

0000001

UNO



Requirente : Juan Eduardo Garces Gallardo. - (prisión preventiva).

Rut. : 15.173.946-6

Abogado : Juan Claudio Sandoval Toledo. -

Rut. : 10.021.211-0.-

Fonos : +569971352052 – 41-2653873

Email : abogadosandoval@gmail.com

Fono : 971352052 – 41-2653873.-

Normas Impugnadas : Art. 239, 249, 251 quinquies n° 2 letra b) y 260 Ter, todos del Código Penal, incorporados por modificación legal Ley n° 21.121, fecha 20/11/2018.-

Tribunal : Rit 5.7342019, Juzgado Garantía Talcahuano.-

-----  
**EN LO PRINCIPAL:** Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. - **PRIMER OTROS:** Acompaña documentos.- **SEGUNDO OTROS:** Solicita suspensión del procedimiento.- **TERCER OTROS:** Se tenga presente.- Señala forma de notificación.-

### **EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**JUAN CLAUDIO SANDOVAL TOLEDO**, abogado, domiciliado en calle Diagonal Paraguay n° 252, depto. 301, comuna de Santiago, Región Metropolitana, email: abogadosandoval@gmail.com, en representación procesal de don: **JUAN EDUARDO GÁRCES GALLARDO**, ingeniero comercial, **en prisión preventiva en el CCP Bío Bío de Concepción**, Camino a Penco n° 324, comuna de Concepción, conforme mandato judicial que se acompaña, a US. Excma. Con respeto digo:

Que, por mi representado y conforme lo prevenido en el artículo 96 n° 6 de la Constitución Política de Chile, interpongo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en contra **de los artículo 239, 249, 251 quinquies y 260 ter del Código Penal (conforme detalla señalado párrafo II)**, incorporados por modificación de Ley n° 21.121, de fecha 29 de Noviembre



de 2018, dado que, la aplicación concreta de estas normas punitivas y agravatorias de responsabilidad en el caso penal, **Rit n° 5734-2019 del Juzgado de Garantía de Talcahuano**, incoado en contra de mi defendido y otros co - imputados, por supuesta infracción a las normas legales citadas, infringe los artículos 19 n° 2 inciso segundo y n° 3 incisos primero, sexto, séptimo, octavo y noveno de la Constitución Política del Estado de Chile, en concordancia con reglas de derecho penal interno (art. 18 del Código Penal) y Tratados Internacionales ratificados por Chile, conforme lo paso explicar en desarrollo de este recurso.-

### **I.- GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE EL REQUERIMIENTO** **SUBLITE:**

1.- La presente causa penal se tramita actualmente ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano con el Rit n° 5734-2019, donde mi representado ha sido acusado por el Ministerio Público, representado por la Fiscal Regional del Bío Bío, doña Marcela Cartagena Ramos y donde interviene como querellante el Consejo de Defensa del Estado del Bío Bío, representado por el abogado procurador Fiscal don Georgy Schubert Studer, no adherido ni formulado acusación particular al día de hoy.-

Los hechos de la acusación del Ministerio Público, de manera resumida, son los siguientes:

**Sic** “ *Entre los meses de FEBRERO del 2018 a MAYO del 2019, el imputado JUAN EDUARDO GARCÉS GALLARDO, en el ejercicio de su cargo de Jefe de Abastecimiento de la DAS y en su calidad de Director Subrogante de la DAS, aceptó recibir y recibió, beneficios económicos que se detallarán, de parte de los imputados Fabián Leandro Gerli Albornoz y Paola Emperatriz Cifuentes Arias, a cambio de infringir los deberes propios de su cargo y también de cometer el delito de fraude al Fisco, en beneficio de los referidos sobornantes, como se describirá más adelante. Por su parte, los imputados Gerli Albornoz, y Cifuentes Arias, en representación de las empresas SERVICIOS E INVERSIONES ORMAG LIMITADA” y SOCIEDAD DE TRANSPORTES, COMERCIALIZADORA Y DE SERVICIOS LUSAM LIMITADA” respecto del primero y la empresa LUSTER Y COMPAÑÍA LIMITADA respecto de la segunda, ofrecieron pagar y pagaron diversas sumas de dinero a Garcés Gallardo, a cambio de que éste, interviniera en el ejercicio de su cargo, con infracción grave a los deberes del mismo, en la aprobación, adjudicación y pago por obras que nunca se ejecutarían, causando perjuicio a la Municipalidad de Talcahuano. Finalmente, los imputados Garcés Gallardo, Cifuentes Arias y Gerli Albornoz, ocultaron y disimularon la procedencia ilícita de los dineros obtenidos a través de diversas maniobras que se describirán más adelante”.*

Los demás antecedentes en detalle constan en la acusación fiscal del Ministerio Público, que se acompaña en un otrosí y que doy por reproducidos y que por su extensión y economía procesal no se repiten en este recurso.-

**2.- Imputación de Cohecho:** En un primer acápite de la acusación fiscal, la Fiscalía le imputó a mi representado un total de **25 delitos de cohecho reiterados del art. 249 del Código Penal (sostenemos delito continuado)**, bajo el amparo del tipo penal surgido con motivo de la reforma incorporada por Ley n° 21.121, cometidos supuestamente el primero de ellos en el período que va entre 08 de Febrero de 2018 al 26 de diciembre de 2018, cuyo monto defraudado ascendió a \$25.706.250.-

**El factum del primer hecho del 02/02/2018, reza a la letra: sic**  
*A.1.1. \$400.000, pagados el día 8.02.2018, mediante transferencia electrónica de la cuenta corriente n°1450099200 del Banco CHILE de titularidad de GERLI ALBORNOZ al imputado GARCÉS GALLARDO a su cuenta corriente n° 56370215699 del Banco Estado, por su intervención en la adjudicación a la empresa "SERVICIOS E INVERSIONES ORMAG LIMITADA", de la cual GERLI ALBORNOZ es representante legal y pago de contrato de "Habilitación Acceso A Posta", autorizado por resolución N° 80 de 15.02.2018 y contrato de "Habilitación Acceso Posta", autorizado por resolución N° 81 de 15.02.2018 y que no se ejecutaron.*

Respecto de los hechos indicados en la acusación, que corren en la descripción fáctica de los numerales A.1.1 al A.1.16 y desde al A.2.1. al A.2.9 que constan en el acusación fiscal que se acompaña, y que según fiscalía, configurarían 25 delitos reiterados de cohecho del artículo 249 del código penal en grado de desarrollo de consumado, se le atribuye al Sr. Garcés la calidad de autor del artículo 15 n°1 del mismo cuerpo legal.

El persecutor solicitó las siguientes penas: a) Pena privativa de libertad de 10 años de reclusión mayor en su grado medio. b) Pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos. 156 c) Pena de multa de \$268.285.000 que corresponde al cuádruplo del provecho solicitado equivalente a 4.194,57 UTM al día de presentación de la presente acusación. d) Inhabilitación absoluta perpetua en su grado máximo, para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública del artículo 251 quáter del código penal.

### **3.- Imputación de Fraude al Fisco:**

En segundo apartado de la acusación fiscal, el persecutor le imputó a mi representado **28 delitos de fraude al fisco reiterados del artículo 239 del Código Penal** (sostenemos delito continuado) , bajo el amparo del tipo penal surgido con motivo de la reforma incorporada por Ley n° 21.121, cometidos supuestamente entre el 15 de febrero de 2018 y el 26 de marzo de 2019, que constan en los hechos B.2.1. al B.2.19, del B. 2. 1. al B. 2. 2, del B.3.1.al B. 3. 9, que rolan en la acusación fiscal que se acompaña, y que cuyos actos ocasionaron un perjuicio fiscal por un monto total de \$189.442.727, equivalentes a lo menos a 3.928,54 UTM, por las obras contratadas y no ejecutadas.

**El factum del primer hecho del 02/02/2018, reza a la letra: sic ”**  
*B.1.1. Resolución N°80 de fecha 15.02.2018 firmada por DOMINGUEZ PONCE y visado por GARCES GALLARDO con su firma de autorización sobre las iniciales de responsabilidad, autorizaron la contratación directa de la empresa Servicios e Inversiones ORMAG, para la ejecución de "Habilitación Acceso A Posta". GARCES GALLARDO genera la orden de compra N° 2360-198-SE18, y GERLI ALBORNOZ emite la factura N° 29 por un monto de \$901.235, equivalente a 19.15 UTM la que fue pagada con fecha 20.02.2018 mediante el cheque n°9710523 desde la cuenta corriente 52709052161 del Banco Estado de titularidad de la Ilustre Municipalidad de Talcahuano a nombre de la empresa “SERVICIOS E INVERSIONES ORMAG LIMITADA”. Este cheque es retirado por la imputada CLAUDIA MAGDALENA ORREGO QUEZADA, socia de empresa “SERVICIOS E INVERSIONES ORMAG LIMITADA”, desde dependencias de la DAS de Talcahuano estando en concierto con GERLI ALBORNOZ permitiendo que entren al patrimonio de la empresa a de la cual es socia y luego cobrado por caja el 21 de febrero del 2018 por el imputado GERLI ALBORNOZ”.*

La Fiscalía indica en su acusación, que estos hechos configurarían 30 delitos reiterados de fraude al fisco del artículo 239° del código penal en grado de desarrollo de consumado, participando mi defendido en los mismos como autor del artículo 15 n°1 del mismo cuerpo legal y pide las siguientes penas: a) Pena privativa de libertad de 15 años de reclusión mayor en su grado medio. b) Pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos. c) Pena de multa de 3.928,54UTM que corresponde al tanto del perjuicio causado.

#### **4.- Imputación de agravantes especiales:**

Finalmente, Vsa., en el punto III de la acusación fiscal, la Fiscalía pide al Tribunal del fondo, para el caso de condena, se le reconozcan en perjuicio de mi representado, las siguientes circunstancias agravantes especiales de responsabilidad criminal, incorporadas al Código Penal, por

Ley n° 21.121, de fecha 20/11/2018, las que no estaban vigentes a la época del principio de ejecución de los hechos, a saber las siguientes:

a) **Art. 251** quinquies n° del Código Penal: sic

**“En el caso de los delitos previstos en, se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos:**

1° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones, o

2° **Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos:**

a) La designación de una persona en un cargo o función pública;

b) **Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos;**

c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento, o

d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento.

Para los efectos de este artículo, se determinará el valor de la unidad de fomento considerando el vigente a la fecha de comisión del delito”.

b) **Art. 260 Ter** del Código Penal: sic “Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 5, 6, 9 y 9 bis el hecho de que los responsables hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo”.-

5.- Hago presente a Vsa. Excma., que en la acusación también se le imputa a mi defendido el delito de “lavado de activos” del art. 27 letras a) y b) de la Ley N° 19.913, que no ha sido objeto de este recurso de inaplicabilidad.

## **II.- PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE PIDE:**

### **1.- Artículo 249 del Código Penal (actual):**

La norma actual del “cohecho calificado”, reza a la letra como sigue:

*“El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales”.*

*Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.*

Este artículo fue modificado por los numerales i) y ii) de la letra a) del número 12 del artículo 1º de la Ley n° 21.121, de fecha 20 de Noviembre de 2018, en el sentido de agregar a continuación de la voz “económico” la frase “**o de otra naturaleza**”, y sustituir la frase “la pena de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para cargos u oficios públicos y multa del tanto al triple del provecho solicitado o aceptado, por el siguiente **“las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales”.**-

Pido derechamente que esta norma actual, no sea utilizada como norma de derecho penal sustantiva para juzgar la conducta atribuida a mi representado en la acusación fiscal y para determinar juzgamiento de fondo y el quantum de su pena, para el evento de condena y que se plasma en la siguiente locución de la norma que pido sea inaplicable para el caso en concreto “**o económico**” y en el siguiente párrafo “**las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales**”; dado que, como se explicará más adelante en detalle, dicha norma penal, bajo redacción actual, no estaba vigente a la fecha del principio de ejecución del delito de marras, el día 04 de julio de 2018, por haber entrado en vigencia



recién el día 21 de Noviembre de 2018, debiendo ser juzgado el requirente conforme la norma penal del art. 249 del C. Penal, de acuerdo a redacción vigente anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.121.-

## **2.- Artículo 239° del Código Penal (actual):**

Este delito se conoce como “fraude al fisco” y la norma del art. 239 del Código Penal actual, reza a la letra: sic

*“El empleado público que en las operaciones en que interviere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos 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 al tanto del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo”.*

El inciso segundo de la norma de derecho penal sustantivo, fue modificada por la letra a) del número 6) del artículo 1° de la Ley n° 21.121, de fecha 20 de Noviembre de 2018, en el sentido de sustituir la frase “el juez podrá aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior”, por “**se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo**”.-

El inciso tercero de este artículo fue modificado por la letra b) del número 6) del artículo 1° de la Ley n° 21.121, en el sentido de sustituir la locución “ su grado mínimo” por “**sus grados mínimos a medio**”.-

Además el inciso final de este norma positiva, también fue modificado por la letra c) del número 6) del artículo 1° de la Ley n° 21.121, en el sentido de sustituir la expresión “del 10 al 50 %”, “**por de la mitad al tanto**”, dado que, como se explicará más adelante en detalle, dicha norma penal no estaba vigente al principio de ejecución del delito de marras el día **15 de febrero de 2018**, por haber entrado en vigencia recién el día 21 de Noviembre de 2018, debiendo ser juzgado el requirente conforme la norma penal del art. 249 del C. Penal, de acuerdo a redacción vigente anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.121.-

Pido derechamente que esta norma actual, no sea utilizada como norma de derecho penal sustantiva para juzgar la conducta atribuida a mi representado en la acusación fiscal y para determinar el quantum de su

pena, para el evento de condena y que se plasma en las siguientes locuciones, guarismos y/o frases que solicito se declaren inaplicables para el caso en concreto: sic inciso segundo: **se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo**”, inciso tercero: **sus grados mínimos a medio**, e inciso final: **por de la mitad al tanto**

**3.- Agravantes especiales de los arts. 251 quinquies n° 2 letra del C. Penal b) y Art. 260 ter del Código Penal:**

- Art. 251 Código Penal: “En el caso de los delitos previstos en los artículos 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos:

1° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones, o

**2° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos:**

a) La designación de una persona en un cargo o función pública;

**b) Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos;**

c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento, o

d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento.

Para los efectos de este artículo, se determinará el valor de la unidad de fomento considerando el vigente a la fecha de comisión del delito”.



- Art. 260 Ter Código Penal: “Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 5, 6, 9 y 9 bis el hecho de que los responsables hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo”.-

4.- Los preceptos antes transcritos, son de rango legal, para los efectos del requisito exigido en el artículo 93 n° 6 de la Constitución Política del Estado de Chile y en el artículo 84 n° 4 de la Ley n° 17.797, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.-

### **III.- CARACTER DECISIVO DE LAS NORMAS LEGALES:**

1.- En primer término, la aplicación en el caso penal que nos ocupa de la norma penal del art. 249 del Código Penal, identificada como “cohecho calificado” y la norma penal del art. 239 del Código Penal, señalada como “fraude al fisco”, trasgreden los principios generales de derecho penal, como la “prohibición de hacer efectiva de forma retroactiva una ley penal más desfavorable”, amén afectar el “principio de legalidad”; dado que, la actual norma de estos preceptos punitivos, han modificado la descripción típica del tipo penal sancionado, amén de aumentar ostensiblemente el marco punitivo, lo que obviamente resulta decisivo en una contienda de orden penal, como es aquella que ocurre en la causa Rit 5.734-2019 del Juzgado de Garantía de Talcahuano, donde se piden una penas elevadísimas para mi representado por tales delitos, tipos penales que no estaban vigentes en su nueva redacción a la fecha del principio de ejecución de las conductas continuadas del acusado Garcés Gallardo.-

2.- Idéntica afectación de derecho implica en la especie, pretender aplicación retroactiva de la dos circunstancias agravantes de los arts. 251 quinquies y art. 260 ter del Código Penal, que fueron incorporados recién a la legislación nacional con la Ley N° 21.121 de fecha 20 de Noviembre de 2018 y que no estaban vigente a la fecha del principio de ejecución de la actividad delictiva inculpada a mi defendido en la acusación.-

3.- Delito continuado y principio de ejecución:

Esta parte recurrente sostiene que en la especie, tanto en el delito de “cohecho” como de “fraude al fisco”, conforme la hipótesis fáctica planteada por la Fiscalía en su ejecución, dada la serie de hechos temporales de la dinámica de ejecución del la conducta objeto de juzgamiento, siendo en ambos casos punibles, el primer hecho de la serie, cometido durante el mes

de febrero de 2018 (cuando no estaba vigente la Ley N° 21.121), corresponde dar aplicación la regla de radicación de competencia del art. 157 del Código Orgánico de Tribunal, que entiende que un delito se tiene por cometido desde que se da principio de ejecución al mismo.-

Ahora bien, la gran mayoría de hechos que se imputa al acusado, tienen su ocurrencia temporal bajo el imperio del Código Penal ex ante de la Ley 21.121, siendo menos la cantidad de hechos ex post a esta Ley.- Entonces esta defensa se plantea ¿Cómo debería justo juzgar la conducta del caso sublite?.- El Ministerio Público ni siquiera se hace la pregunta o preocupa de tal tema, ya que, propone juzgamiento y penas bajo el amparo del Código Penal modificado.- Otra operatividad procesal de Juzgamiento sería formar dos grupos temporales de conductas, según época se realización del hecho.- Un primer grupo de hechos anterior al 20 de Noviembre de 2018 (vigencia Ley 21.121, juzgarlo bajo Código Penal Antiguo y formar un segundo grupo, desde la entrada en vigencia de la Ley 21.121, juzgar los hechos bajo el Código Penal modificado.-

Para esta defensa, conforme la regla del art. 157° del Código Orgánica de Tribunales, cree que la forma más justa de efectuar el juzgamiento del acusado en la causa penal en que afecta este recurso, es utilizar la herramienta procesal del “**delito continuado**”, para el caso de la imputación del cohecho y fraude al fisco, donde es posible apreciar la comisión de un solo delito (una *sola realización típica punible*) en una reiteración de hechos o sucesos fácticos independientes, aun y cuando cada uno de ellos, por separado, pudieren ser objeto de una calificación típica individual y por ello penalizados en forma autónoma bajo las reglas del concurso real de delitos. Su aplicación depende de la posibilidad de constatar la concurrencia de un vínculo de conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta *única realización delictiva* a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de *unidad jurídica de acción*. Lo dicho sintetiza el parecer dominante en la doctrina nacional (en forma prácticamente unánime y la opinión generalizada de nuestra jurisprudencia, tanto a nivel de instancia como de los Tribunales Superiores de Justicia.-

En suma Vsa. Excma., tanto la imputación de cohecho como malversación de caudales públicos, para efectos de juzgamiento en la causa penal en que se juzga al Sr. Garcés, debe ser efectuada conforme el Código Penal anterior a la Ley 21.121 y como delito continuado, fijando la época temporal de juzgamiento el principio de la ejecución de la serie dinámica, es decir, desde el primer hecho.-

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

En la forma que se viene señalando VSE., en la citada causa penal se encuentra agendada su **preparación de juicio oral, para el día 04 de Marzo de 2024, a las 09:00 horas**, en causa Rit n°5734-2019 del Juzgado de Garantía de Talcahuano.-

El defensor titular en la causa penal indicada, respecto del requirente es el abogado que comparece en este recurso, Juan Claudio Sandoval Toledo.-

**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:**

Conforme la mentada afirmación del epígrafe, se cumple con el requisito de procedibilidad del presente recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.-

**VI.- FUNDAMENTO DE PLAUSIBILIDAD DEL RECURSO:**

La normas legales que se indican a continuación, serán infringidas por la aplicación concreta del los artículos 239, 249, 251 quinquies n° 2 letra b) y art. 260 ter del Código Penal, en la causa penal en que incide este recurso y donde mi defendido tiene la calidad de imputado.-

1. Normas legales que consagran el principio de legalidad y tipicidad:

Artículo 19 n° 3, incisos octavo y noveno (final) de la Constitución Política del Estado de Chile: ***“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.*** Ninguna ley podrá establecer penas sin que ***la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella***.-

2. Normas constitucionales que consagran el principio igualdad ante la ley, el debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas:

Artículo 19 n° 2 inciso segundo de la Constitución, dice a la letra: sic ***“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.***-

Artículo 19 n° 3 inciso primero de la Constitución, preceptúa: sic ***“La Constitución asegura a todas las personas...3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.***-

Artículo 19 n° 3 inciso sexto de la Constitución dice: sic *“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 justas”*.-

### 3.- Fundamento de la Irretroactividad de la Ley Penal:

Hay quienes han visto el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales en el principio de culpabilidad. Así, se ha dicho que sólo cabe calificar como culpable una conducta, si en el momento de su ejecución el autor sabía o podía saber que ella estaba prohibida, lo cual supone la existencia previa de la ley penal<sup>3</sup> . Tampoco creemos que pueda verse en la culpabilidad el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, por las razones que señalamos a continuación.-

Otro sector de la doctrina penal fundamenta la irretroactividad de las leyes penales en la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach . Este autor sostenía, básicamente, que había que crear en la psiquis del sujeto sensaciones de desagrado tales, que hicieran prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión del delito frente a los motivos que le empujaban a delinquir, sensaciones que él atribuía a la amenaza –y posterior imposición y ejecución– de pena prevista en las leyes penales<sup>8</sup> . Esta teoría es conocida en la actualidad como teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, en oposición a la prevención general positiva.-

Hay también quienes, para fundamentar el principio de irretroactividad de la ley penal, acuden a la función de motivación que se atribuye a las normas penales. Se ha sostenido que éstas motivan a los ciudadanos mediante la amenaza de pena para inclinar sus decisiones en contra de la comisión de delitos. En palabras de Mir Puig, “mediante la motivación la norma penal modifica las expectativas del eventual sujeto activo en el sentido de que hace nacer en él la expectativa de que el Estado lo perseguirá e intentará imponerle la pena correspondiente...”. Y se ha apelado a dicha función<sup>32</sup> motivadora para fundamentar la irretroactividad de las leyes penales, sosteniendo que de esa función se derivaría la exigencia lógica de que la ley penal preceda a la conducta delictiva cuya realización se pretende evita.-

También se ha pretendido encontrar la explicación de la irretroactividad de las leyes penales en razones de justicia. Se ha sostenido que “...el principio de la no retroactividad de la ley penal más severa encuentra su justo fundamento en los mismos conceptos de justicia que constituyen la base del derecho de castigar y de la conminación de la pena (...); sería injusto que la soberanía pudiera castigar sin haber antes establecido la prohibición, y lo sería igualmente que pudiese imponer las

penas más severas a los actos consumados con anterioridad a la promulgación de la ley.-

El art. 19º N° 3 inciso séptimo de nuestra Constitución Política (en adelante, la "CP") establece que: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado". Se consagran de esta manera una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cual es el **principio de nulla poena sine lege**, el que a su vez comprende el principio de legalidad de la pena, y el principio de irretroactividad de penas y sanciones. Este último, profusa e indubitablemente reconocido por nuestra jurisprudencia administrativa<sup>6</sup> y judicial; la jurisprudencia internacional; la doctrina especializada y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sus contenidos fundamentales son dos: 1. La prohibición de establecer penas o sanciones por hechos acaecidos con anterioridad a la ley que contempla tales hechos como vulneratorios del ordenamiento jurídico, y 2. La prohibición de imponer penas o sanciones más gravosas de aquellas contempladas en el momento en que sucedieron los hechos que constituyen la vulneración del ordenamiento jurídico. Las prohibiciones antedichas responden a consideraciones básicas de justicia, equidad y seguridad jurídica. **En efecto, no resulta razonable ni permisible castigar a una persona, natural o jurídica, que no ha tenido la posibilidad de conocer cuáles serán los efectos de sus actos.** Nadie tiene el talento de predecir con certeza el futuro y, por consiguiente, ninguna persona ha podido razonablemente evitar tales consecuencias mediante la modificación o adaptación actual de su conducta.-

Por su parte el artículo 15 n° 1 del Tratado Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile, reconociendo la irretroactividad de la Ley penal , a la letra señala: 1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*".

También se plasma positivamente este principio de irretroactividad de la ley penal en el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica, que dice: sic "Artículo 9. *Principio de Legalidad y de Retroactividad Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la*

*comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.-*

Finalmente Vsa., en el artículo 18° del Código Penal, se preceptúa lo siguiente: sic *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

*Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.*

*Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.*

*En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.*

**VII.- FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA EN EL CASO EN CONCRETO, INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SEÑALADAS, INFRINGIENDO LOS PRINCIPIOS PENALES DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD:**

La expresión doctrinaria tan estudiada en el pre grado, a propósito de la máxima penal: **“nulla poena sine lege”**, denominado principio de “legalidad o reserva”, se erige como una garantía para los ciudadanos, cuando estos tienen la calidad de imputados en un proceso penal, conforme garantía procesal regulada en el art. 7° del Código Procesal Penal.-

Desde la primera actuación en el proceso penal, hasta la ejecución de la sentencia, se establecen límites para la actuación del Estado persecutor, esto es, la garantías constitucionales reconocidas a los imputados, donde se comprende aquellas que emanan del principio de legalidad: 1) Principio de irretroactividad, salvo ley más favorable; 2) La prohibición de analogía; 3) Principio de certeza o máxima taxatividad legal; y, 4) Principio de reserva legal.-

El estado de derecho debe proteger al ciudadano no sólo mediante el uso del Derecho Penal (para evitar la comisión de delitos), sino también del Derecho Penal; es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo disponga de métodos y medio adecuados para la prevención del delito, sino que también da he imponer límites al empleo de la potestad punitiva.- Frente a ello, el



principio de legalidad, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.-

De manera tradicional la doctrina ha rotulado ambas garantías como principio de legalidad (ley fuente única de delitos y penas), el cual es precisado por el principio de “tipicidad” (necesidad de que la conducta sancionada esté descrita con precisión y especificidad).-

El art. 19º N° 3 inciso séptimo de nuestra Constitución Política (en adelante, la “CP”) establece que: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Se consagran de esta manera una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cual es el **principio de nulla poena sine lege**, el que a su vez comprende el principio de legalidad de la pena, y el principio de irretroactividad de penas y sanciones. Este último, profusa e indubitablemente reconocido por nuestra jurisprudencia administrativa<sup>6</sup> y judicial; la jurisprudencia internacional; la doctrina especializada y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sus contenidos fundamentales son dos: 1. La prohibición de establecer penas o sanciones por hechos acaecidos con anterioridad a la ley que contempla tales hechos como vulneratorios del ordenamiento jurídico, y 2. La prohibición de imponer penas o sanciones más gravosas de aquellas contempladas en el momento en que sucedieron los hechos que constituyen la vulneración del ordenamiento jurídico. Las prohibiciones antedichas responden a consideraciones básicas de justicia, equidad y seguridad jurídica. **En efecto, no resulta razonable ni permisible castigar a una persona, natural o jurídica, que no ha tenido la posibilidad de conocer cuáles serán los efectos de sus actos.** Nadie tiene el talento de predecir con certeza el futuro y, por consiguiente, ninguna persona ha podido razonablemente evitar tales consecuencias mediante la modificación o adaptación actual de su conducta.

**POR TANTO:**

Que, conforme lo expuesto y las normas Constitucionales y Legales citadas, **PIDO AL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, tener por interpuesto Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, respecto de la gestión pendiente en causa Rit n° 5.734-2019 del Juzgado de Garantía de Talcahuano, seguido en contra de mi representado e imputado don **JUAN EDUARDO GARCÉS GALLARDO** y otros co-acusados, por el presunto delito penal cohecho, fraude al fisco y lavado de activos, admitirlo a tramitación, previa tramitación de rigor; y en definitiva, acogiendo el presente recurso, se declare que los artículos 239, 249, 251 quinquies n° 2 letra b) y

260 del Código Penal, incorporados por modificación de la Ley n° 21.121, en aquellas partes o secciones señaladas esta presentación (acápite II), no serán aplicables en la gestión penal pendiente objeto de este recurso, por cuanto su aplicación al caso concreto, infringe los artículos 19 n° 2 inciso segundo y n° 3 inciso primero, sexto, séptimo, octavo y noveno de la Constitución del Estado de Chile, Art. 18 del Código Penal y Tratados Internacionales ratificados por Chile, cuyo detalle consta en la parte expositiva de este recurso.-

**PRIMER OTROSÍ:** Pido a VSE., tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1) Escrito de Patrocinio y poder del Sr. Garcés Gallardo, donde consta el patrocinio y poder conferidos a este abogado en causa Penal 5734-2019 Juzgado de Garantía de Talcahuano.-
- 2) Certificado de gestión pendiente, otorgado en causa Penal Rit 5734-2019 Juzgado de Garantía de Talcahuano.-
- 3) Copia de acusación fiscal presentada en causa Rit 5734-2019 del Juzgado de Garantía de Talcahuano, por la Fiscal Regional doña Marcela Cartagena Ramos.-
- 4) Resolución de fecha 24 de Noviembre de 2023, causa Rit 5734-2019 del Juzgado de Garantía de Talcahuano.-
- 5) Escrito de Fiscalía y resolución de fecha 27 de Noviembre de 2023, dictada en causa Rit 5734-2019 del Juzgado de Garantía de Talcahuano.-

**SEGUNDO OTROSÍ:** Conforme al derecho que me confiere el artículo 85° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y a la atribución prevista para la respectiva Sala, en el inciso undécimo del artículo 93° de la Constitución Política, se sirva decretar la medida cautelar de **SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO, POR RAZON DE URGENCIA**. En efecto, conforme consta en el certificado acompañado en un otrosí, unida a la resolución de fecha 27 de Noviembre de 2023, dictada por el Juzgado de Garantía de Talcahuano en causa Rit 5734-2019, que fija audiencia preparatoria de juicio para el día 04 de marzo de 2024, a las 09:00 horas y que acto seguida se realizará la audiencia de juicio oral efectivo ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, pudiendo ser juzgado mi representado, tanto en al factum como en la determinación de la pena, por normas de derecho penal sustantivo no vigentes a la fecha de los hechos de la acusación, por lo que la urgencia en resolver sobre su suspensión aparece evidente, a efecto de que mi parte tenga la posibilidad efectiva de obtener el pronunciamiento de constitucionalidad que ha pedido emitir al Excmo.

Tribunal Constitucional, previo al juicio penal de fondo y también en la audiencia de preparación de juicio oral, donde existe la posibilidad de deducir excepciones, argumentos de defensa y excluir prueba de cargo, en ejercicio de la atribución prevista en el numeral 6° del inciso primero y en el inciso undécimo del artículo 93 de la Ley Fundamental. Lo que pido a V.S Excma. ponderar en su mérito, accediendo a la solicitud de suspensión de procedimiento.

**TERCER OTROSI:** Hago presente a VSE., que patrocino este recurso y ejerceré poder con facultades de ambos incisos del art. 7° del Código de Procedimiento Civil.- Este requerimiento se suscribe con firma digital avanzada del abogado que comparece.-

Señalo a VSE., como forma especial de notificación, la siguiente casilla virtual: [abogadosandovalgmail.com](mailto:abogadosandovalgmail.com), fonos: 971352052 – 41-2653873