impropios (que sería el caso) sostienen que el “extraneus” responde por el delito diferente, la figura común que subyace”.

12°.- Que, sobre el problema de la calificación del delito y la tesis de la comunicabilidad, unos autores expresan lo siguiente “La figura del fraude funcionario corresponde a un delito especial impropio, pues tiene su correlato en las diversas formas de defraudación que se sancionan entre los delitos contra la propiedad. En consecuencia, y de acuerdo con las reglas generales, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcionario, comete el respectivo delito contra la propiedad”. (Luis Rodríguez Collao y María Ossandón Widow, “Delitos contra la Función Pública”, Editorial Jurídica, año 2005, página 403). En este escenario doctrinal, la tesis de comunicabilidad del delito que se imputa en este proceso, a un ciudadano que no es funcionario público, es claramente dubitativa, incompatible con la garantía de la tipicidad que debe respetar todo proceso penal racional y justo, según lo ordena el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

13°.- Que, la debilidad de la comunicabilidad del autor-empleado público, al tercero defraudador según se explicó en los motivos anteriores, se superpone a otra circunstancia esencial para perseguir la responsabilidad penal como lo propone el Ministerio

Público, esto es, que el co-autor, el Diputado Jorge Sabag Villalobos sea funcionario público (cuestión absolutamente oscura en la doctrina penal dada que detenta un cargo por elección popular) y que además haya intervenido en razón de su cargo, esto es, que tiene competencia para participar en ciertas operaciones (en este caso en el otorgamiento de contratos de arrendamiento en perjuicio del Fisco) lo que no es posible dar por establecido a la luz de los antecedentes recopilados por el Ministerio Público.

14°.- Que, como corolario de las argumentaciones precedentes, la comunicabilidad de las circunstancias personales del sujeto activo al “extraneus”, es tan controvertida que ello ha sido recogido por pronunciamientos judiciales. Así, en el motivo 22° de la sentencia de 26 de octubre de 2007, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6176-07, respecto del delito de malversación de caudales públicos que se le imputaba a miembros de la familia de un exgobernante, se dijo lo siguiente “Que, de otra parte, en relación a la eventual comunicabilidad de la calidad personal especial exigida por este delito –debatida en estrados- y la consiguiente indivisibilidad del título de incriminación (dado que en la causa han sido procesados empleados públicos que tenían a su cargo caudales de esta clase), lo cierto es que la materia no es un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia nacionales, pues mientras unos sustentan la comunicabilidad absoluta, otros la niegan, también absolutamente, en tanto, una vertiente doctrinal plantea una posición relativa”.

15°.- Que, el panorama antes explicado, y teniendo en cuenta que los delitos constituyen un sistema discontinuo de ilicitudes, conductas típicas que afectan bienes jurídicos relevantes, pero que, al mismo tiempo constituyen expresión del poder punitivo del

Estado, no es posible, extender su aplicación a casos que su tenor parece no comprender, acudiendo a ejercicios interpretativos que conspiran contra la estructura típica de los mismos, lo cual arroja una conclusión inequívoca en la especie, esto es, que la figura penal que se le atribuye a Patricio Sabag Villalobos no concuerda con los hechos que sirven de soporte fáctico a la acusación. Así, atendido el mandato constitucional impuesto por el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, no es posible imponer una pena sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella. Este principio otorga una garantía inamovible del ciudadano ante el poder sancionatorio del Estado y consagra un principio de convivencia connatural a un Estado Democrático de Derecho.

16°.- Que, adicionalmente a lo expresado en las reflexiones anteriores, esta Corte estima que la decisión del juez de la instancia en cuanto a dictar el sobreseimiento que se impugna, se encuentra completamente ajustada al mérito de los hechos propuestos por la Fiscalía, como a los antecedentes aportados por los apelantes, por cuanto no es necesario prolongar la tramitación de un proceso penal, si el órgano jurisdiccional se ha formado la convicción que no existe el delito que investiga, ya que en el caso concreto, de todos los elementos de la figura delictiva por la cual se acusa, no se acreditan, - además de lo dicho respecto de la ausencia de la calidad de funcionario público del imputado y lo dudoso que es calificar de "intraneus" al Diputado, don Jorge Sabag Villalobos - otros requisitos que dicen relación con la concurrencia de los elementos de la defraudación.

17°.- Que, en este aspecto, el delito de la especie, exige para su consumación de alguna clase de engaño por la cual se causa un perjuicio, elementos propios de la estafa en cuanto delito común

contra la propiedad (Luis Rodríguez y María Ossandón, ob. citada, página 403). Luego, tanto el engaño como el perjuicio constituyen exigencias de la conducta típica que se busca sancionar respecto del imputado, exigencias que en este caso resultan de ejercicios interpretativos no pacíficos, conspirando contra la garantía de la tipicidad. Así, el engaño estaría constituido por la suscripción de un contrato de arriendo de un inmueble para desarrollar actividades de oficina parlamentaria del legislador, Jorge Sabag Villalobos, lo cual sería falso ya que el inmueble “jamás fue utilizado como sede distrital, lo que era un hecho público y notorio” (sic) según lo sostiene en la acusación el Ministerio Público, párrafo “los hechos”. Sin embargo de los propios antecedentes recopilados por la Fiscalía, algunos refieren que sí se trataba de una oficina parlamentaria, haciendo desaparecer el test de probabilidad del delito de Fraude materia de la investigación. En este mismo acápite se debe dejar asentado que no obsta a la calificación de oficina distrital la ausencia de algún letrero o señalización de encontrarse frente a esta, por cuanto ella bien pudiere emplazarse en algún edificio que no permita colocar señales de ninguna clase.

18°.- Que, en cuanto al perjuicio, de estimarse que las asignaciones de arriendo y telefonía son de propiedad del parlamentario, las cuales posibilitan el ejercicio de las funciones propias de un cargo de elección popular y dan cuenta de la independencia que se debe asegurar a los representantes de un poder del Estado, en relación a los otros poderes públicos, una supuesta incorrección en su uso, será materia propia del régimen interno de la respectiva Cámara, la cual podrá soberanamente ejercitar las medidas de control interno, sean de carácter administrativas o restitutorias en contra del congresista infractor

que no cumple el destino contemplado para la asignación, pero ello está lejos de constituir un delito, conducta típica que debe estar sancionada con antelación al castigo penal, lo que en este caso no ocurre, descartándose de esta manera toda tentación analógica en la aplicación de sanciones penales, demostrativa de una sociedad en que los derechos fundamentales pierden su eficacia, constituyendo un síntoma de regresión en la protección de los derechos humanos.

19º.- Que, concluyendo, esta Corte comparte la decisión del a quo, por cuanto prácticamente la totalidad de los elementos del delito que se atribuye a Patricio Sabag Villalobos, no se ajustan a los hechos en que se funda la acusación del Ministerio Público, descartándose la tipicidad de los mismos, salvo aventurarse en un largo, controvertido y acomodaticio ejercicio interpretativo, incompatible con un proceso racional y justo.

Por estas consideraciones, citas legales y constitucionales y lo prevenido en los artículos 253, 352, 370 y 371 y demás pertinentes del Código Procesal Penal, **se confirma, sin costas**, la sentencia de dos de noviembre de dos mil diez, dictada en audiencia por don Leonel Castro Hidalgo, Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero, que decretó el sobreseimiento definitivo en favor del imputado Patricio Hosain Sabag Galleguillos.

Regístrese y devuélvase con su custodia.

Redacción del abogado integrante, don Patricio Mella Cabrera.

Rol N° 566-2010

Concepción trece de diciembre de dos mil diez.

Vistos y teniendo presente:

1°) Que aparece del examen de los antecedentes del proceso, que se incurrió en un error de transcripción en el fallo de fecha trece de diciembre de dos mil diez.

2°) Que, en efecto, el nombre del imputado es Patricio Hosain Sabag Villalobos y no Patricio Hosain Sabag Galleguillos, como erróneamente aparece en la parte resolutive del fallo referido.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, **se rectifica** la sentencia fecha trece de diciembre de dos mil diez en el sentido de precisar que el nombre del imputado es Patricio Hosain Sabag Villalobos.

Téngase la presente resolución como parte integrante de la sentencia dictada en autos de fecha trece de diciembre de dos mil diez.

Devuélvase como está ordenado.

Rol N°566-2010 RPP