



**EN LO PRINCIPAL:** Deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita suspensión del procedimiento. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Notificaciones.

**EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

**MARIO ANDRÉS VARGAS COCIÑA**, cédula de identidad N°10.666.872-8, abogado, en representación convencional según se acreditará, de don JORGE ALEJANDRO SERRANO ESPINOSA, cédula de identidad N°9.943.251-9, ambos domiciliados para estos efectos en calle El Regidor N°66, piso 14, comuna de Las Condes, Santiago, a US. Excma. con respeto digo:

Que por este acto, vengo en requerir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y los artículos 79 a 92 del Decreto con Fuerza de Ley N°5 del año 2010 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se declare inaplicable el **artículo 233 del Código Penal**, respecto de la causa **RUC N° 1700788230-0, RIT N° 19.880-2017**, seguida ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, por los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que a continuación paso a exponer:

**I. EXPOSICIÓN CLARA DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS EN QUE SE APOYA EL REQUERIMIENTO.**

**1. Gestión judicial pendiente y legitimación activa.**

La gestión judicial pendiente en que incide la presente acción de inaplicabilidad, es una investigación que se inició con fecha 23 de agosto de 2017, dirigida en contra del señor JORGE SERRANO ESPINOSA y otros. El delito imputado es el de malversación de caudales públicos en los términos contemplados en el artículo 233 N°3 del Código Penal, ilícito que se habría perpetrado durante el periodo comprendido entre los años 2010 y 2011.

La investigación penal de los hechos se encuentra actualmente a cargo del Fiscal Regional de Magallanes y la Antártica Chilena, el Sr. Eugenio Campos Lucero, tras haber sido designado para tales efectos, investigación que actualmente se tramita bajo el RUC 1700351831-0, ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT N°19.880-2017.

Adicionalmente, se debe mencionar que la causa se encuentra formalizada, con audiencia de preparación de juicio oral fijada para el día martes 2 de noviembre de 2021, a las 9:00 horas.

En dicha gestión pendiente, el señor SERRANO ESPINOSA tiene el carácter de interviniente en calidad de imputado, según consta en el certificado que se acompaña, gozando en consecuencia de legitimación activa para interponer este requerimiento a V.S.E. de conformidad con el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República y el artículo 79 inciso primero del DFL N°5 del año 2010.

## **2. Los hechos.**

El Ministerio Público, con fecha 26 de febrero de 2020 presentó acusación en contra de don Eduardo Gordon Valcárcel, don Jorge Serrano Espinosa y doña Marcela Cuevas Muñoz por el delito de malversación de caudales públicos, conforme a los siguientes hechos:

“Los mencionados acusados, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2011, en el ejercicio de sus respectivos cargos públicos, sustrajeron y consintieron la sustracción reiterada de caudales y/o efectos públicos, por una suma aproximada de \$75.479.839.-, la que se destinó a fines no institucionales, como lo son la compra de especies, regalos y obsequios así como atenciones realizadas con motivo de cumpleaños, fiestas de navidad, de enlaces, donaciones y festividades varias, siendo gastos improcedentes y no institucionales, no coincidentes con el objeto de los gastos de representación, protocolo y ceremonial, conforme ordena el Decreto N°854 del año 2004 del Ministerio de Hacienda.

Esta sustracción de caudales públicos se ocultó por intermedio de la generación de un conjunto de documentación interna -constancias escritas- firmadas por los acusados **JORGE SERRANO ESPINOSA** y **MARCELA CUEVAS MUÑOZ**, en las que se certificaba de forma mendaz que las especies adquiridas o las atenciones realizadas, habían sido entregadas o brindadas a determinada persona o institución *“conforme a lo ordenado por el alto mando institucional y de acuerdo con las funciones propias de esta repartición”*.

Este proceder fue observado por la Contraloría General de la República durante el año 2011, en el contexto de una auditoría realizada al Departamento IV Contabilidad y Finanzas (DIGCAR) de Carabineros de Chile, que incluyó la revisión de los gastos efectuados por el Departamento de Relaciones Públicas. Así, al emitir el Pre informe de Observaciones N° 97/2011, de fecha 27 de mayo del año 2011, se cuestionó la inversión de la suma de \$21.703.191.-, que correspondían a especies adquiridas por el Departamento de Relaciones Públicas en el periodo mayo de 2010 a mayo de 2011, con cargo a la cuenta corriente fiscal N°9004165 del Banco de Estado de Chile, estimando que se destinaron a fines no institucionales, como lo eran la compra de especies, regalos y obsequios, así como a atenciones realizadas con motivo de cumpleaños, fiestas de navidad, enlaces, donaciones y festividades varias, no coincidentes con el objeto de los gastos de representación, protocolo y ceremonial, conforme ordena el Decreto N°854 del año 2004 del Ministerio de Hacienda.

El cuestionamiento de la Contraloría General de la República, unido a la finalidad de levantar la observación, evitando mayores indagaciones por parte de dicho órgano Contralor que expondría el actuar ilícito de los imputados, motivó a que el acusado **JORGE SERRANO ESPINOSA**, previo acuerdo con el acusado entonces General Director de Carabineros **EDUARDO GORDON VALCÁRCEL**, entregara un cheque de su cuenta personal del Banco BCI N°11257822, girado con fecha 08 de Junio de 2011, por la suma de \$21.703.191.-, que fue depositado en la cuenta corriente N°9004165, del Banco Estado de Chile, denominada “*giros globales de la Dirección General de Carabineros*”.

Los fondos dinerarios que el acusado **JORGE SERRANO ESPINOSA** depositó en la cuenta corriente antes singularizada, los habría obtenido por intermedio de un préstamo solicitado al Servicio de Bienestar de Carabineros de Chile, en el mes de Junio del año 2011, el cual fue tramitado irregularmente al no cumplirse con los mecanismos necesario de aprobación, establecido en el “Reglamento de la Comisión de Acción Social” de Carabineros de Chile. Dichos fondos fueron posteriormente resarcidos al acusado **JORGE SERRADNO ESPINOSA**, por parte del acusado ex General Director **EDUARDO GORDON VALCARCEL**, quien hizo entrega al primero de un vale vista bancario por la suma de \$21.703.000.-

Asimismo, los imputado ya individualizados, en el periodo comprendido entre los años 2010 a 2011, en el ejercicio de sus respectivos cargos públicos, sustrajeron caudales y/o efectos públicos y permitieron la sustracción de caudales y/o efectos públicos, por una suma de a lo menos \$53.776.648.- aproximadamente, lo que adicionado a lo detectado por la Contraloría General de la República totaliza el monto de \$75.479.839.-, suma que fue destinada a la compra de especies, regalos y obsequios, así como de atenciones realizadas con motivo de cumpleaños, fiestas de navidad, enlaces matrimoniales, donaciones y festividades varias, que no fueron efectivamente recibidos por las personas señaladas en las respectivas constancias de entrega.

Para ocultar la sustracción de esta suma no menor a \$53.776.648.-, los acusados **JORGE SERRANO ESPINOSA**, como Jefe del Departamento de

Relaciones Públicas, y **EDUARDO GORDON VALCÁRCEL**, como Director General de Carabineros, informaban a la entonces Capitán, la acusada **MARCELA CUEVAS MUÑOZ**, las especies que debían comprarse o las atenciones por costear, adquiriéndose o contrayéndose éstas en diversos establecimientos de comercio, para luego realizar los trámites administrativos necesarios que permitían que el Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros de Chile ejecutara el pago de las especies, con cargo a la cuenta corriente fiscal N°9004165 del Banco del Estado de Chile, con fondos destinados, entre otros gastos institucionales, al pago de los Gastos de Representación Protocolo y Ceremonial de Carabineros de Chile. Luego, confeccionaban la documentación interna -constancias escritas firmadas por los acusados **JORGE SERRANO ESPINOSA** y **MARCELA CUEVAS MUÑOZ**-, en que se certificaba que la especie adquirida o la atención realizada fue entregada a determinada persona o institución “*conforme a lo ordenado por el alto mando institucional y de acuerdo con las funciones propias de esta repartición (...)*”; certificaciones mendaces, pues dichos presentes o atenciones no fueron efectivamente recibidos por los destinatarios señalados en las respectivas constancias, cumpliendo éstas el único propósito de habilitar se ejecutara el pago de la respectiva factura o boleta presentada a cobro al Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros de Chile, con cargo a la cuenta corriente fiscal N°9004165 del Banco del Estado de Chile, destinada entre otros gastos institucionales. Al pago de los Gastos de Representación, Protocolo y Ceremonial de Carabineros de Chile.

A mayor abundamiento, pudo determinarse a este respecto, que incluso parte de estos presentes o atenciones, ajenos a los fines institucionales y al objeto de los fondos públicos asociados a los gastos de representación, protocolo y ceremonial, fueron entregados a personas distintas de las señaladas en las constancias, entre ellas, a familiares del acusado **EDUARDO GORDON VALCÁRCEL**, y a una funcionaria de Carabineros de Chile, entre otras personas; consistiendo dichos bienes en especies muebles, entre otros, tales como: zapatos, mesas de madera, trajes de vestir de dos piezas, una cartera de mujer, un juego de cucharas, juegos de loza, juegos de sábanas, hielera de vidrio, muñeca infantil y horno eléctrico. Pudo del mismo modo establecerse que en algunos casos, previa gestión de cambio de producto por parte de la

acusada **MARCELA CUEVAS MUÑOZ**, las especies adquiridas que se señalan en la certificación de entrega, fueron cambiadas por otras, lo que reafirma la falsedad de las respectivas constancias de entrega”.

## **II. PRECEPTO LEGAL CUYA APLICACIÓN SE IMPUGNA.**

El precepto cuya aplicación a la gestión pendiente se impugna por estimarla inconstitucional, corresponde al artículo 233 N°3 del Código Penal, cuyo tenor literal dispone:

“El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraigiere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado:

(...)

3° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con las penas de multa del doble de lo sustraído y de inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.

Este precepto es de rango legal, para los efectos del requisito previsto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 84 N°4 de la Ley N°17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

## **III. CARÁCTER DECISIVO DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA.**

Como se expuso, mi representado se encuentra siendo investigado por el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal. Así las cosas, en la gestión pendiente de audiencia de preparación de juicio oral, se aplicará el precepto legal impugnado.

**IV. EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL.**

Como se indicó anteriormente, la presente causa se encuentra con fecha de audiencia de preparación de juicio oral fijada para el día 2 de noviembre de 2021 a las 9:00 horas. Los defensores particulares de esta causa son los señores MARIO ANDRÉS VARGAS COCIÑA y JOSEFA ANDREA BEJARANO VELOSO.

**V. EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO NO HA SIDO DECLARADO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEA EJERCIENDO EL CONTROL PREVENTIVO O CONOCIENDO DE UN REQUERIMIENTO.**

**VI. INDICACIÓN CLARA DE LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE SE ADUCEN.**

Según se expondrá, se pide la inaplicabilidad en el caso concreto de la norma señalada en el artículo 233 N°3 del Código Penal, toda vez que el Ministerio Público, al acusar y pretender condenar respecto de exactamente los mismos hechos por los cuales SERRANO ESPINOSA ya fue objeto de “investigación sumaria” en una sede distinta, fundándose en la supuesta configuración del tipo penal señalado, vulnera abierta y sustancialmente el principio *non bis in ídem*.

Dicho principio se constituye por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho, lo que a su vez representa una infracción a lo dispuesto en los artículos 19 N°2 y N°3 inciso 5° de la Constitución Política de la República.

Como se puede apreciar, en el caso concreto en análisis, la investigación penal que ha dado origen a la causa RIT N° 19.880-2017 del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago tiene su fundamento en los mismos hechos que fueron analizados por la Contraloría General de la República mediante el **Pre informe de Observaciones N°97 de 2011 “Sobre Auditoría efectuada en el Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros de Chile”**.

En efecto, este Pre-informe fechado el 27 de mayo de 2011 plasma una auditoría realizada en Carabineros de Chile referida a los gastos correspondientes al periodo entre el 1 de julio y 31 de diciembre de 2010. De acuerdo con lo señalado en los objetivos del mismo *“El trabajo realizado tuvo por finalidad comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación de respaldo y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad del Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros de Chile”*.

A su vez, el pre informe N°97 adjunta como anexo un listado de los “gastos de representación improcedentes”, los que suman en total \$21.703.191, misma cifra que se me imputa hoy en día a título del delito de malversación de caudales públicos:

“Así, al emitir el Pre informe de Observaciones N° 97/2011, de fecha 27 de mayo del año 2011, se cuestionó la inversión de la suma de \$21.703.191.-, que correspondían a especies adquiridas por el Departamento de Relaciones Públicas en el periodo mayo de 2010 a mayo de 2011, con cargo a la cuenta corriente fiscal N°9004165 del Banco de Estado de Chile, estimando que se destinaron a fines no institucionales, como lo eran la compra de especies, regalos y obsequios, así como a atenciones realizadas con motivo de cumpleaños, fiestas de navidad, enlaces, donaciones y festividades varias, no coincidentes con el objeto de los gastos de representación, protocolo y ceremonial, conforme ordena el Decreto N°854 del año 2004 del Ministerio de Hacienda” **(extracto de la acusación, el destacado es propio)**.



A este respecto, el Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros respondió mediante oficio N°74 de fecha 17 de junio de 2011, los descargos al Pre informe N°97.

Definitivamente, en **Informe Final N°97 del 2011**, y como resultado de la ponderación de los antecedentes de la investigación sumaria y sopesando los descargos hechos por la institución, Contraloría concluye que “Las medidas implementadas por el Servicio permitirán dar por subsanada la observación, en la medida que se verifique su efectividad en una próxima auditoría de seguimiento a dicha Entidad”.

En efecto, a juicio de las fiscalizadoras de Contraloría, la observación se encontraba subsanada, es decir, se tomaron los resguardos necesarios y suficientes a juicio del órgano contralor, como para enmendar el error cometido en una primera oportunidad. De esta manera, Contraloría General de la República emitió un pronunciamiento sobre la base de los antecedentes que pudo observar directamente y sobre los entregados por la institución fiscalizada, en este caso, Carabineros de Chile (específicamente el Departamento IV de Contabilidad y Finanzas).

Sin embargo, y a pesar de que la investigación administrativa tuvo como conclusión un resultado favorable a esta parte y a la institución de Carabineros de Chile, el Ministerio Público abrió una arista por la investigación de los gastos de representación y un posible mal uso de los recursos en dicha área. Es así, como omite la decisión de Contraloría y sobre los mismos antecedentes, funda una investigación penal que se encuentra en avanzado estado de tramitación.

En cuanto a la infracción concreta a las normas constitucionales, la imposición conjunta de sanciones penales y administrativas constituye una abierta transgresión a lo consagrado en la Constitución Política de la

República, siendo un deber del legislador establecer un mecanismo que asegure la preferencia de la vía penal y/o administrativa, o bien establezca los criterios de gravedad que permiten una tramitación coetánea o sucesiva de ambos procesos.

En efecto, el legislador al momento de establecer un ilícito, no está exento de límites debiendo evitar que la acumulación de disposiciones y sanciones aplicables frente a un determinado hecho pueda representar en concreto un exceso legislativo.

Es aquí donde surge el deber de observancia del *non bis in ídem*, prohibiendo la aplicación desproporcionada e irracional del poder punitivo estatal. Un legislador racional procura que se impongan penas más severas o más de una pena solo en casos justificados, fundamentalmente en atención a la gravedad del ilícito.

Así las cosas, en el caso de marras se materializa una doble tramitación de, por una parte, un procedimiento administrativo y, por otra, un proceso penal; toda vez que a través de ellos se busca sancionar a una misma persona (Jorge Alejandro Serrano Espinosa), por los mismos hechos (presunta mal utilización de recursos públicos), y respecto de un mismo bien jurídico (la probidad y rectitud en el obrar).

Sobre el particular, se advierte una sobrerreacción del poder punitivo estatal, el cual mediante dos vías busca reprimir una misma conducta supuestamente desplegada por el requirente de autos, pretendiendo concretar la audiencia de preparación de juicio oral ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, con el objeto de instar por la aplicación de una pena, sin perjuicio de haber sido investigado por procedimiento administrativo, todo lo cual se traduce en una doble persecución que me mantiene en una incertidumbre que ningún Estado de Derecho moderno debiera tolerar.

A juicio de esta parte, cabe hacer presente que con la sola tramitación en paralelo de dos procedimientos (penal y administrativo) en contra de una misma persona, por los mismos hechos, se vulnera abiertamente en su vertiente procedimental el principio *non bis in ídem*.

En ese sentido, es correcto señalar que la existencia de una multiplicidad de procedimientos -penales o administrativos- cualquiera sea su orden temporal, afecta las bases sobre las cuales se sustenta el *non bis in ídem*, con el consiguiente menoscabo de la legítima confianza que las personas han depositado en el sistema jurídico. Así las cosas, el Estado debe sancionar lo injusto de una acción u omisión en una misma y única oportunidad, y no en oportunidades paralelas o sucesivas en el tiempo, lo que además -junto con generar un innecesario derroche de recursos públicos-, importaría una deficiente actuación del aparato estatal y un ejercicio desproporcionado de la potestad punitiva.

## **VII. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL.**

El Tribunal Constitucional ha resuelto que la competencia constitucional se limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Su competencia debe ceñirse a lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado, lo que se traduce en que V.S.E. no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control.

Sin embargo, “el mérito del acto impugnado” no puede inhibir al Tribunal Constitucional, sin reemplazar la voluntad del legislador, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal

órgano encargado de velar porque la aplicación de ley en el caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales.

**POR TANTO**, de conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en el artículo 93 N°6 de la Constitución, artículos 79 a 92 del DFL N°5 del año 2010 y demás disposiciones constitucionales y legales citadas,

**RUEGO A S.S. EXCMA.**, Tener por interpuesto el presente requerimiento de inaplicabilidad, acogerlo a tramitación y declararlo admisible para, luego de darle tramitación legal correspondiente, declarar:

1. Que la aplicación del artículo 233 N°3 del Código Penal, en la causa RUC N° 1700788230-0, RIT N° 19.880-2017 seguida ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, es contraria a la Constitución Política de la República, por lo que se lo declara inaplicable al caso concreto;
2. Que se condena en costas al Ministerio Público en la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento, en caso de que se opongán a él.

**PRIMER OTROSÍ: RUEGO A S.S. EXCMA.**, tener por acompañados como prueba de los hechos que fundamentan el presente requerimiento y de sus requisitos de admisibilidad, los siguientes:

1. Mandato judicial de don Jorge Alejandro Serrano Espinosa al suscrito Mario Andrés Vargas Cociña, de fecha 18 de octubre de 2017, ante el Notario Público don Patricio Raby Benavente.
2. Certificado de gestión pendiente, suscrito por la Jefa de la unidad de administración de causas del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RUC N° 1700788230-0, RIT N° 19.880-2017, el que con fecha 19 de octubre de 2021 certifica la existencia de la causa en que incide este requerimiento, el estado en que se encuentra, la

calidad de interviniente del requirente, la existencia de gestión pendiente en la que incide el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, además del nombre y domicilio de las partes y sus apoderados.

3. Copia de Pre informe de observaciones N°97/2011 del 27 de mayo de 2011 emitido por la División de Auditoría Administrativa de Contraloría General de la República.
4. Copia del Oficio N°74 del 17 de junio de 2011 del Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros en respuesta al pre informe de observaciones.
5. Copia del Informe Final N°97/2011 sobre Auditoría efectuada en el Departamento IV de Contabilidad, del 12 de agosto de 2011 en que plasma sus conclusiones sobre las observaciones realizadas.

**SEGUNDO OTROSÍ: RUEGO A S.S. EXCMA.**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 32 N°3 de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, decretar la suspensión del procedimiento en la causa RUC N° 1700788230-0, RIT N° 19.880-2017, seguida ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Se hace presente además que esta petición resulta fundamental, de manera que la no concesión de esta suspensión acarrearía la inutilidad del requerimiento y la imposibilidad de llevar a cabo lo que en él se decida.

Se corre entonces el riesgo de consolidar y hacer irreversible la situación de privación de los derechos y garantías constitucionales anteriormente detallados que me asisten, por lo que la concesión de la suspensión requerida se torna urgente.

Así las cosas, no se aprecia obstáculo alguno que se oponga a la procedencia de la suspensión del procedimiento.

**TERCER OTROSÍ: RUEGO A S.S. EXCMA.**, tener presente que en virtud de las facultades que me otorga el mandato judicial que se acompaña en el primer otrosí de este libelo y, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio y comparecencia en los presentes autos, fijando domicilio en calle El Regidor N°66, piso 14, comuna de Las Condes, Santiago.

**CUARTO OTROSÍ: RUEGO A S.S. EXCMA.**, autorizar para que a esta parte le sean notificadas todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias a las casillas de correo electrónico: [mv@vbb.cl](mailto:mv@vbb.cl) y [mppenaloza@lagosyasociados.cl](mailto:mppenaloza@lagosyasociados.cl).