



EN LO PRINCIPAL: INTERPONE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD; EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTO; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

NELSON ROCCO GUZMÁN, abogado, cédula de identidad N°8.711.665--4, domiciliado en Paseo Huérfanos N°1117, oficina 511, comuna de Santiago, en calidad de mandatario judicial de don **Dimitri Díaz Neira** y don **Ricardo Percic Becerra**, conforme se acredita con copia de escritura pública de mandato judicial amplio que acompaño, 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 sean declarados inaplicables los preceptos legales contenidos en los **artículos 64, inciso segundo, y 239 del Código Penal**, ello, por cuanto su aplicación en concreto en la



gestión pendiente que se indicará, seguida ante el Juzgado de Garantía de Iquique, deviene en sendas infracciones constitucionales, dado que la primera disposición permitiría la comunicabilidad de una calidad especial exigida en un tipo penal a terceros que no la poseen, y la segunda disposición legal tipifica y sanciona a los responsables del delito de Fraude al Fisco, exigiendo al sujeto activo la calidad especial de “*empleado público*”, cualidad que el Ministerio Público pretende se comunique o transmita a terceros *extraneus* que no detentan tal calidad especial en la gestión pendiente, correspondiente a proceso penal RIT N°6553-2020, el que se sustancia ante el referido Tribunal, 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, conforme se expondrá más adelante.

De este modo, y según se dejará en evidencia, las normas legales que se cuestionan resultan contrarias a la Carta Fundamental, en su aplicación concreta al caso indicado.

<p>I.- Antecedentes respecto a la gestión pendiente en que incide la norma legal cuestionada.</p>
--

La gestión pendiente en la cual incide el presente requerimiento corresponde a una investigación penal iniciada por denuncia ingresada ante la Fiscalía Local de Iquique con fecha 04 de agosto de 2020, siendo denunciados los señores Matías Ramírez Pascal (ex concejal de Iquique, y actual Diputado de la República), Hugo Gutiérrez Gálvez (ex Diputado de la República), y don Pedro Cisternas Flores (ex consejero regional), “...*en contra de todos quienes resulten responsables por la adquisición vía trato directo de cajas de alimentos por parte de la Intendencia Regional de Tarapacá en el contexto de la emergencia sanitaria del Covid 19 y los traspasos a instituciones privadas para el cumplimiento de dichos fines...*”. Según tal denuncia los hechos denunciados tipificarían entre otros delitos el de Fraude al Fisco.

Luego, con fecha 15 de abril de 2021 los mismos denunciados, junto al abogado Enzo Morales Norambuena, presentaron una querrela ante el Juzgado de Garantía de Iquique, 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 mismos hechos, otorgándose a tal causa el RIT N°6653-2020.

La investigación fue formalizada respecto de nueve imputados en audiencia celebrada ante el Juzgado de Garantía de Iquique el 13 de diciembre de 2022, oportunidad en que se fijó como plazo de tal investigación un año. Entre los imputados se cuentan mis mandantes, don Dimitri Díaz Neira y don Ricardo Percic Becerra.

El Sr. Fiscal Adjunto a cargo de la respectiva investigación penal, don Juan Zepeda Elgarrista, formalizó 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.

Los hechos imputados en la formalización de la investigación 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 durante el año 2020, 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.

Hago presente V.S. Excma. que mis representados, Sres. Dimitri Díaz Neira y Ricardo Percic Becerra, son socios y propietarios de la empresa proveedora DID Sonido y Compañía SpA, siendo el primero de ellos su único representante legal.

Mediante la formalización de la investigación, efectuada por el Fiscal Adjunto antes señalado les fue atribuida a los nueve imputados la calidad de “*autores*” en el ilícito 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, particulares, que no detentan dicha calidad exigida en el tipo penal, señalando expresamente que, en su criterio, dicha calidad de “*empleado público*” se comunicaba a dichos terceros *extraneus*.

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, mis mandantes don Dimitri Andrés Díaz Neira, y a don Ricardo Percic Becerra son dos de los seis particulares formalizados como autores de delito de Fraude al Fisco en el proceso penal sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Iquique, RIT N°6553-2020, procedimiento que se encuentra en la etapa de investigación ya formalizada.

Conforme a lo anterior y a lo establecido en el inciso primero del artículo 79 de la LOCTC, mis mandantes don Dimitri Andrés Díaz Neira y don Ricardo Percic Becerra, tienen calidad de parte en la gestión pendiente antes referida, por lo que son personas legitimadas para deducir la presente acción de inaplicabilidad.

Así, en el caso concreto, y en representación de mis mandantes, solicito a V.S. Excma. la declaración de inaplicabilidad de los artículos 64 y 239 del Código Penal, por cuanto en virtud de dicha preceptiva el Ministerio Público de Iquique les atribuye a particulares, -entre los que se cuentan mis mandantes-, participación en calidad de autores en el hecho punible investigado, entendiendo que opera en la especie la comunicabilidad de la calidad especial de empleado público a los terceros *extraneus*.

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, ya que la tesis del Ministerio Público es que el monto defraudado asciende en el caso de mis mandantes a la suma de \$75.872.862.-, conforme ya se indicó, lo que implica que hipotéticamente puedan ser acusados y condenados por

dichas penas, en calidad de autores del ilícito de Fraude al Fisco, aun cuando carecieran de la cualidad de empleados públicos.

Sobre esta materia es dable señalar que en base a tal pena y lo establecido en la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, -donde se indica que la gravedad de la pena asignada al delito es una de las circunstancias que debe especialmente considerarse sobre la procedencia de la prisión preventiva-, el Fiscal Adjunto Juan Zepeda Elgarrista y el querellante institucional, Consejo de Defensa del Estado, requirieron en la audiencia de formalización antes referida se aplicara tal medida cautelar personal para ocho de los nueve imputados (entre ellos mis dos mandantes), por estimar que su libertad personal constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, y la de arresto domiciliario completo respecto del imputado Jhonny César Muñoz Cancino. El querellante particular, en cambio, lo solicitó respecto de los nueve imputados.

El magistrado que dirigió la audiencia de formalización en mención, -la que duró más de doce horas continuas-, y luego de que las defensas discutieran la existencia del delito, particularmente en cuanto a que la utilidad del contrato de suministro fuera entendida como “*sobreprecio*” por la Contraloría y el Ministerio Público, negó lugar a la petición de prisión preventiva respecto de todos los imputados y dispuso la de arresto domiciliario nocturno y arraigo nacional respecto de los tres ex funcionarios públicos formalizados, y

sólo la de arraigo nacional respecto de los seis particulares formalizados. Respecto estos últimos tampoco estimo dicho Juez que eran autores de Fraude al Fisco, indicando que a su respecto los estimaba cómplices.

Es decir, la tesis sostenida por el Ministerio Público y querellantes en la gestión pendiente consiste en que, a los seis particulares formalizados como autores de Fraude al Fisco, -entre ellos mis dos mandantes- , se les comunica dicha calidad especial de empleados públicos, propia de los sujetos activos de este ilícito.

III.- Preceptos legales contrarios 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, las dos normas legales que infringen los preceptos constitucionales son el artículo 239 del Código Penal y el inciso segundo del artículo 64 del mismo Código.

ARTÍCULO 239 del CÓDIGO PENAL:

“El empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos o de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

En todo caso, se aplicarán las penas de multa de la mitad del tanto del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.”

INCISO SEGUNDO ARTÍCULO 64 del
CÓDIGO PENAL:

“Las (circunstancias atenuantes o agravantes a que se refiere el inciso primero) 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 tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”. El paréntesis 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 típicos, 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.” (pagina 226). El destacado es 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 los profesores 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 incomunicabilidad, 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 los profesores Alfredo Etcheberry, Juan Bustos, Francisco Grisolia, Gustavo Labatut Glena, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, entre otros.

“...Finalmente se encuentran los denominados **incomunicantes 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.

En su artículo “*Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo de los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al Fraude al Fisco*”, del autor Gustavo Balmaceda Hoyos, publicada en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, N°2, 2012, páginas 45 a 81, añadió sobre la discusión doctrinaria lo siguiente: “*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.”

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 Excma. Corte Suprema, Rol N°17.014-2015.

De esta forma, la pretensión del Ministerio Público de aplicar las disposiciones legales en comento al caso concreto en referencia implicará la vulneración de la Carta Fundamental de acuerdo se pasará a indicar.

El carácter decisivo de las disposiciones legales que ahora cuestionamos por su contradicción con la Carta Fundamental, deriva de la circunstancia de que, en la gestión pendiente, podría acusarse, y eventualmente condenarse a mis mandantes como autores del delito de Fraude al Fisco, establecido en el artículo 239 del Código Penal, en circunstancias de que no poseen ni han detentado 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 eventual aplicación de los artículos 239 y del inciso segundo del artículo 64, ambos 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 tratados con igualdad ante la Ley, y (iv) a ser juzgados 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 mandantes y tampoco una correcta o incorrecta interpretación de las normas legales cuestionadas.

- (i) **Normas cuestionadas vulneran el Principio de Taxatividad (o de legalidad en sentido estricto).**

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).

Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló en el Considerando 29 de la sentencia en autos Rol N°2744, lo siguiente:

“...aparece vulnerando los límites constitucionales, en la medida que afecta garantías que el constituyente ha previsto bajo la denominación de principios de legalidad y reserva penal, contenidos en los incisos octavo y noveno del artículo 19 N° 3 de la Constitución. Que tal vulneración se materializa en que el principio de la legalidad penal, expresado en la reserva de la ley penal, enunciada por Feuerbach con el aforismo latino “nullum crimen sine lege previa, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium”, al que además se debe añadir el principio de legalidad en materia de ejecución de las penas y se sustenta en lo que atañe al caso de autor, en la necesidad de que los ciudadanos conozcan el alcance de la amenaza penal sobre todo sepan cual es el ámbito de las conductas prohibidas. De esta manera, resulta necesaria la existencia previa de la delimitación de las conductas prohibidas, así como, de las amenazas penales que su verificación ha de comportar”.

En el mismo fallo, en su Considerando N°30 se expresó: *“El principio de taxatividad o legalidad penal en sentido estricto exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta donde llega éste,*

hasta donde puede o no puede actuar el ciudadano, donde comienza el derecho penal..... descripción que no se adecua a la conducta descrita por el legislador como correspondiente al mandato constitucional de configurar una figura delictiva de forma certera, precisa y suficiente para evitar la vulneración del principio de taxatividad”.

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 inciso segundo del artículo 64 en referencia no efectúa ninguna referencia a los elementos del tipo, -como lo es la calidad de empleado público del artículo 239 del Código Penal-, de tal forma que al efectuar una analogía “*in mala partem*” se trasgrede así la taxatividad.

(ii) Normas cuestionadas vulneran 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, Librotecna, Santiago, 2008, pág. 246, que el Principio de Proporcionalidad “...se encuentra

subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (arts. 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N°2), y en la garantía normativa del contenido especial de los derechos (art. 19 N°26)”.

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 hechor”.*

En la situación que nos ocupa se pretende asimilar la cualidad del sujeto activo del delito de Fraude al Fisco, de *“funcionario público”*, a quienes no tienen dicha condición, sin mayor razonabilidad que la circunstancia de participar en el mismo hecho punible, olvidando que la sanción penal de quienes poseen tal calidad especial obedece al hecho de que el bien jurídico protegido en los delitos funcionarios dice relación con el correcto funcionamiento de la Administración Pública, *“...cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa...”* (página 488, del Tomo II, de la obra *“Lecciones de Derecho Penal Chileno”*, de la Editorial Jurídica, año 2007, de los autores Sergio Politoff, Jena Pierre Matus y María Cecilia Ramírez).

La pretensión del Ministerio Público y querellantes en la gestión pendiente, de que se comunique a los *extraneus* la calidad de “*empleado público*”, con la consiguiente sanción penal eventual, la transforma en excesiva y desproporcionada, contrariando ostensible y abiertamente el Principio de Proporcionalidad en examen.

(iii) Normas cuestionadas vulneran el Principio de Igualdad ante la Ley, establecido en art.19 N°2 de la CPR.

En sentencia de este Excmo. Tribunal Constitucional, en los 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 subrayado es nuestro).*

En páginas 42 a 44 del Informe en Derecho del año 2022, emitido por el profesor Arturo Fernandois Vöhhinger, referido a distintos requerimientos de inaplicabilidad que tramitados ante el Tribunal Constitucional, expuso la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcance de la Igualdad Constitucional señalando: “...*En lo que interesa a este informe, la esencia de tal doctrina puede sintetizarse como sigue:*

a) La igualdad supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales (fórmula Aristotélica). Así: “la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean”.

b) La igualdad de trato no es absoluta. Recurriendo al autor argentino Linares Quintana, el TC ha sostenido que “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”.

c) Es posible hacer diferencias de trato, siempre y cuando estas sean razonables. Se excluye, por tanto, las diferencias caprichosas o injustificadas. Así, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “el constituyente no ha prohibido al legislador el establecimiento de diferencias, sino solo aquellas que sean arbitrarias, es decir, caprichosas, irrazonables o carentes de justificación legítima y suficiente”. La doctrina confirma la misma aproximación.

d) La razonabilidad se determina caso a caso, evaluando si existe una relación directa y esencial entre tres factores:

i) la finalidad de esa diferencia;

ii) la diferencia de trato específica de que se trate, y

iii) el criterio para determinar a quién se aplica esa diferencia.

Es decir, el TC aplica una metodología comprensible para determinar la racionalidad de las diferencias de trato.”

En la situación en análisis, no es posible asimilar a la categoría de “*empleado público*” a quienes no poseen dicha condición, para efectos de aplicar la sanción penal producto de la comisión de un hecho delictivo, aun cuando se emplee el concepto amplio dado por el legislador penal en el artículo 260 del Código Punitivo.

(iv) **Normas cuestionadas vulneran el derecho a un debido proceso.**

El artículo 19 N°6, 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 fueron formalizados mis mandantes el pasado 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 los considera autores.

Conclusión.

En suma, según la pretensión del Ministerio Público consistente en la aplicación de la disposiciones legales cuestionadas de constitucionalidad (inciso segundo del artículo 64 y artículo 239 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 comunicarles a mis mandantes, don Dimitri Díaz Neira y Ricardo Percic Becerra, 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”.

En el mismo sentido, ha señalado el ex Ministro del Tribunal Constitucional, don Rodrigo Pica Flores (Q.E.P.D.), en su artículo “*El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho chileno*”, publicado en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Volumen 16, N°2, año 2009, páginas 101 a 136, señaló: “*El control concreto de inaplicabilidad conceptuado por Lautaro Ríos claramente implica un juicio de coherencia entre la norma constitucional, la norma legal y los efectos de la aplicación del precepto legal. En tanto se refiere a la “finalidad implícita” de la norma constitucional que se invoque, implica un concepto amplio de Constitución, que incluye su texto, principios, reglas y valores, además de lo cual “obliga a prestar atención a la particularidad del caso concreto en que la acción se interpone, en lugar de prescindir de la especialidad del caso y de los efectos lesivos de la aplicación de la norma, como ocurrió frecuentemente en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema. Esta definición es la más usada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sobre esta vertiente ha fluido de manera constante, a partir de la sentencia rol 478, de 8 de agosto de 2006. En un sentido similar, Francisco Zúñiga plantea que el carácter concreto del control de inaplicabilidad viene planteado porque “los aspectos de hecho de la gestión judicial en que incide resultan claves para construir el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada”.*

POR TANTO,

SÍRVASE V.S. EXCMA., en virtud de mi calidad de mandatario judicial de don Dimitri Díaz Neira y don Ricardo Percic Becerra, conforme consta del mandato judicial que se acompaña, tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 64 del Código Penal y del artículo 239 del mismo cuerpo legal, por cuanto su aplicación 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 son imputados ya formalizados-, de la forma descrita en el presente recurso, por resultar dichas disposiciones legales 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 dichos preceptos respecto de mis mandantes en el proceso penal en referencia.

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

1.- Certificado emanado del Juzgado de Garantía de Iquique, en autos RIT N°5536-2020, de fecha 05 de julio de 2023, correspondiente al proceso penal por delito de Fraude al Fisco, 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.

2.- Copia de la escritura pública de mandato judicial amplio que con fecha 05 de julio de 2023 me otorgaran don Dimitri Díaz Neira y don Ricardo Percic Becerra, ante el Notario Público de Iquique, don Darío Chacón Vicentelo, de la que consta mi representación y facultades amplias otorgadas.

SEGUNDO OTROSÍ: SÍRVASE V.S. EXCMA., tener presente que, 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, proponiendo el siguiente correo electrónico para efectos de notificaciones de resoluciones de este Excmo. Tribunal: nelson_rocco@yahoo.com