



EN LO PRINCIPAL: INTERPONE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD; EN EL PRIMER OTROSÍ: SOLICITA LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO, DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 85 DE LA LEY N°17.997; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; EN EL TERCER OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EDGAR FERNANDO ILIGARAY KOO, abogado, cédula de identidad N°11.816.321-4, domiciliado en calle Simón Bolívar N°202, Oficina 505, comuna y ciudad de Iquique, en calidad de mandatario judicial, -según se acredita con copias de escrituras públicas de mandato judicial amplio que se acompañan-, de don **DIMITRI ANDRÉS DÍAZ NEIRA**, empresario, cédula de identidad N°10.741.632-3, y de don **RICARDO ALEXIS PERCIC BECERRA**, empresario, cédula de identidad N°10.022.222-1 ambos de mi mismo domicilio para estos efectos, a V.S. Excma. respetuosamente digo:

Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 93 N°6, inciso undécimo, de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), y en los artículos 31 N°6 y 79 y siguientes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante LOCTC), y demás normas pertinentes, vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a fin de que sea declarado inaplicable el precepto legal contenido en el **inciso segundo del artículo 64 del Código Penal**, ello, por cuanto su aplicación en concreto en la gestión pendiente que se indicará, ante el Juzgado de Garantía de Iquique, deviene en sendas infracciones constitucionales, dado que en virtud de dicha disposición el Ministerio Público pretende se comunique o transmita a terceros *extraneus*, -como es el caso de mis mandantes, imputados en la gestión pendiente en referencia-, la calidad especial del sujeto activo del delito de Fraude al Fisco, tipificado y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, con la consiguiente infracción al (1) Principio de Taxatividad, reconocido en el artículo 19 N°3, inciso final, de la Carta Fundamental; (2) Proporcionalidad reconocido en el artículo 19, N°s 2 y 3, inciso sexto, de la CPR, (3) a la Igualdad ante la Ley, reconocida en el mismo artículo 19 N°2, recién citado, y (4) el derecho a un justo y racional procedimiento, consagrado en el mencionado inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 CPR, conforme se expondrá más adelante.

De este modo, y según se dejará en evidencia, la norma legal que

no resulta contraria a la Carta Fundamental, en su aplicación concreta al caso que indicaré.



I.- Antecedentes respecto a la gestión pendiente en que incide la norma legal cuestionada.

La gestión pendiente en la cual incide el presente requerimiento corresponde a un proceso penal iniciado por querrela presentada con fecha 15 de abril de 2021, por los señores Matías Ramírez Pascal (ex concejal de Iquique, y actual Diputado de la República), Enzo Morales Norambuena y Hugo Gutiérrez Gálvez (ex Diputado de la República), y don Pedro Cisternas Flores (ex consejero regional), en contra del ex Intendente de la Región de Tarapacá, don Miguel Ángel Quezada Torres y en contra de todos quienes resulten responsables, por los delitos de Fraude al Fisco y Tráfico de Influencias, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Iquique, RIT N°6553-2020, el que actualmente se encuentra en la etapa de realizarse la audiencia de formalización de la investigación respecto de nueve imputados, programada para el próximo 13 de diciembre de 2022.

El Sr. Fiscal Adjunto a cargo de la respectiva investigación penal, don Juan Zepeda Elgarrista, solicitó con fecha 27 de octubre de 2022, dicha audiencia para formalizar la investigación por el delito de Fraude al Fisco y Organismos del Estado, artículo 239 del Código Penal, respecto de los siguientes tres ex funcionarios públicos: 1° **MIGUEL ANGEL QUEZADA TORRES**, ex Intendente de Tarapacá; 2° **LILIAN SOLEDAD PLAZA BRAVO**, ex Jefa de Gabinete del Intendente; y 3° **JHONNY CESAR MUÑOZ CANCINO**, ex Jefe de la División de Administración y Finanzas del Gobierno Regional de Tarapacá. Y, también, respecto de los siguientes seis particulares: 4° **LORENA ANDREA BARRIENTOS RAMIREZ**; 5° **JUAN CARLOS AYALA BRITO**; 6° **XIMENA ANDREA CIUDAD VARELA**; 7° **JORGE IGNACIO VENEGAS LOPEZ**; 8° **DIMITRI ANDRES DIAZ NEIRA**; 9° **RICARDO ALEXIS PERCIC BECERRA**.

A todo todos ellos el Sr. Fiscal les atribuye calidad de “**autores**” en el ilícito antes referido en su petición de audiencia de formalización.

Los hechos imputados en la querrela y respecto de los cuales se ha verificado la investigación penal dicen relación con la adquisición y entrega de 23.113 canastas familiares o cajas de mercaderías por la Intendencia de Tarapacá, en el contexto de la pandemia por COVID 19, por la suma total de \$1.190.887.000.- del Fondo Regional de Emergencia, a través de trato directo con los siguientes tres proveedores: (i) Lorena Barrientos Ramírez, respecto de 7.457 cajas, de un valor unitario de \$52.500, por un valor total de \$391.492.500.-; (ii) Sociedad V y L Deportes Limitada, respecto de 7.650 cajas, de un valor unitario de \$51.180, por un valor total de \$391.527.000. -, y (iii) DID Sonido y Compañía SPA, respecto de 8.006 cajas, de un valor unitario de \$50.944, por un valor total de \$407.857.664.-

En virtud de una auditoría practicada por la Contraloría Regional de Tarapacá en la Intendencia Regional de Tarapacá respecto a la adquisición y distribución de canastas de alimentos y elementos de limpieza asociados al plan gubernamental denominado “*Alimentos para Chile*”, ejecutado en el contexto de la situación de emergencia que afectó al país por el brote de COVID-19, el Órgano Contralor emitió su Informe Final N°432, de fecha 04 de marzo de 2021 (acompañado a la querrela antes indicada), mediante el cual concluyó que existió “*sobreprecio*” de las cajas de alimentos, por un total de \$232.450.393, de los cuales \$82.273.081.- corresponden a la proveedora Barrientos; \$74.304.450.-, respecto del proveedor Sociedad V y L Deportes, y \$75.872.862.-, respecto del proveedor DID Sonido y Compañía SpA., considerando al efecto cotizaciones en el comercio local y costos asociados.

Mediante la solicitud de audiencia para la formalización de la investigación, efectuada por el Fiscal Adjunto antes señalado ha quedado de manifiesto que, en criterio de dicho persecutor penal, todos los imputados deben responder como “*autores*” del delito de Fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, sin distinguir entre quienes poseían la calidad especial del sujeto activo de “*empleado público*” y los terceros extraños copartícipes que no detentan dicha calidad.

Es decir, para el Ministerio Público dicha calidad de “*empleado público*” se comunica a dichos terceros *extraneus*.

La fuente legal de dicha comunicabilidad se halla en el inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, norma que consta de dos incisos.

II.- Procedencia de la acción de inaplicabilidad que ahora interpongo.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República, el Excmo. Tribunal Constitucional, en uso de sus facultades de control concreto de constitucionalidad, puede resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal, cuya aplicación en cualquier **gestión pendiente de un procedimiento seguido ante un Tribunal ordinario o especial**, resulte contraria a la Constitución.

En la especie, y conforme consta de la certificación que se adjunta a esta presentación, actualmente represento procesalmente a don Dimitri Andrés Díaz Neira y a don Ricardo Alexis Percic Becerra, amos particulares imputados en el proceso penal sustanciado ente el Juzgado de Garantía de Iquique, RIT N°6553-2020, procedimiento que se encuentra en la etapa de verificarse la audiencia de formalización de la investigación, programada para el próximo 13 de diciembre de 2022.

Conforme a lo anterior y a lo establecido en el inciso primero del artículo 79 de la LOCTC mis mandantes se encuentran legitimados para deducir la presente acción de inaplicabilidad.

Así, en el caso concreto, solicito a V.S. Excma. la declaración de inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, por cuanto dicha preceptiva permite la comunicabilidad de la calidad especial de empleado público a los terceros *extraneus*, -entre los que se cuentan mis representados- , lo que implica que puedan ser formalizados en calidad de autores del ilícito de Fraude al Fisco, aun cuando carecieran de tal condición, ya que se trata de particulares.

Lo anterior tiene graves implicancias, por cuanto la pena asignada por el legislador a los autores de dicho delito es de crimen según el monto de lo supuestamente defraudado (artículo 21 del Código Penal), específicamente la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (de cinco años y un día a quince años), de conformidad al inciso tercero del artículo 239 del Código Penal, toda vez que permite a su respecto solicitar y disponer la medida cautelar personal de prisión preventiva, en virtud de lo establecido en el inciso cuarto del artículo 140 del Código Procesal Penal, en que se indica que “*Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra...*”.

III.- Precepto legal contrario a la Constitución.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 93 N°6 de la CPR se requiere que la norma cuya inaplicabilidad se alega, tenga rango legal.

En este caso, la norma que infringe disposiciones constitucionales lo constituye el inciso segundo del artículo 64 del Código Penal. Dicho artículo señala en sus dos incisos lo siguiente:

“Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren.

*Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente **de los que tuvieron conocimiento de ellas** antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.* (el destacado es nuestro).

Conforme a este segundo inciso, y para quienes aceptan la comunicabilidad, si el *extraneus* conoce la calidad de funcionario público del copartícipe en los hechos antes o en el momento del hecho punible, le sería transmitida dicho elemento integrante del tipo penal.

Ha existido gran discusión doctrinaria acerca de la comunicabilidad de circunstancias o elementos del tipo, es decir, “...*si puede o no estimarse que los autores o partícipes en sentido restringido -que no tienen la cualidad específica exigida por un tipo concreto- quedan ligados jurídicamente a la misma suerte o cualificación típica de aquellos autores o partícipes que sí poseen una cualidad típica...*” (página 224 del Artículo denominado “*La comunicabilidad en el Derecho Penal chileno a partir de su interpretación práctica, Mirada crítica a su formulación como “Principio del Derecho”*”, del profesor de Derecho Penal, Alejandro Leiva López, publicado en Revista de Derecho de la U.C. de Valparaíso, XLIV, segundo semestre, 2017).

De acuerdo lo expone el profesor Leiva en su trabajo recién citado, el artículo 64 se incorporó “...*para resolver la cuestión que deriva de la participación de varios sujetos en un mismo delito en orden a si las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que afectan a uno o más de ellos alcanzan también a los demás. La posibilidad de que circunstancias que concurren en un delincuente pueden transmitirse a los otros que participan en el mismo delito, respecto de la magnitud de pena, se ha llamado la “comunicabilidad de circunstancias atenuantes y agravantes”...*” (página 226).

Y agregó: “*Sobre la aplicación de la norma, parece relevante detenerse en su extensión respecto a otros supuestos de participación. Así, se ha entendido que la misma no solo se referiría a circunstancias atenuantes y agravantes, sino también a circunstancias excluyentes; a las causas de justificación; las de inimputabilidad; inculpabilidad; las excusas legales absolutorias; e incluso a los elementos típicos de un tipo, como lo sería el caso examinado del empleado público en los delitos funcionarios.*” (página 226). El destacado des nuestro.

El mismo autor señaló que: “*Se reconocen distintas posiciones doctrinarias que han pretendido darle contenido a la comunicabilidad o incomunicabilidad de las calidades especiales que ciertos tipos exigen que concurren en el autor del hecho. En este sentido, se distinguen tres grandes tesis: **la primera**, conocida como la **de los comunicantes extremos**, fundados principalmente en el denominado principio de indivisibilidad del título de imputación, en virtud de la cual todos los partícipes deben ser sancionados por la misma figura pues se trata de un hecho único que no puede ser considerado jurídicamente de diferente manera para cada uno de los que intervienen*

conjuntamente...”(página 230). Partidarios de esta tesis son Eduardo Novoa Monreal y Mario Garrido Montt, con matices, entre otros.

*“...Una **segunda** tesis, denominada como la de **los incommunicantes limitados**, la cual distingue casos de incommunicabilidad, principal por la separación entre delitos especiales propios e impropios. En los delitos especiales propios el tipo penal designa como autor a sujetos que poseen una calidad especial, sin que se contemple un tipo penal aplicable a los sujetos que no la posean, como es el caso del delito de prevaricación. En estos casos, se comunica la calidad especial exigida en el tipo pues no existe una figura residual aplicable al extraneus, evitándose así lagunas de punibilidad...En cambio, son delitos especiales impropios, aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero en los cuales la calidad especial del sujeto agrava la penalidad, existiendo un tipo base o residual aplicable a los que no la posean, como sería el caso del delito de fraude al Fisco en relación al de estafa. En estos casos y en aplicación del artículo 64, la calidad especial no se comunica al extraneus, quien responde por el tipo residual que fuere aplicable...”* (páginas 231 y 232). Partidarios de esta posición son Alfredo Etcheberry, Juan Bustos, Francisco Grisolia, Gustavo Labatut Glenda, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, entre otros.

*“...Finalmente se encuentran los denominados **incommunicantes extremos**, tesis en virtud de la cual cada partícipe debe ser castigado según la naturaleza del injusto que cometen, por lo que nunca procede extender el injusto de otro.”* (página 233). Partidario de esta posición era don Enrique Cury Urzúa.

Adicionalmente, existen fallos en que se ha aplicado la comunicabilidad de la calidad de empleado público, precisamente por el conocimiento de aquella que tendrían los terceros *extraneus* partícipes, es decir, en base al inciso segundo del artículo 64 del Código Penal. Así por ejemplo aconteció en sentencia Recurso de Nulidad de la Excm. Corte Suprema, Rol N°17.014-2015.

Sobre la materia en análisis el Doctor en Derecho, don Gustavo Balmaceda Hoyos, en su artículo *“Comunicabilidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al Fraude al Fisco”*, publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, N°2, año 2012, páginas 45 a 81, señaló: *“En los últimos años, diversos autores han comenzado a analizar la problemática de los delitos que exigen una calidad especial en su sujeto activo desde la perspectiva de la teoría de los delitos de infracción de deber. En la doctrina nacional, podemos mencionar a Rodríguez / Ossandón, Van Weezel y Hawda. Rodríguez / Ossandón desarrollan la tesis que esta clase de delitos puede ser*

explicada según la teoría de los delitos de infracción de deber, acercándose a la doctrina planteada por Jakobs y Sánchez-Vera. En un reciente estudio, Ossandón ha continuado desarrollando la cuestión y ahora considera que si bien en los delitos de infracción de deber el extraneus jamás podrá ser autor, en cuanto no tiene el deber que le sirve de fundamento al tipo penal, sí podrá ser partícipe en el mismo. Refiriéndose al caso de la malversación y fraude al Fisco, ha señalado que el extraneus “siempre puede ser partícipe, pues aunque no resulta competente para infringir directamente la norma penal que emana del artículo 233 o 239, bien se le puede imputar una colaboración en la infracción del deber del funcionario”. A juicio de la autora, dado que este deber es secundario, no puede fundamentar ninguna forma de autoría respecto de estos delitos de infracción de deber, aunque el particular tenga el dominio de la situación fáctica; es el funcionario obligado a proteger el patrimonio fiscal quien tiene la competencia primaria, pues a él se dirige la norma penal” (pagina 69).

En el mismo trabajo el profesor Balmaceda aclaró acerca de la clasificación de delitos especiales, que: *“Entendemos que son **delitos especiales** aquellos “de los que solo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”. Se distinguen dos clases de ellos, los **delitos especiales propios**, en los cuales el tipo penal designa como autor a sujetos que poseen una calidad especial, sin existir una figura delictiva aplicable a los sujetos que no la posea; y los **delitos especiales impropios**, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero en los cuales la calidad especial del sujeto agrava la penalidad, existiendo una figura base o residual aplicable a los que no la posean.”* (página 49). El destacado es nuestro.

Añadió luego el autor Balmaceda: *“Respecto del fraude al Fisco, se señala también que se trataría de un delito especial impropio. Un sector estima que se trataría de una forma de estafa o defraudación, por lo que el art. 239 exigiría para su consumación del engaño y el perjuicio propios de la estafa. Comprendido así, sería posible entonces –señalan Politoff / Matus / Ramírez– sancionar al tercero extraneus que participa con el funcionario, ya sea a título de estafa (artículos 46829 y 47330 del CP chileno) o de estafa especial del art. 470 N° 831 del mismo cuerpo legal recién referido.”* (página 51). El destacado es nuestro.

De esta forma, la pretensión del Ministerio Público de considerar como “autores” del delito de Fraude al Fisco a terceros extraneus que no poseen la calidad de funcionario público, implica aplicar el inciso segundo del artículo 64 al caso concreto en referencia, conllevando vulneración de la Carta Fundamental de acuerdo se pasará a indicar.

La normativa legal cuestionada no ha sido objeto de un requerimiento de inaplicabilidad anterior del que tengamos conocimiento.

El carácter decisivo de la disposición legal que ahora cuestionamos por su contradicción con la Carta Fundamental, deriva de la circunstancia de que, en la gestión pendiente, podría formalizarse, imponerse la medida cautelar personal de prisión preventiva, acusarse, y eventualmente, condenarse a mis mandantes (particulares) como autores delito de Fraude al Fisco, establecido en el artículo 239 del Código Penal, en circunstancias de que no poseía a la fecha de los hechos investigados (mediados del año 2020) ni posee actualmente la calidad de funcionario público, elemento del tipo penal que le es comunicada o transmitida en virtud del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal.

La aplicación del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, al caso concreto, generará efectos manifiestamente contrarios a la Constitución, en particular en cuanto afectar (i) el Principio de Taxatividad, -que excluye la analogía “*in malam partem*”-, (ii) el Principio de la Proporcionalidad, (iii) el derecho de mis representados a ser tratado con igualdad ante la Ley, y (iv) el derecho a ser juzgado en un justo y racional procedimiento.

Mediante la presente acción se analizará únicamente si la norma en cuestión, aplicada al caso concreto, genera un efecto contrario a la Constitución y, por lo tanto, es inaplicable. No pretendo discutir la existencia del delito atribuido por el Ministerio Público a mis representados y tampoco una correcta o incorrecta interpretación del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal.

(i) **Norma cuestionada vulnera el Principio de Taxatividad.**

Uno de los principios fundamentales del Derecho Penal lo constituye el de Taxatividad, que “...*significa que, al definir las conductas delictivas, y prever las correspondientes penas, la ley debe satisfacer un mínimo de claridad, precisión y de determinación. A la vista de la ley penal, los ciudadanos deben poder saber con un margen razonable de certidumbre cuál es el comportamiento prohibido y cuál es la sanción de la infracción...*” (página 7 de la ponencia presentada en octubre de 2018, del Sr. Ministro del Tribunal Constitucional, don Nelson Pozo Silva, en Seminario realizado en Argentina, “*Principios de Taxatividad, Constitución y Proceso Penal*”).

Este mandato de determinación está recogido en el inciso final del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al señalarse: “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.*”

Como señala el Ministro Sr. Pozo: “Esta exigencia de taxatividad no opera sólo en el momento de la elaboración de la ley penal, **sino también, en el de su interpretación y aplicación**. En este mismo sentido, la taxatividad excluye la analogía “in malam partem”, dado que la ley debe ser clara, precisa y determinada. No puede ser aplicada en perjuicio del reo en supuestos distintos a los previstos expresamente por ella misma...” (página 8 de la ponencia antes citada). El destacado es nuestro.

El Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado sobre la prohibición de aplicación analógica: *De acuerdo con los principios generales del derecho las normas de carácter penal deben entenderse en sentido estricto y no por analogía, correspondiendo las sanciones a conductas expresamente tipificadas. (STC, 163, c.12) (En el mismo sentido, STC 1281, c.24, STC 1351, c.39, STC 1352, c.39, STC 2615, c.27.*

En la gestión pendiente en la que inciden las normas legales cuestionadas, la pretensión del Ministerio Público busca hacer aplicable a los *extraneus* el delito de Fraude al Fisco tipificado en el artículo 239 del Código Penal, por vía de la comunicabilidad de la calidad de funcionario público a dichos partícipes, en base al inciso segundo del artículo 64 del Código Punitivo.

Tal proceder sin duda alguna vulnera el Principio de Taxatividad, ya que el artículo 64 en análisis no efectúa ninguna referencia a los elementos del tipo, -como lo es la calidad de empleado público del artículo 239 del Código Penal-, ya que ocupa la expresión “*circunstancias*”, de tal forma que al efectuar una analogía “*in mala partem*” se trasgrede así la taxatividad.

(ii) **Norma cuestionada vulnera el Principio de Proporcionalidad. (Prohibición de exceso).**

El profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, don Humberto Nogueira Alcalá, refiriéndose a jurisprudencia de este Exmo. Tribunal, ha señalado en su obra “*Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*”, Tomo I, Librotecnia, Santiago, 2008, que: “*El principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional chileno en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (art. 6 y 7 y 19 n° 2 de la Carta fundamental) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art.19 n°26), además del valor justicia inherente al Derecho. Por ello, lo que no puede dar lugar a dudas es que el límite al despliegue de cualquier actividad legislativa que pretenda regular o limitar dicho contenido esencial, viene dado por el art. 19 número 26 y el art. 5 inciso segundo de la Carta fundamental, quedándole proscrito cruzar*

esa frontera sin afectar al derecho en sí mismo, lo que siempre es inconstitucional. Dicho contenido sólo puede ser determinado por el constituyente originario o estatuido y por los tratados internacionales que contengan derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Por su parte, don Hernán Fuentes Cubillos, Magíster en Derecho Penal e investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Campus Santiago, ha señalado en su artículo *“El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal. Consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”*, publicado en Revista Ius et Praxis, N°2, año 14, páginas 15 a 42, que:

“En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.

Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.” (páginas 19 y 20).

El mismo autor añadió en la página 29 de su trabajo: *“Los profesores Politoff, Matus, y Ramírez, ubican al principio de proporcionalidad junto con el de legalidad, última ratio, el principio de lesividad y tutela de bienes jurídicos, y el principio de culpabilidad, dentro de los criterios de legitimación provisoria del sistema penal. Sin mencionar directamente que se trata de un principio constitucional justifican su existencia invocando razones de lógica y de justicia material señalando que “este principio postula la proporcionalidad entre la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de culpabilidad del hecho”.*

En la gestión pendiente antes referida, la aplicación del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, implicará una abierta trasgresión de este Principio de Proporcionalidad, ya que se tratará como autor del ilícito de Fraude al Fisco a terceros *extraneus*, lo que se traduce en el riesgo de una sanción penal desproporcionada, en circunstancias de carecer de la cualidad especial exigida para el sujeto activo, esto es, de ser empleado público.

(iii) Norma cuestionada vulnera el Principio de Igualdad ante la Ley.

En sentencia de este Excmo. Tribunal Constitucional en autos Rol N°1138, ha señalado que *"la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición"*.

El artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental establece esta igualdad ante la ley en su inciso primero.

Conforme a dicho principio constitucional, la circunstancia de comunicarse la calidad de funcionarios públicos a los partícipes particulares, *extraneus*, por aplicación del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, en la situación que nos ocupa referida al delito de Fraude al Fisco, importa una vulneración de dicha preceptiva constitucional.

(iv) Norma cuestionada vulnera el derecho a un debido proceso.

El artículo 19 N°3, inciso sexto, de la CPR establece: *"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre Las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"*.

Entre los elementos propios de un justo y racional proceso penal se encuentra el que cada uno de los imputados responda según su participación en el hecho punible.

En el caso del Fraude al Fisco por el cual serán formalizados mis mandantes el próximo 13 de diciembre de 2022, el Ministerio Público y querellantes le atribuyen autoría en ilícito de Fraude al Fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal, siendo que no poseían a la fecha de los hechos investigados ni poseen actualmente la cualidad especial del sujeto activo exigido en dicho delito, es decir, la de funcionario público.

La comunicabilidad de dicho elemento integrante del tipo penal a particulares *extraneus*, en base a lo establecido en el inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, constituye una vulneración del derecho constitucional a un racional y justo procedimiento, ya que se busca hacer responsable a particulares por un ilícito en que el legislador no lo considera autor.

Es dable indicar que tal comunicabilidad se pretende a partir de la circunstancia que los particulares *extraneus*, partícipes del hecho punible, tendrían conocimiento de la calidad de empleado público de otros partícipes antes o en el momento de la acción.

Conclusión.

En suma, aplicación de la cuestionada disposición legal (inciso segundo del artículo 64 del Código Penal) al caso concreto antes mencionado (proceso penal por delito de Fraude al Fisco, RIT N° 6553-2020, seguido ante el Juzgado de Garantía de Iquique), implicará comunicarle a particulares *extraneus* la calidad de funcionario público de la que carecen, generando los efectos contrarios a la Constitución que hemos señalado, esto es, la vulneración de los Principios de Taxatividad y de Proporcionalidad, afectación del derecho de mis mandantes a ser tratados con igualdad ante la Ley y su derecho a ser juzgado en un justo y racional procedimiento.

Como lo ha expresado el autor Francisco Zúñiga en la página 130 de su obra *“Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales”*. Santiago: Legal Publishing Chile, *“...si la acción de inaplicabilidad importa un control concreto de constitucionalidad, la contradicción debe ser resultado de la “aplicación” del precepto legal impugnado al asunto específico en que se constituye en derecho material aplicable”*.

POR TANTO,

SÍRVASE V.S. EXCMA., tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, en cuanto produce un efecto inconstitucional en la gestión pendiente existente ante el Juzgado de Garantía de Iquique, RIT N°6553-2020, -en la que mis mandantes, don Dimitri Andrés Díaz Neira y don Ricardo Alexis Percic Becerra son imputados-, de la forma descrita en el presente recurso, por resultar dicha disposición legal en su aplicación concreta a dicho caso, contraria a los Principios de Taxatividad y Proporcionalidad, establecidos en la Carta Fundamental, a la Igualdad ante la Ley, consagrada en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y el derecho a ser juzgado en un procedimiento racional y justo, establecido en el numeral tercero, inciso sexto, del artículo 19 citado; admitirlo a tramitación, y en definitiva, declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto.

EN EL PRIMER OTROSÍ: SÍRVASE V.S. EXCMA., a través de la sala que proceda, disponer de conformidad a lo establecido en el artículo 85 de la LOCTC, la suspensión de procedimiento en que incide la presente acción de inaplicabilidad, esto es, el proceso penal sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Iquique, RIT N°6553-2020, particularmente la audiencia de formalización agendada para el próximo 13 de diciembre de 2022, respecto de mis mandantes, oficiándose al efecto, de conformidad a lo dispuesto en el N°6 del inciso primero e inciso undécimo del artículo 93 de la CPR, toda vez que se cumplen los presupuestos para ello, dado que sin la suspensión solicitada del procedimiento seguido ante dicho Juzgado de Garantía antes indicado, se podrá llevar adelante la referida audiencia de formalización en la que el Ministerio Público les imputará la calidad de autores del delito de Fraude al Fisco a mis mandantes, por aplicación de la norma legal cuestionada a través de la presente acción, y, consecuentemente, tratarse y eventualmente adoptarse la medida cautelar de prisión preventiva a su respecto, conforme a la penalidad fijada en el inciso tercero del artículo 239 del Código Penal, en relación con el inciso cuarto del artículo 140 del Código Procesal Penal, haciéndose ilusoria la tutela constitucional de las garantías hecha valer en el presente caso.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: SÍRVASE V.S. EXCMA., tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Certificado emanado del Juzgado de Garantía de Iquique, en autos RIT N°6553-2020, correspondiente al proceso penal en que incide la presente acción de inaplicabilidad, y del que constan los antecedentes a que se refiere el inciso segundo del artículo 79 de la LOCTC, particularmente la calidad de imputados (querellados) de mis mandantes.
- 2.- Copia de la escritura pública de mandato judicial amplio que me otorgara don Dimitri Andrés Díaz Neira, ante el notario público de Iquique, don Néstor Araya Blazima, de fecha 10 de febrero de 2022, de la que consta mi representación y facultades otorgadas.
- 3.- Copia de la escritura pública de mandato judicial amplio que me otorgara don Ricardo Alexis Percic Becerra, ante el notario público de Iquique, don Dario Chacón Vicentelo, de fecha 30 de noviembre de 2022, de la que consta mi representación y facultades otorgadas.
- 3.- Copia de la presentación efectuada al Juzgado de Garantía de Iquique, en causa RIT N°6553-2020, por el Sr. Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Iquique, don Juan Zepeda Elgarrista, de fecha 27 de octubre de 2022, por medio de la cual solicitó la fijación de audiencia para formalización de la investigación a su cargo, por el delito de Fraude al Fisco, establecido en el artículo 239 del Código

Penal respecto de nueve imputados, entre los que incluyó a mis mandantes, don Dimitri Andrés Díaz Neira y don Ricardo Percic Becerra, a todos quienes considera como “autores” del mismo ilícito, lo que implica que en criterio de dicho persecutor penal, se comunica a los particulares partícipes en los hechos (entre los que se cuentan mis representados), es decir, extraneus, la calidad especial de empleado público que posee el sujeto activo del delito en referencia, lo cual, a su vez, se produce por lo establecido en el inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, norma respecto de la cual se ha deducido la presente acción.

4.- Copia de la resolución del Juzgado de Garantía de Iquique, de fecha 27 octubre de 2022, mediante la cual fijó audiencia de formalización de investigación, en causa RIT N°6553-2020, para el próximo 13 de diciembre de 2022.

TERCER OTROSÍ: SÍRVASE V.S. EXCMA., tener presente que, de conformidad a mi representación convencional de don Dimitri Andrés Díaz Neira y de don Ricardo Alexis Percic Becerra, la que consta de las copias de mandatos judiciales que se acompaña, y en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumo personalmente el patrocinio y poder del presente requerimiento, sin perjuicio de delegar poder con posterioridad, teniendo como email el siguiente: edgar@iligaray.cl