



EN LO PRINCIPAL: REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, POR INCONSTITUCIONALIDAD. PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS. SEGUNDO OTROSÍ: SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL TERCER OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA. CUARTO OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER. QUINTO OTROSÍ: SEÑALA FORMA DE NOTIFICACIÓN.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

XIMENA RISCO FUENTES, abogada, CI N° 13.433.665-K, domiciliada para estos efectos en calle El Regidor N° 66, Piso 14, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, actuando en representación de FRANCISCO JOSÉ COEYMANS OSSANDÓN, CI N° 13.433.458-4, como se acredita en un otrosí de esta presentación, de mi mismo domicilio, a SS. Excm. respetuosamente digo:

Que, en la representación que invisto y conforme lo autoriza el artículo 93 n° 6 de la Constitución Política de la República y artículos 79 y siguientes de la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, vengo en deducir requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra los preceptos legales que se indican, por cuanto su aplicación concreta en el proceso penal RUC N° 2300558519-8, RIT N° 5249-2023, del 4° Juzgado de Garantía de Santiago, seguido contra del Sr. Coeymans (imputado/requirente), genera efectos contrarios a la Constitución conforme al siguiente detalle:

- 1) La aplicación del precepto legal contenido en el Artículo 1 Transitorio, inciso primero de la ley N° 21.459 en la parte que establece: “**Los hechos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, así como las penas y las demás consecuencias que correspondiere imponer por ellos, serán determinados conforme a la ley vigente en el momento de su perpetración.**”, en el proceso penal que se sigue contra el Sr. Coeymans genera efectos contrarios a lo previsto en el artículo 19 n° 2 inciso segundo y 19 n° 3 inciso octavo de la CPR, que consagra el principio de *lex mitior*.
- 2) La aplicación del precepto legal contenido en el Artículo 470 n° 11 del Código Penal inciso primero: “11. **Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo**



abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” e inciso tercero del mismo artículo: “(…)el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral irrogando perjuicio al patrimonio social, (…)”, en el proceso penal que se sigue contra el Sr. Coeymans, infringe los artículos 19 n° 2 inciso segundo y N° 3 inciso primero, segundo, sexto y noveno de la CPR.

- 3) La aplicación del precepto legal contenido en la parte que se destaca del Artículo 140 letra c) inciso tercero del Código Procesal Penal “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad del hecho (…)” en el proceso penal que se sigue contra el Sr. Coeymans genera efectos contrarios a la garantía de un procedimiento racional y justo, previsto en el artículo 19 n° 3 inciso 7 de la Constitución.

SSE., el Ministerio Público ha solicitado la formalización del Sr. Coeymans, y pedirá su prisión preventiva, de manera inconstitucional, ya que las leyes cuya inaplicabilidad solicitamos, generan efectos contrarios a la Constitución, motivo por el cual solicitamos la tutela constitucional a SSE. de los derechos y garantías que se verán vulnerados en el proceso penal **RUC N° 2300558519-8, RIT N° 5249-2023, del 4° Juzgado de Garantía de Santiago**, seguido contra del Sr. Coeymans (imputado/requirente) por los delitos de administración desleal, estafa, falsificación de instrumento privado y lavado de activos, asociación ilícita, espionaje informático previsto en el artículo 2 de la ley 19.223 y acceso ilícito a un sistema informático de información, previsto en el artículo 2 de la ley 21.459, que establece delitos informáticos y deroga la ley 19. 223.

Cabe hacer presente desde ya que delitos previstos en los artículos 470 n° 11 y aquellos contenidos en la ley N° 21.459 **son de reciente introducción a la regulación nacional y no constituyen tipos penales de aplicación corriente en el sistema judicial chileno.**

De igual manera, la introducción de la frase **“ la gravedad del hecho”** y al literal c) del artículo 140 del Código Procesal Penal data de diciembre del año 2023, mediante las modificaciones introducidas por la ley N° 21.635.

I.- ANTECEDENTES DE CONTEXTO.

El proceso penal en que incide este requerimiento es aquel conocido como **caso Primus**, que saltó a la prensa luego de la comunicación de un Hecho Esencial enviado por la compañía PRIMUS CAPITAL a la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) el 30 de marzo de 2023.

Es necesario mencionar que PRIMUS CAPITAL es S.A. es una empresa de servicios financieros, no bancarios, controlada por Raimundo Valenzuela.

Al 30 de marzo de 2023, conforme al auditor independiente KPMG, la composición de PRIMUS era la siguiente:

Rut	Razón Social	Participación	Controlador
78.757.390-8	Inmobiliaria Estrella del Sur S.A.	50,11%	Raimundo Valenzuela
76.362.609-1	Inversiones ACM SpA	16,79%	Francisco Coeymans
96.644.810-5	Inversiones Los Cactus S.A.	12,18%	Fernando Franke
76.214.004-7	Inv. Y Asesorías Orlando Mágico Ltda.	9,46%	Eduardo Guerrero
76.412.027-2	Inversiones Estrella del Norte Ltda.	9,46%	Raimundo Valenzuela
77.053.982-k	Inversiones Casib SpA	1,40%	Patricio Cardenas
77.073.906-3	Inversiones U.D.A. SpA	0,60%	Ian Ukrow
Total		100%	

El Hecho Esencial mencionado informó que *“en Sesión Extraordinaria de Directorio de Primus Capital S.A. (...) se dio a conocer un informe del área de auditoría interna, que había sido puesto en conocimiento del presidente del Directorio el día 28 de marzo de 2023, en el que se exponen algunos hallazgos que dan cuenta de ciertas operaciones de factoring que estarían respaldadas con cheques bancarios que eventualmente podrían no ser documentos genuinos, tratándose de posibles falsificaciones. El valor total de estos documentos asciende a MM\$5.600.- aproximadamente. (...) el informe precisa que está en curso un análisis detallado de la citada cartera, y de las garantías asociadas a ella, y la revisión de los procesos de cobranza correspondientes”*.

Con posterioridad a este Hecho Esencial, la compañía Primus Capital S.A. presentó una denuncia ante el Ministerio Público que dio origen a la causa penal seguida contra el Sr. Coeymans y otros, reiterada exposición en medios escritos y solicitudes de alzamiento de secreto bancario respecto de los imputados, declaración de reserva de diligencias de investigación y

solicitud de medidas cautelares reales que han afectado bienes de la ex cónyuge e hijos del señor Coeymans, basándose en la imputación de delitos que no cumplen con la garantía de la *lex certa*.

Es así como el Ministerio Público ha llevado adelante una investigación cuyos resultados han sido comunicados por la prensa, incluso respecto de piezas en reserva, pero lo que es más grave, y justifica la presentación de este requerimiento, es que formalizará al sr. Coeymans (imputado/requirente), por delitos cuya aplicación por parte del tribunal generarán un efecto inconstitucional, por cuanto, y principalmente, importan i.- el rechazo la aplicación de la ley posterior más favorable (Capítulo 1 de la impugnación referido al Art. 1 transitorio inciso 1° Ley 21.459); ii.- infringen la garantía de la *lex certa* (Capítulo 2 de la impugnación sobre el delito de administración desleal consagrado en el artículo 470 n° 11 del Código Penal) y iii.- infringe la garantía de un procedimiento racional y justo (Capítulo 3 de la impugnación, sobre la frase incorporada al artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal).

En relación al primer capítulo de inconstitucionalidad denunciado, el Ministerio Público ha indicado que formalizará al Sr. Coeymans por dos grupos de delitos referidos a una misma conducta: “*de espionaje informático, previsto y sancionado en el artículo 2° de la Ley 19.223 (respecto de los hechos acaecidos desde enero de 2021 al 19 de junio de 2022); y del delito de acceso ilícito a un sistema informático, previsto y sancionado en artículo 2 de la Ley 21.459 (respecto de los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 21.459)*”. El artículo 1 transitorio de este cuerpo legal **impide que el juez de fondo aplique la ley penal más favorable**, principio consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso octavo de la Constitución, sin que pueda el juez evitar esta limitación impuesta en el texto impugnado. La aplicación de este sistema diferenciado de normas impacta también lo dispuesto en el artículo 19 n° 2 de la Constitución.

En relación al segundo capítulo de inconstitucionalidad denunciado, el Ministerio Público ha indicado que formalizará al Sr. Coeymans por “*delitos reiterados y consumados de administración desleal del artículo 470 N° 11, en relación al artículo 467 inciso final, ambos del Código Penal*”, en circunstancias que el artículo 470 n° 11 del Código Penal está descrito en términos tan amplios y vagos que no da cumplimiento a la garantía de la *lex certa*, lo que afecta también el derecho a una defensa técnica y debido proceso, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 19 n° 3 incisos 1,2, 6 y 9.



Finalmente, y como ha sido la tónica de esta causa, el Ministerio Público ha informado por los medios que solicitará la prisión preventiva del señor Coeymans¹, lo que se ve respaldado en su escrito de solicitud de formalización, que expone “*que se estima que la audiencia de formalización solicitada tendrá una duración superior al promedio de esta clase de audiencias, RUEGO A US. Habilitar un bloque horario prolongado para efectos de realizar la audiencia pedida (...)*”. Al formular esta petición, el juez de fondo deberá aplicar el artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal, para ponderar si la libertad del Sr. Coeymans constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, considerando el nuevo criterio, completamente subjetivo y emocional, referido *a la gravedad del hecho*, recientemente incorporado a la legislación procesal, totalmente atentatorio de la racionalidad exigible a un proceso judicial, garantizada por nuestra Constitución.

II.- SÍNTESIS DE LA GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD.

1.- Denuncia y solicitud de medidas intrusivas y precautorias.

Esta investigación comienza por una denuncia de PRIMUS en contra del Sr. Coeymans y otros, por los delitos de estafa y falsificación de instrumento privado mercantil. El Ministerio Público solicitó el alzamiento del secreto bancario y medidas precautorias respecto de bienes del imputado sr. Coeymans aludiendo, entre otros delitos, a la administración desleal, lo que fue concedido por el 4° Juzgado de Garantía.

El 22 de mayo de 2023, Primus Capital S.A. (en adelante, “PRIMUS” o “la denunciante”) presentó una denuncia penal ante el Ministerio Público por delitos reiterados de Estafa, ilícito previsto y sancionado en el artículo 468, en relación al artículo 467 del Código Penal y de Falsificación de Instrumento Privado Mercantil, previsto y sancionado en el artículo 197 del Código citado, en contra de mi representado y de Ignacio Amenábar Figueroa.

Según el relato de la denuncia, se indica que el 29 de marzo del 2023, en una Sesión extraordinaria de directorio se dio a conocer un informe denominado “Pre- Informe Contraloría y

¹ <https://digital.elmercurio.com/2023/12/24/B/EN4CG98S#zoom=page-width>

Compliance”, que detectó la existencia de un total 123 supuestos cheques bancarios falsificados, que correspondían a supuestos instrumentos mercantiles que habían sido entregados por clientes del factoring con el objeto de respaldar sus operaciones, por un monto que ascendía a más de \$5.600.000.000.-

Por la entidad de estos hallazgos, PRIMUS (denunciante) tomó inmediatas medidas, entre ellas una “exhaustiva investigación interna”, que dio como resultado “*gran cantidad de irregularidades, que se relacionaban directamente con la gestión de los ejecutivos Francisco Coeymans Ossandón e Ignacio Amenábar Figueroa. Entretanto se llevaba a cabo dicha investigación interna, el Directorio dispuso la suspensión de sus funciones de los ejecutivos vinculados a las operaciones irregulares, Sres. Coeymans y Amenábar.*” (Doc. 1)

PRIMUS señala en su denuncia que, por medio de ardidés o engaños, se configura el delito de estafa reiterada cometida por los imputados, entre ellos, el sr. Coeymans, en estos términos:

*“En este contexto, se logró establecer que los imputados Francisco Coeymans Ossandón e Ignacio Amenábar Figueroa, abusando del conocimiento, poder de administración y gestión, así como de vinculación directa y jerarquizada con el personal de la compañía, que ambos detentaban al interior de la empresa; en conjunto con otras personas que se individualizarán más adelante, **desplegaron una serie de conductas destinadas a evadir los controles internos de Primus Capital, engañando de esta forma incluso al Directorio.** Por medio de estos engaños, que se especificarán a continuación, hicieron creer -erradamente- que determinados clientes y las operaciones de factoring que estos solicitaban, correspondían a operaciones regulares, cuando en realidad se trataba de actividades simuladas que tenían como única finalidad provocar una disposición patrimonial no justificada por parte de la compañía a favor de terceros relacionados con los imputados, generando así un importante perjuicio para Primus. una operación ilícita anterior mediante una nueva operación en que el dinero, o los instrumentos falsificados, se usaban para tapar una operación previa, generándose con ello una virtual “bicicleta financiera”.” (destacado en el original)*

Unos días más tarde, el 26 de mayo de 2023, PRIMUS amplió su denuncia, informando a la Fiscalía de hechos que podrían dar lugar al delito de lavado de activos. (Doc. N° 2).

El Ministerio Público comenzó a investigar rápidamente, y al poco tiempo solicitó al 4° Juzgado de Garantía de Santiago una solicitud de alzamiento de secreto bancario y medidas cautelares reales sobre cuentas y bienes del imputado Sr. Coeymans (requirente), **fundando su solicitud también en el delito de administración desleal (Doc. N° 3).**

El 4° Juzgado de Garantía de Santiago acogió la solicitud de la Fiscalía sin más, el 5 de julio de 2023 (Doc N° 4). Cabe destacar que PRIMUS (denunciante) no había hecho referencia a este

tipo penal en ninguna de sus presentaciones, así como tampoco a eventuales infracciones a deberes fiduciarios por parte de mi representado.

El fiscal fundamentó su solicitud en estos términos:

“La investigación se inicia con la denuncia de 23 de mayo de 2023 realizada por don Eduardo Guerrero Núñez en representación de la sociedad Primus Capital S.A., empresa financiera que presta los servicios de factoring, ubicada en Avenida Apoquindo N° 3.000, oficina 1001, comuna de Las Condes, por los delitos de estafa (artículo 468 en relación al artículo 467 inciso final, ambos del Código Penal), y falsificación y uso malicioso de instrumento privado mercantil (artículos 197 y 193 N° 7, ambos del Código Penal), informando luego con fecha 26 de mayo la existencia de conductas que darían lugar a otros ilícitos como administración desleal (artículo 470 N° 11, en relación con el artículo 467 inciso final, ambos del Código Penal) y blanqueo de capitales (artículo 27 letra a de la Ley Nro. 19.913), todos los ilícitos señalados en carácter de reiterados.

Conforme se da cuenta en la denuncia, la representación y administración de Primus Capital estaba a cargo del ex Gerente General, el imputado FRANCISCO JOSÉ COEYMANS OSSANDÓN, y otros 4 ejecutivos principales, entre los cuales se encuentra el coimputado IGNACIO AMENÁBAR FIGUEROA, Director Comercial Corporativo, siendo precisamente en razón de dichos cargos, que -al menos durante los años 2019 a la fecha-, tuvieron acceso y la oportunidad de desarrollar diversas conductas fraudulentas en contra del patrimonio de PRIMUS.

Se sostiene en la denuncia que la víctima condujo una auditoría interna que detectó la existencia de un total de 213 cheques bancarios falsificados, que correspondían a supuestos instrumentos mercantiles que habían sido entregados por diversos clientes a Primus con la finalidad de respaldar sus operaciones de factoring. El importe total de los cheques, como consta en los antecedentes que obran en la carpeta de investigación, asciende a la cuantiosa suma de \$9.408.261.251.-

En este contexto, se aduce en el libelo que “los imputados Francisco Coeymans Ossandón e Ignacio Amenábar Figueroa, abusando del conocimiento, poder de

administración y gestión, así como de vinculación directa y jerarquizada con el personal de la compañía, que ambos detentaban al interior de la empresa; en conjunto con otras personas que se individualizarán más adelante, desplegaron una serie de conductas destinadas a evadir los controles internos de Primus Capital, engañando de esta forma incluso al Directorio. Por medio de estos engaños, que se especificarán a continuación, hicieron creer -erradamente- que determinados clientes y las operaciones de factoring que estos solicitaban, correspondían a operaciones regulares, cuando en realidad se trataba de actividades simuladas que tenían como única finalidad provocar una disposición patrimonial no justificada por parte de la compañía a favor de terceros relacionados con los imputados, generando así un importante perjuicio para Primus”.

En cuanto a la calificación jurídica, refiere:

“ En primer lugar, hay que tener presente que se trata de hechos cometidos al interior de una organización empresarial por altos ejecutivos de esta, ni más ni menos que su gerente general, el imputado Francisco Coeymans y su director comercial, el imputado Ignacio Amenábar.

Estos actos importan un fraude masivo cometido “desde dentro” de la empresa, tendiente a perjudicar a la misma de forma severa, generándose el consecuente enriquecimiento para los ejecutivos y los demás miembros de esta organización que han colaborado con pleno conocimiento en la comisión de tales hechos.

De esta manera, podría configurarse en este caso y respecto de Coeymans y Amenábar el delito de administración desleal del artículo 470 N° 11 del Código Penal, en relación con el artículo 467 inciso final del mismo cuerpo de leyes, puesto que ambos detentan facultades de salvaguardia o gestión del patrimonio de Primus Capital y los actos realizados para autorizar y respaldar estas operaciones con documentos mercantiles falsos los beneficiaron patrimonialmente tanto a estos, como a los terceros relacionados. (el subrayado es nuestro)

A su turno, estos hechos pueden ser constitutivos de delitos reiterados de estafas, del artículo 468 del Código Penal, en relación con el artículo 467 inciso final del mismo código, dado que la presentación de estos documentos falsos se realizó para engañar a los ejecutivos de Primus Capital, los que en la creencia que tales instrumentos eran verdaderos, realizaron operaciones con ellos, generándose la disposición patrimonial al adquirir estos cheques y el consecuente perjuicio al no poder cobrarlos.

Por otro lado, la confección y posterior utilización de los cheques falsos, es también constitutiva de los delitos de falsificación y/o uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, ello en tanto los miembros de esta organización delictiva o confeccionaron materialmente o hicieron circular los cheques falsos. Ambos delitos están contemplados en los artículos 193 N° 1, en relación con lo dispuesto en los artículos 197 inciso final y 198, todos del Código Penal.

Finalmente, los actos realizados por Coeymans y Amenábar de traspasar a terceros sus bienes raíces y vehículos, inmediatamente después de descubierto el fraude y sin aparentemente mayor justificación pueden ser constitutivos del delito de lavado de activos del artículo 27 letra a) de la ley 19.913, puesto que en la especie tales actos traslaticios de dominio pueden constituir una ocultación del origen ilícito de dichos bienes, los que razonablemente provienen directa o indirectamente de la perpetración de los delitos contemplados en los artículos 468 y 470 N° 11, ambos en relación al artículo 467 inciso final, todos del Código Penal o en el delito de asociación ilícita de los artículos 292 y siguientes del Código Penal.”

2.- Solicitudes de Formalización.

El Ministerio Público solicitó formalizar al sr. Coeymans por los delitos de delitos de estafa, administración desleal, uso malicioso de instrumento privado mercantil falso y blanqueo de capitales. Luego amplió la solicitud a los delitos de asociación ilícita, espionaje informático y acceso ilícito a un sistema informático. El 4° Juzgado de Garantía agendó la audiencia para el 3 de abril de 2024 a las 09:00 hrs.

Con fecha 3 de enero de 2024, el Ministerio Público solicitó audiencia de formalización de la investigación a mi representado y de otros imputados (Doc. N° 4), por los siguientes delitos:

- A) Francisco José Coeymans Ossandón**, cédula nacional de identidad N° 13.433.458-4, ingeniero comercial, domiciliado en El Pastizal N° 11395, comuna de Lo Barnechea, en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal de delitos reiterados y consumados de estafa del artículo 468, en relación al artículo 467 inciso final, ambos del Código Penal, delitos reiterados y consumados de administración desleal del artículo 470 N° 11, en relación al artículo 467 inciso final, ambos del Código Penal, delitos reiterados y consumados de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, contemplado en los artículos 197, 198 y 193 N° 1 del Código Penal y del delito de blanqueo de capitales, previsto y sancionado en el artículo 27 letra a) de la Ley N° 19.913. Los delitos antes referidos fueron cometidos entre enero de 2019 y junio de 2023, teniendo principio de ejecución en Avenida Apoquindo N° 3000, oficina 1001, comuna de Las Condes.

El 4° Juzgado de Garantía de Santiago fijó fecha de formalización para el 27 de febrero de 2024 a las 11:00 hrs. (Doc N° 5).

Posteriormente, el Ministerio Público solicitó ingresó una nueva solicitud al 4° Juzgado de Garantía, indicando que comunicará cargos adicionales, incluyendo los siguientes delitos respecto de mi representado (Doc n° 6):

- 1. Francisco José Coeymans Ossandón**, cédula nacional de identidad N° 13.433.458-4, ingeniero comercial, domiciliado en El Pastizal N° 11395, comuna de Lo Barnechea, en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal de los delitos de asociación ilícita, previsto y sancionado en el artículo 292, en relación al artículo 293, ambos del Código Penal; de espionaje informático, previsto y sancionado en el artículo 2° de la Ley 19.223 (respecto de los hechos acaecidos desde enero de 2021 al 19 de junio de 2022); y del delito de acceso ilícito a un sistema informático, previsto y sancionado en artículo 2 de la Ley 21.459 (respecto de los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 21.459).

El Tribunal accedió a la solicitud con fecha 19 de febrero, fijando como nuevo día para proceder a la formalización el 3 de abril de 2024, a las 09:00 (Doc. N° 7).

III.- PRECEPTOS CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA.

Considerando el gran número de delitos por los que se ha solicitado la audiencia de formalización, y para una mejor comprensión de este requerimiento, se expondrán separadamente los preceptos legales cuya inaplicabilidad se solicita por generar efectos contrarios a la Constitución de aplicarse en el caso concreto, esto es, en la gestión pendiente constituida por el proceso penal seguido contra mi representado cuyo hito central lo constituye la audiencia de formalización de cargos, agendada para el próximo 3 de abril.

CAPÍTULO 1. El precepto legal contenido en el Artículo 1 Transitorio, inciso primero de la ley N° 21.459 en la parte que establece: “Los hechos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, así como las penas y las demás consecuencias que correspondiere imponer por ellos, serán determinados conforme a la ley vigente en el momento de su perpetración”.

De acuerdo a la solicitud de formalización del Ministerio Público, comunicará que formalizará al sr. Coeymans por dos delitos informáticos distintos pero relativos a una sola conducta. Esta distinción es posible por el inciso primero del Art. 1 Transitorio de la Ley 21.459, que impide que el juez de fondo pueda aplicar el principio constitucional *lex mitior*, consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso 8, vulnerando asimismo el artículo 19 n° 2 como se explicará oportunamente.

Este precepto legal es parte de la Ley n° 21.459, promulgada el 20 de junio de 2022, que establece normas sobre delitos informáticos, deroga la Ley N° 19.223 y modifica otros cuerpos legales con el objeto de adecuarlos al Convenio de Budapest, instrumento internacional sobre delitos cometidos en Internet y otras redes, que aborda en particular el fraude informático, pornografía infantil, delitos de odio y violaciones de seguridad de red, incluyendo definiciones y un decidido perfeccionamiento de la técnica a utilizar al momento de tipificar estos delitos, en el convencimiento *de la necesidad de aplicar, con carácter prioritario, una política penal común con el objeto de proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, en particular mediante la adopción de una legislación adecuada*². Este Convenio fue abierto para su suscripción en Budapest el año 2001 y Chile depositó el instrumento de su adhesión en abril del año 2017, entrando en vigor para nuestro país desde agosto del mismo año.

² Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Preámbulo.

Con anterioridad a esta regulación, los denominados delitos informáticos se encontraban tipificados y sancionados en la Ley N° 19.223 del año 1993, cuyo epígrafe es “Tipifica figuras penales relativas a la informática. Esta ley no fue objeto de modificaciones y se mantuvo inalterada hasta su derogación por la Ley N° 21.459.

La cronología citada es relevante para entender por qué el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita genera efectos contrarios a la Constitución, en particular, al principio de *lex mitior* consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso 8, o ley penal posterior más favorable.

Así, la decisión del Ministerio Público de escoger distintas normas para la incriminación de conductas análogas, por permitirlo así el artículo 1 transitorio, genera un efecto contrario a la disposición constitucional, por cuanto los preceptos legales contenidos en la Ley N° 21.459 son más favorables para el afectado, sin embargo, el juez no podrá aplicarlos por la disposición transitoria que se impugna. Y esta decisión es central para el proceso penal que se dirige contra mi representado ya que determina el marco fáctico y jurídico que se informará en la formalización y **no puede ser alterado por el juzgador al momento de analizar medidas cautelares, ni tampoco a la hora de analizar la acusación ya que son precisamente los hechos de la formalización los que determinan la congruencia** que debe existir entre esta comunicación, la acusación y la posterior sentencia, tal como lo establecen los artículos 230, 248, 259, 340 y 341, todos del Código Procesal Penal.

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

Durante la tramitación legislativa la discusión se centró en la tipificación de los nuevos tipos penales relativos a la delincuencia informática y a las modificaciones de algunas técnicas de investigación contempladas en la nueva regulación, sin embargo, las disposiciones transitorias no fueron objeto de mayor debate. El Excmo. Tribunal Constitucional efectuó control preventivo de algunos de sus preceptos resolviendo su conformidad con la Constitución, sin embargo, dicho control no se extendió a la norma impugnada.

CAPÍTULO 2. El precepto legal cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se solicita declarar es la parte subrayada del inciso primero y tercero del artículo 470 n° 11 del Código Penal (en adelante CP) que señala:

Artículo 470: Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también:

11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467.

En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, **el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social,** será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.”³

El Ministerio Público fuerza al Tribunal a llevar adelante una formalización basándose en numerosos delitos pero además en un tipo penal tan indeterminado que no es posible tener claridad de cuál es el ejercicio abusivo o la cualquier otra acción para determinar la conducta

³ Se ha considerado la redacción vigente a la época de los hechos que serán objeto de la formalización, conforme a lo previsto en el artículo 66 de la Ley 21.595 sobre aplicación temporal de las modificaciones incorporadas por dicha ley. Se hace presente que ese cuerpo legal introdujo la frase “u otro patrimonio administrado por la sociedad” al artículo en cuestión, lo que ocurrió el día 17 de agosto de 2023, esto es, posterior a la ocurrencia de los hechos materia de la formalización que se extienden desde enero de 2019 y junio de 2023 de acuerdo a la solicitud de formalización del Ministerio Público.

rechazada por la norma. Es tal la indeterminación del tipo penal que parece que debe ser llenado por la mera voluntad de la denunciante, lo que repugna a la garantía de la *lex certa*, impacta el ejercicio de una defensa técnica y por cierto el debido proceso.

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

CAPÍTULO 3.- La aplicación del precepto legal contenido en las partes que se destacan del Artículo 140 letra c) inciso tercero del Código Procesal Penal “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, *el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad del hecho (...).”*

El fiscal ha comunicado públicamente que solicitará la prisión preventiva como medida cautelar al momento de efectuar la formalización, lo que justifica también que haya solicitado una audiencia más extensa, de modo que será el juez quien está llamado a aplicar los criterios sobre peligrosidad previstos en el literal c) del artículo 140 del Código Procesal Penal (CPP) cuya regulación actual y aplicación en el caso concreto genera efectos contrarios a la Constitución, particularmente a la garantía de un procedimiento racional y justo, previsto en el artículo 19 n° 3 inciso 6 de la Constitución, precisamente por que la referencia a la gravedad del hecho no responde a ningún parámetro de racionalidad, que no esté contenido ya en los otros criterios objetivos presentes en el artículo 140 letra c) del CPP.

IV.- CARÁCTER DECISIVO DE LAS NORMAS CUESTIONADAS.

El próximo 3 de abril está fijada la audiencia de formalización del sr. Coeymans en el proceso en que incide este requerimiento. **Este es el hito que determina el marco del proceso en relación al imputado, y determina la congruencia que se examinará posteriormente en la acusación y la sentencia, conforme lo establece la secuencia prevista en los artículos 230, 248, 259, 340 y 341, todos del Código Procesal Penal.** SSE. ha declarado admisibles y acogido requerimientos contra normas penales sustantivas en idéntica fase procesal, como por ejemplo STC 13.199-2022.

En la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad **cuya audiencia de formalización se encuentra fijada para el próximo 3 de abril de 2024**, las normas impugnadas serán aplicadas, toda vez que la formalización es la comunicación de la existencia de una investigación contra una persona por los delitos que se informan. **Este es el hito que determina el marco del proceso en relación al imputado, y determina la congruencia que se examinará posteriormente en la acusación y la sentencia, conforme lo establece la secuencia prevista en los artículos 230, 248, 259, 340 y 341, todos del Código Procesal Penal.**

El principio de congruencia procura evitar la lesión de los derechos del imputado, por lo cual no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan sorpresas y le impidan el ejercicio de la defensa ya que de poco serviría ser oído sobre una acusación o cargo que pueda ser mutada y convertirse en otra diferente.⁴

Por otra parte, y como ya ocurrió al momento de decretarse las medidas cautelares reales, la referencia a la administración desleal fue un elemento más a la hora de determinar la proporcionalidad y procedencia de medidas cautelares personales. En el mismo sentido, el Ministerio Público a la hora de requerir medidas cautelares personales deberá cumplir con los estándares previstos en el artículo 140 del CPP, entre los que se cuentan los presupuestos materiales relativos a la existencia de los delitos comunicados, participación y la necesidad de cautela.

En este orden de ideas, se advierte con claridad que el sr. Coeymans no podrá impugnar el contenido de la imputación referida al delito de administración desleal, ni tampoco puede el juez precisararlo, por la indeterminación típica de que adolece la norma cuya inaplicabilidad se solicita. Asimismo, y en relación a la imputación por dos clases de delitos informáticos, de no acogerse el presente recurso, el juez se verá impedido de aplicar la ley más favorable por impedirlo así la ley n° 21.459 y el sr. Coeymans se verá enfrentado a dos órdenes de sanción diferenciados, a partir de una misma conducta, en que la nueva regulación consagra otras reglas de valoración, cambios conceptuales y sobretodo, penas más favorables e incluso una circunstancia atenuante especial no prevista en la antigua regulación contenida en la ley n° 19.223.

⁴ Sentencia Corte Suprema SCS 75670-2021

En relación al delito de administración desleal, es esta indeterminación la que afecta directamente las posibilidades que el requirente ha tenido para ejercer una adecuada defensa técnica en lo referente a esta imputación: como no existe precisión en la descripción típica las conductas constitutivas de administración desleal, las posibilidades del requirente de desarrollar y preparar su defensa se han visto radicalmente afectadas.

En virtud de la amplitud del tipo penal no es posible adelantar cuales son las conductas constitutivas de delito en clave administración desleal en las que habría incurrido mi representado, cuestión que se agrava al considerar que aquello que se imputa tiene que ver con la infracción de deberes fiduciarios según el Ministerio Público, quien ha solicitado un peritaje contable, pagado por la denunciante y que solo considera información parcial obtenida luego del alzamiento del secreto bancario y otras entregadas por PRIMUS, y que solo pudo ser conocida por el requirente a partir del 19 de enero de 2024. Este peritaje no consideró, entre otros aspectos, nada relativo al del flujo de cruce de operaciones, ni sobre los pagos realizados por deudores o por terceros actuando por cuenta de esos deudores en las cuentas de Primus Capital S.A. ni respecto de las renovaciones de créditos mediante nuevas operaciones o prórrogas.

La defensa del Sr. Coeymans informó al Tribunal de Garantía del desarrollo de un peritaje de flujo contable para colaborar con la investigación (Doc. N ° 8), asegurar el desarrollo de su defensa y así informar sobre sus acciones y el conocimiento que tenían los demás socios sobre su gestión, asunto de la mayor relevancia cuando se imputa un delito que supone infracción de deberes fiduciarios. En este sentido, **de continuar vigente la imputación por administración desleal, como lo ha planteado el Ministerio Público, el déficit normativo del tipo penal será complementado exclusivamente por la denunciante, cuestión que repugna al Derecho Constitucional y al Derecho Penal como respuesta estatal.** En ese mismo orden de ideas, llama la atención que la denunciante no haya invocado el tipo penal de administración desleal sino estafa, tildando las actuaciones de mi representado como una maquinación, lo que difiere de la estimación que ha efectuado el Ministerio Público en su solicitudes de medidas cautelares reales y formalización, quien ha incluido al delito de administración desleal como presupuesto material.

Finalmente, y en relación a la aplicación de las normas previstas en el artículo 140 letra c) del CPP que se impugnan, no cabe duda que el Ministerio Público solicitará la prisión preventiva de mi representado, de modo que la regulación procesal de esa cautelar, entre la que se cuenta la norma impugnada, deberá ser aplicada por el juez de fondo.

En efecto, ya desde el pasado mes de diciembre se publicó un artículo en el cuerpo B de Economía y Negocios de El Mercurio, en el cual se adelanta que se solicitará la prisión preventiva para los primeros imputados, entre ellos el señor Coeymans⁵.

B 6 | ECONOMÍA Y NEGOCIOS DOMINGO

DOMINGO 24 DE DICIEMBRE DE 2023 | EL MERCURIO

El lunes, el ex gerente general de Primus, Francisco Coeymans, declaró ante el fiscal Felipe Sepúlveda. El martes lo hizo el exdirector comercial Ignacio Amenábar.

Fue la primera vez que ambos —en calidad de imputados— daban su versión de un escándalo financiero que remeça al mercado, desde marzo. Y que, en síntesis, ha significado un desembolso de \$50.000 millones por parte de socios de Primus, y el inicio de acciones judiciales que denuncian una estafa de proporciones al *factoring* que controlan Raimundo Valenzuela, Fernando Francke y Eduardo Guerrero.

En la compañía han apuntado sus dardos directamente contra sus ejecutivos Coeymans y Amenábar, a quienes denunciaron como artífices de una defraudación en conjunto a una serie de personas, con múltiples cheques y facturas falsas. No obstante, ambos se han defendido, se autodespidieron tras ser inicialmente suspendidos de sus funciones, para luego presentar sendas demandas laborales, aduciendo actos de acoso laboral, afectación de su honra y vulneración de derechos.

Hoy, el caso comienza a cerrar su primer gran capítulo. Hace un mes, el tribunal fijó para el próximo 9 de enero la formalización del primer imputado. Se trata del abogado Antonio Guzmán Neira, y los cargos son por los delitos de estafa y uso malicioso de instrumento privado mercantil entre 2019 y

Factoring controlado por Raimundo Valenzuela

Nuevo peritaje y posible formalización de Coeymans y Amenábar: LOS PRÓXIMOS PASOS DEL CASO PRIMUS

Ya se solicitó la formalización de uno de los imputados, ahora se sumarán tres más: los ejecutivos del *factoring* y Marcelo Rivadeneira. Si los perjuicios iniciales rondaban los \$6.000 millones, ahora la cartera afectada llega a los \$100.000 millones. Y han crecido los delitos. Antes de fin de año, la fiscalía recibirá un informe que permitiría despejar la ruta del dinero. Con ello, solicitarían audiencia para poner a los primeros imputados en prisión preventiva. • MARÍA JOSÉ TAPIA

presas en un Día", cuyos socios son venezolanos.

Todos los contratos celebrados con estos clientes fueron firmados —señala el reporte de KPMG— por Coeymans, Amenábar y el director de Operaciones y Finanzas, Brian Moore. Al correr de la investigación, si bien



Francisco Coeymans, exgerente general de Primus.



Ignacio Amenábar, exdirector comercial de Primus.

V.- EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL.

Actualmente se encuentra pendiente audiencia de formalización de la investigación ante el 4º Juzgado de Garantía de Santiago, fijada para el 3 de abril de 2024, a las 09:00 hrs. Esta audiencia **fija el marco del proceso en relación al imputado, y determina la congruencia que se examinará posteriormente en la acusación y la sentencia, conforme lo establece la**

⁵ <https://digital.elmercurio.com/2023/12/24/B/EN4CG98S#zoom=page-width>

secuencia prevista en los artículos 230, 248, 259, 340 y 341, todos del Código Procesal Penal.

Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 140 del Código Procesal Penal, el número de delitos objeto de la formalización y la gravedad de ellos constituyen criterios para evaluar la peligrosidad de una persona y determinar la procedencia de la prisión preventiva, medida que será solicitada por el Ministerio Público como ha sido informado.

En este escenario, la mera referencia al tipo de administración desleal y delitos informáticos aumenta de forma desmedida la probabilidad que sea decretada tal medida, sin que dicha imputación pueda ser controvertida sustancialmente dada la amplitud y vaguedad de la norma en cuestión, en el caso de la administración desleal, **y privando al juez de aplicar aquel tipo penal más favorable contenido en la ley 21.459, por así disponerlo el inciso primero del artículo 1 Transitorio de ese cuerpo normativo.**

Hago presente que esta magistratura ha declarado admisibles y acogido en definitiva, requerimientos contra normas penales sustantivas, análogas a las que se impugnan en esta presentación, **en idéntica fase procesal.** Un ejemplo es la STC 13.199-2022, cuya sentencia del 12 de abril de 2023, acogió un requerimiento contra la segunda parte del artículo transitorio de la Ley N° 21.121, declarando su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el proceso penal en que incidía, antes de la formalización del requirente en el proceso penal.

VI.- LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS NO HAN SIDO DECLARADOS CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Al tratarse de normas de reciente incorporación al cuerpo legal chileno, no han sido objeto de análisis por el Excmo. Tribunal.

VII.- FUNDAMENTO PLAUSIBLE

Capítulo 1

1.1.- NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SERÁN INFRINGIDAS POR LA APLICACIÓN AL CASO CONCRETO DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1° TRANSITORIO DE LA LEY 21.459.

“Los hechos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, así como las penas y las demás consecuencias que correspondiere imponer por ellos, serán determinados conforme a la ley vigente en el momento de su perpetración.”,”

Esta norma resulta contraria al inciso octavo del artículo 19 No 3 de la Constitución Política de la República, la cual consagra 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".

Del mismo modo, se advierte que la prohibición dirigida al juzgador de aplicar la ley posterior más favorable contenida en el artículo 1° transitorio inciso primero afecta el principio de proporcionalidad, que deriva del artículo 19 n° 2 de la CPR. Conforme lo ha indicado la doctrina especializada, citada por este Excmo. Tribunal: “En este sentido, diferenciando la garantía de *lex praevia* y el principio de *lex mitior*, la doctrina ha sostenido que “*La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es, como se ha dicho, una de las concreciones del principio de legalidad. El deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es una concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad. Su fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena (condena, sentencia) y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena, expresada en la ley*” (Antonio Bascuñán Rodríguez, 2004, La Ley Penal, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N°1, Comentario de la jurisprudencia del año 2003, p. 212).”⁶

1.2.- FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INDICADAS, EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO LEX MITIOR Y PROPORCIONALIDAD.

La disposición contenida en el precepto impugnado impide que el juez de fondo logre aplicar lo previsto en el artículo 19 n° 3 inciso octavo, forzando una aplicación sin matices de dos tipos de normativas referidas a una misma conducta, conforme a la solicitud del Ministerio Público. SSE. pueden impedir este efecto contrario a la Constitución

⁶ STC 13.199-2022 considerando 15 Voto disidente.

declarando inaplicable el inciso primero del artículo 1° transitorio de la Ley 21.459, permitiendo el vigor de la disposición constitucional por sobre su vulneración.

El punto de partida es la irretroactividad de la ley penal, que se relaciona con el principio de *lex certa*, pero no se identifica necesariamente con él. Es así como excepcionalmente se hace excepción a irretroactividad de la ley penal cuando la nueva norma es más favorable para el imputado, garantía que está recogida a nivel constitucional en el inciso octavo ya citado.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional se han referido al concepto de ley más favorable.

El profesor Cury señala expresamente que *“una ley es más favorable para el acusado no solo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, suprime agravantes que lo perjudican, cuando reduce los plazos de prescripción (...) o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. En todos estos casos la pena del afectado, en efecto, se excluirá o reducirá indirectamente”*.⁷

Ese Excmo. Tribunal ha delineado los contornos de la ley penal más benigna, en este sentido: *“Que, de acuerdo a lo anterior, esta Magistratura ha entendido que una nueva ley es más favorable para el afectado no sólo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. (STC 2673 c. 57) (En el mismo sentido, STC 7181 c. 9);”*⁸

En el caso concreto, eso es lo que ha ocurrido con la nueva tipificación del tipo penal referido al acceso ilícito a un sistema informático de información, previsto en el artículo 2 de la ley N° 21.459, que establece delitos informáticos y deroga la ley N° 19.223. Como se señaló *supra*, esta nueva ley se dictó en cumplimiento de obligaciones internacionales para contar con una

⁷ Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal Parte general, Ediciones Universidad Católica de Chile, Séptima Edición, 2007, p. 229.

⁸ STC 13.199-2022, 12 de abril de 2023, considerando 29°

regulación moderna, idónea para la persecución de delitos informáticos y consistente con la necesidad de unificar ciertos conceptos técnicos. Es así como la nueva ley de delitos informáticos consagra sanciones diferenciadas para los ilícitos que trata, compartiendo algunas conductas la sanción alternativa de pena o multa (Artículo 2 inciso primero), a diferencia de lo que ocurría con la antigua regulación que solo preveía una pena corporal.

Así, el conflicto constitucional que se plantea consiste en que el legislador interviene, a través de un precepto legal (artículo transitorio, inciso primero), ordenando al juez preferir una norma (la antigua/más perjudicial) en desmedro de la otra norma (la nueva/más favorable).

Con todo, y si bien este Excmo. Tribunal ha resuelto que la determinación de la ley vigente a aplicar a un caso concreto es un asunto de mera legalidad, lo cierto es que en STC 13.199-2022, al acoger un requerimiento por vulneración de *lex mitior* en la aplicación de una norma transitoria, el voto de mayoría estimó:

DÉCIMO PRIMERO: *Que, no obstante, que el análisis concreto sobre si la nueva disposición resulta favorable al imputado es un asunto cuyo efecto es ajeno a la labor de la jurisdicción constitucional, por ser una cuestión propia de la mera legalidad, ello no puede importar renunciar al control de constitucionalidad de las disposiciones legales que pueden repercutir en el referido examen, atendido que el legislador puede incluso llegar a limitar las atribuciones del juez penal para realizar dicho análisis, ex ante, so pretexto de regular el paso de una legislación a otra, no dejando al juez en situación de apreciar el carácter favorable o desfavorable que puede revestir el cambio legislativo, caso en el cual el análisis en cuestión podría resultar meramente quimérico. De manera que, no puede dejar de advertirse que nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley es de carácter concentrado, lo que implica que si el Tribunal se encontrara constreñido en sus atribuciones de determinar cuál es la ley penal más favorable, el juez del fondo estaría impedido de obviar la aplicación de la ley, salvo declaración de inaplicabilidad del referido precepto legal;*

En ese orden de ideas, es del caso mencionar que la irretroactividad de las leyes, en general, es la regla del sistema jurídico, sin embargo, en materia penal “[l]a aplicación de la ley penal en el tiempo está regida en primer término por el Art. 19 N° 3° (...) de la Constitución Política, y sólo secundariamente por las disposiciones legales de inferior rango. De acuerdo con dicha disposición de la Constitución Política: "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". (ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (1997) p. 141).

Siendo así, el constituyente, elevó a rango constitucional el principio de irretroactividad penal. Lo cual hace que, “la irretroactividad de la ley penal se alza como un mandato para el juez como para los legisladores, a quienes se les prohíbe dictar leyes penales con efectos retroactivos” (GARRIDO MONTT (2001) p. 106);”

Este mandato tiene limitaciones, como lo destaca la sentencia en análisis que a su vez cita otro pronunciamiento del Excmo. Tribunal: “*No obstante, esta atribución del legislador tiene dos limitaciones: una de carácter civil y la otra de naturaleza penal. En materia civil, no puede, por medio de la retroactividad de la ley, violar la garantía constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies que consagra en la actualidad el artículo 19, N°24, de la Constitución vigente. Y en materia penal, tiene la limitación establecida en el artículo 19, N°3, inciso penúltimo, que prescribe que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado. Como ya lo ha expresado este tribunal, en ciertos casos el legislador resuelve el conflicto que produce o pueda producir la aplicación de leyes que versen sobre la misma materia, acudiendo al sistema de las disposiciones transitorias” (STC 15, c 3°).*” (en subrayado en el original)

Por su parte los instrumentos internacionales reconocen asimismo el principio de irretroactividad y la excepción de la retroactividad más benigna, entre los cuales se cuentan:

1. El artículo 15, N° 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que prescribe: “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*”.
2. El artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala: “Artículo 9. Principio de Legalidad y 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.*”

⁹ STC 13.199-2022, 12 de abril de 2023, considerando 16°.

Así, la aplicación del precepto impugnado, en la especie, resulta contraria a la Constitución, dando lugar a una vulneración del derecho consagrado en el artículo 19 No 3 inciso 8° de la Carta Fundamental, a saber, al limitar al juez para la determinación de la ley aplicable, circunscribiéndolo solo a la época de comisión del hecho y a la decisión “administrativa” del Ministerio Público.

En efecto, en el diseño del sistema procesal penal chileno, la formalización de la investigación responde a una decisión autónoma del Ministerio Público pero que no tiene control jurisdiccional. Dicho de otro modo, al momento de decidir formalizar una investigación, o incluso, durante la época de investigación al momento de solicitar medidas cautelares reales como es el caso, los tribunales de justicia no están facultados para alterar la comunicación o invocación del Ministerio Público, quien queda vinculado a este acto hasta la etapa del juicio y posterior sentencia.

Es así como los tribunales deben aplicar la ley vigente a la etapa de ejecución del acto delictivo, esto significa, conforme al principio de legalidad, que la ley aplicable es aquella vigente al momento en que se cometió el ilícito.. La excepción, como se ha venido señalando, la constituye la aplicación de la nueva ley a aquellos delitos cometidos bajo la vigencia de una ley anterior, siempre que la nueva ley sea más favorable, como es este caso.

Sin embargo, ha sido el propio legislador quien ha impuesto un cerco al juez, al establecer sin matices en la norma transitoria impugnada, la aplicabilidad de la norma anterior sin distinguir la ley más favorable, lo que genera que la aplicación de ese inciso del artículo transitorio provoque efectos contrarios a la Constitución en la gestión pendiente, lo que ocurrirá si SSE. no previene esta vulneración. En ste caso particular, nos encontramos ante una norma que ordena la aplicación de la ley vigente al momento en que ocurrieron los hechos que serán materia de la imputación penal, lo que ha justificado la decisión del Ministerio Público de formalizar por estos dos órdenes normativos relativos a conductas análogas, cuya única diferencia es la época de comisión, sin atender al principio *lex mitior* consagrado en la Constitución.

De no mediar la declaración de inaplicabilidad solicitada a este Excmo. Tribunal, **el juez no tendrá otra alternativa más que aplicar aquellos dos órdenes regulatorios** requeridos por el Ministerio Público, a un misma conducta, **viéndose obligado a admitir una formalización**

fundado en una norma que genera efectos perjudiciales al imputado y, por otro lado, privado de aplicar la ley más favorable, vulnerando lo dispuesto en el artículo 19 n° 3 inciso octavo de la CPR.

Es del caso recordar que el artículo 17 de la Ley N° 21.459 dispone la derogación expresa de la ley 19.223, en los siguientes términos: *Artículo 17.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo primero transitorio de esta ley, derógase la ley . Toda referencia legal o reglamentaria a dicho cuerpo legal debe entenderse hecha a esta ley.*

De esta forma, la aplicación ultraactiva de los preceptos contenidos en el artículo 2 de la ley antigua suponen la aplicación de una ley derogada, sin que el artículo transitorio cuya inaplicabilidad se solicita remedie esta situación sino todo lo contrario, impidiendo que resulten aplicables los nuevos preceptos de la Ley N° 21.459, lo que ha sido recogido por el Ministerio Público en su solicitud de formalización y afectará la decisión que deba tomar el juez del fondo, quien no tendrá posibilidad real de aplicar la ley posterior más favorable. Se trata, por cierto, de una cuestión de mera legalidad, que incumbe al juez de instancia decidir- entre dos- cual es la ley aplicable al caso y determinar la aplicación de la norma más favorable. Lo que resulta en definitiva inconstitucional, sin embargo y como lo indicó la STC 13. 199-2022, es que una ley prohíba al juez aplicar la ley más favorable, o lo que es igual, que ordene al juez de fondo aplicar la ley más desfavorable, como ocurre en este caso.

CAPITULO 2

1.- NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SERÁN INFRINGIDAS POR LA APLICACIÓN AL CASO CONCRETO DEL ART.470 N° 11

Normas constitucionales que consagran el principio de igualdad ante la ley, el derecho a defensa, debido proceso y el principio de legalidad y tipicidad:

Artículo 19 N° 2: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.
Artículo 19 N° 3 inciso primero de la Constitución Política de la República:[La Constitución asegura a todas las personas ...] La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Inciso segundo: Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

Inciso sexto: “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.

Inciso noveno: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

2.2.- FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INDICADAS, EN PARTICULAR, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, DERECHO A LA DEFENSA, LEGALIDAD Y TIPICIDAD.

No se cumplen en la especie los requisitos de una delimitación clara del tipo ni delimitada en su núcleo esencial, de modo que su concreción queda entregada completamente a las partes, de manera que el juez de fondo, frente a esta indeterminación, queda vinculado por el contenido que los acusadores formulen respecto del tipo “administración desleal”. Esta indeterminación vulnera la garantía de legalidad y tipicidad, derecho a una defensa técnica e igualdad ante la ley.

La conducta típica prevista en el artículo 470 n° 11 es indeterminada por cuanto habrán tantas conductas típicas como intereses del titular del patrimonio afectado, sin que pueda identificarse en una sola, de modo que no es posible, para el titular del deber fiduciario, preveer razonablemente cual es la conducta tipificada por la norma, más aún cuando también es titular del patrimonio en cuestión, como en la especie. Por esta razón, PRIMUS no formuló su denuncia como un caso de administración desleal, sino como estafa, lo que no fue considerado por el Ministerio Público y arrastra a los imputados y al Tribunal a una formalización por un delito cuyos contornos no han sido definidos y su aplicación, de no ser corregida por SSE., genera un efecto contrario a la Constitución.

La estructura típica del delito de administración desleal contiene, en el CP chileno, dos modalidades comisivas: una de tipo especial relativa al abuso y otra general, referido al quiebre de confianza, similar a la construcción alemana del Parágrafo 266 del Código Penal alemán. Ambos requieren un resultado típico, sin embargo el título de imputación no es claro. Se advierte desde ya que nos encontramos frente a un diseño que queda entregado completamente a la discrecionalidad del juez de fondo, bajo la fórmula de “*cualquier otra conducta de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado*”, sin referencia siquiera a otras normas legales o reglamentarias que orienten al agente a cuál es esa otra conducta, más allá de la remisión al contrario interés del titular del patrimonio.

Esta indeterminación se ve reforzada en el párrafo tercero de la norma cuya inaplicabilidad se solicita, al identificar como conducta típica “***alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral***”, en circunstancias que el párrafo primero contiene dos supuestos distintos, uno relativo al abuso de poder y otro relativo al quiebre de confianza. En este orden de ideas, la posibilidad de conocer el contenido de la conducta típica *ex ante* se ve radicalmente afectada por la indeterminación típica, lo que incide directamente en las posibilidades de desarrollar una defensa técnica frente a una imputación cuyos contornos responden únicamente a i.- la decisión de la fiscalía y luego ii.- a la discrecionalidad judicial.

Lo anterior es particularmente relevante al analizar las presentaciones efectuadas por la denunciante, quien no considera que exista un delito de administración desleal, sino estafas-maquinaciones en concurso con falsificaciones de instrumento privado.

La máxima de Feuerbach *nullum crimen nulla poena sine lege* se desglosa en cuatro manifestaciones diversas, que constituyen verdaderas garantías para las personas cuando tienen la calidad de imputados en un proceso penal. Estas garantías, que derivan del principio de legalidad, se instauran como límites a la actuación del Estado, desde el principio hasta el término de un proceso penal (incluyendo la completa ejecución de la sentencia). Así, reciben reconocimiento constitucional i.- el principio de irretroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). , ii.- la prohibición de analogía *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, iii.- el principio de certeza (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)y iv.- el principio de reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

En el ámbito que nos ocupa, se ha identificado como integrante del principio de legalidad, el principio de tipicidad, que exige que una conducta punible con una pena corporal esté descrita con precisión y especificidad. Es particularmente interesante la precisión que realizó ese Excmo. Tribunal en STC Rol 244/1996:

“Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.

En relación con este principio, este Excmo. Tribunal ha resuelto que: *“Que el principio de tipicidad exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal), de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia (previa) acerca de la conducta que les resultará exigible”.* STC Rol 479, c. 25°.

En el mismo sentido, se ha establecido que *“La ley debe por lo menos contemplar la descripción medular de la conducta penal, sin entrar en su pormenorización, pero tampoco dejándolo tan vago que el intérprete no sepa a qué se aplica o si no se aplica”*¹⁰.

En este escenario, es claro que el numeral 11 del artículo 470 del CP deja la determinación del núcleo de la conducta punible completamente entregado al acusador, sin definir tampoco cómo se ha de determinar el contenido, por cuanto no se efectúa reenvío a norma alguna.

La Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19 N° 3: *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*, y, particularmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral.

La Excmo. Corte Suprema en SCS Rol N° 5019-2006 ha señalado que *“En nuestro país se ha adoptado un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el ius puniendi estatal, sino que también proscribire el uso abusivo de la potestad punitiva”*. En concordancia con lo anterior, resulta

¹⁰ Cea, José Luis; Derecho constitucional chileno; tomo 2, Ediciones PUC, Santiago 2004, p. 168.

innegable que la amplitud de los términos en que ha sido formulado el tipo penal contenido en el artículo 470 N° 11 configura una infracción al principio de proporcionalidad por cuanto cualquier conducta podría justificar una intervención estatal bajo el título de administración desleal, sin que haya sido posible identificarla a priori por el ciudadano, ajustando su conducta a las hipótesis toleradas por el legislador.

Así, la indeterminación de la conducta descrita en el artículo 470 N° 11, cualquiera sea ella de acuerdo a lo indicado en el inciso 3 de la norma en cuestión, puede acarrear no solo una pena corporal, sino también una multa que asciende a la mitad de lo defraudado, cuestión que por lo demás queda enteramente entregado a la determinación de la decisión del Ministerio Público de identificar alguna conducta dentro de todas las conductas posibles que admite la indeterminación de la supuesto típico, impidiendo al requirente diseñar una adecuada defensa técnica.

El derecho a contar con una defensa jurídica es una garantía constitucional que no puede ser limitada, restringida ni perturbada por ninguna autoridad o individuo. Esto es central y se relaciona directamente con la presunción de inocencia, en el sentido que la carga de la prueba es del acusador. Así, como puede defenderse una persona si no sabe, con anterioridad, cual es la conducta típica que será objeto de un proceso penal? Es tal la amplitud del tipo penal, que su definición ha quedado entregada a la denunciante y al Ministerio Público, sin que el requirente pueda saber hoy, a días de su formalización, cuales serán concretamente las conductas que un órgano estatal estimará como constitutivas del delito de administración desleal y cual será el perjuicio alegado.

La referencia a la administración desleal fue considerada para acceder a medidas cautelares reales, y sin duda será utilizada para justificar la prisión preventiva, privando al imputado de poder preveer, en su momento, que supuestas conductas que no estimó como típicas, sean así consideradas mañana, pudiendo incluso perder su libertad por eso.

En relación a las medidas cautelares reales, se señaló que habían ciertos bienes transferidos por mi representado a su ex conyuge, no gozaban de justificación aparente. Fue así como el Ministerio Público, imputando administración desleal y otros delitos, logró que se decretara prohibición de celebrar actos y contratos sobre el inmueble ubicado en calle El Tordillo n° 10798, comuna de Lo Barnechea, inscrito a fs. 49251 N° 71535 del Registro de Propiedad del

Conservador de Bienes Raíces de Santiago. Sin embargo esta propiedad fue transferidas por mi representado a la madre de sus hijos **en virtud de una resolución judicial del 1er Juzgado de Familia de Santiago, en causa RIT N° C-3659-2023** y es el lugar donde reside la ex cónyuge y los 3 hijos menores de edad del requirente. (Doc. N° 9)

Así, es la mera discrecionalidad del Ministerio Público la que genera una situación **de desigualdad respecto de personas que se encuentran en una misma situación (otros administradores y directores) a quienes no se le ha imputado delito alguno sin tampoco conocer de manera previa cual es la conducta típica que dio origen a la imputación penal a título de administración desleal.**

Efectuar una imputación penal a título de administración desleal, con todas las deficiencias y complejidades que presenta el tipo penal, supone transgredir el principio de reserva legal y de tipicidad, otorgando la posibilidad de que una persona sea condenada a una pena privativa de libertad, por un hecho que no fue posible de preveer con la precisión requerida para la determinación típica.

En este análisis, es necesario recordar que su Excmo. Tribunal se ha referido al mandato de reserva de ley en materia de tipicidad penal contenido en el inciso noveno del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, señalando que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia previa acerca de la conducta que les resultará exigible.¹¹

En relación a la concreción del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad o taxatividad, supone que sea el legislador quien formule los tipos penales y que esto se haga de manera precisa y determinada, concluyéndose que existe un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresa, clara y comprensiblemente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona.¹² Se ha indicado además que la relación entre los principios de legalidad y tipicidad se expresa en cuanto el principio de legalidad satisface un estándar relacionado con la previsibilidad de las conductas

¹¹ Entre otras, sentencias roles N°s 479 c. 25; 2738 cc. 4 y 5; 2744 c. 6; 2953 c. 8 y 3329 c. 19.

¹² Entre otras, STC N°s 24 c. 5; 306 c. 9; 468 c. 12; 559 c. 12; 781 c. 7; 1011 c. 4; 1351 c. 23; 1352 c. 23; 1432 c. 26; 1443 c. 23; 2615 c. 27; 2744 c. 8; 2846 c. 14 y 2953 c. 10

y su sanción y la tipicidad requiere, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable.

Se requiere que la delimitación del tipo sea clara y delimitada en su núcleo esencial, que permita reconocer los límites y elementos de la conducta tipificada, siguiendo una definición de esa Alta Magistratura desde el Rol 24.

En este orden de ideas, es claro que aquello que se exige, como contenido mínimo para una ley penal, es la descripción del núcleo esencial de la conducta sancionada, lo que no ocurre en la norma contenida en el artículo 470 N° 11 del Código Penal, cuyos límites y elementos no pueden extraerse de la redacción normativa.

Así, la aplicación al caso concreto de esta norma afecta el principio de legalidad que prevé el artículo 19 N° 3, incisos sexto y noveno, de la Constitución. En efecto, aparece que tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido que el principio de legalidad abarca no sólo un límite formal que implica que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas, sino también comprende un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona. La Constitución exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción que será aplicada al imputado se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que haya tenido una suficiente noticia previa acerca de la conducta que le resultaba exigible, lo que no sucedería en la especie, dado la amplitud de la formulación típica contenida en el artículo 470 n° 11 en análisis, cuya historia se analiza en el capítulo siguiente.

2.3.- HISTORIA DE LA LEY 21.121, que incorporó el delito de administración desleal.

Luego de un largo debate legislativo, y cuestionamientos relativos a la impunidad de la criminalidad económica, se aprobó la ley 21.121, que consagró un tipo generérico de administración desleal, a la par de realizar modificaciones sustantivas y procesales a distintos cuerpos normativos orientados principalmente al reforzamiento del sistema de delitos de corrupción tanto en el ámbito público como privado. Por ser el objeto de este requerimiento, solo abordaré el delito de administración desleal incorporado como un nuevo numeral 11 al artículo 470 de CP.

El antecedente de esta necesidad de protección surge de la realidad económica de estos tiempos, en que es frecuente que las personas no administren por si mismas sus patrimonios, sea por la diversificación de los mismos, por el volumen, por mera voluntad o por situaciones de hecho, como por ejemplo, comunidades hereditarias o incapacidad. Por la razón que sea, se ha producido, una divergencia entre la titularidad y la gestión del patrimonio lo que justifica el surgimiento de un deber de tutela patrimonial de quien administra, que consiste en el deber de velar por los intereses patrimoniales del titular. Como señala el profesor Hernández *“En un contexto de desarrollo económico caracterizado por la formación de grandes capitales y la creciente separación entre administración y titularidad del patrimonio (...) puede afirmarse la importancia de los medios de la administración desleal como medios defraudatorios ha aumentado exponencialmente, al punto que **su adecuada represión** aparezca indispensable para la configuración de una economía moderna”*¹³ (el subrayado es nuestro).

La redacción chilena se inspira esencialmente en la tipificación alemana, que también consagra un tipo genérico de administración desleal cuya indeterminación debió ser ajustada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, luego de ser requerida su inconstitucionalidad.

En efecto, el artículo 266 del Código Penal alemán prescribe: *“El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”*.

Este artículo consagra dos modalidades de comisión (se ha planteado también que son dos alternativas típicas): por una parte el tipo de abuso, consistente en abusar de una facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, y por otra el tipo de infidelidad, consistente en la infracción de un deber de salvaguarda de patrimonio ajeno. El asunto que ha sido materia de discusión es si ambas modalidades requieren un vínculo entre el agente y la víctima o si este vínculo solo es exigible para el tipo de infidelidad, que operaría como tipo amplio. Esta materia fue zanjada por el Tribunal Supremo Federal alemán en el caso conocido como “la tarjeta de cheques”, decantándose por una tesis monista, que considera que tanto para la variante de abuso

¹³ Hernández, Héctor. La Administración desleal en el derecho penal chileno. p 240.

como para la variante de infidelidad es necesario que el potencial autor tenga el estatus de garante de la protección del patrimonio afectado.

En el 2000, el profesor Claus Roxin ya expresaba la vaguedad de la descripción típica de los deberes cuya infracción constituyen administración desleal: *“La problemática del §266, desde el punto de vista del Estado de Derecho, no radica por consecuencia en la falta de descripción de la acción, sino en la vaguedad de los deberes a los que se refiere. Donde, por el contrario, estos deberes están determinados de manera clara, se han cumplido de sobra las exigencias del nullum crimen, pues la remisión a estos deberes sustituye a la descripción de la acción”*¹⁴

La amplitud de los términos de la descripción típica fue objeto de críticas en Alemania, que llevó esta discusión ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán para reclamar su inconstitucionalidad. Este órgano entregó criterios para evitar una aplicación amplia del tipo contraria a los derechos fundamentales.

Este fallo es fundamental para comprender los riesgos que importa una consagración indeterminada del injusto típico, tomando en especial consideración la construcción del tipo como aquellos de infracción de un deber y la naturaleza fragmentaria de la protección del patrimonio. En este sentido, si bien los ciudadanos requieren que el valor de su patrimonio sea protegido, lo cierto es que **no toda afectación del valor de este patrimonio requiere ser sancionada como delictiva**. Es así como no resulta proporcional imponer una sanción penal frente a las pérdidas o mermas que una persona sufra en el mercado, ni tampoco estas pérdidas justifican un reproche jurídicamente relevante de manera automática. Así, **no resulta razonable conferir una protección universal del patrimonio frente a todo menoscabo, de modo que es necesario determinar, objetivamente cuales son los elementos básicos que justifiquen esta protección, sin desconfigurar el tipo.** Este es el ejercicio realizado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) el 23 de julio de 2010¹⁵, que concurre a precisar los límites del tipo desde la definición de los deberes, por un lado, y por la determinación del perjuicio, que plantea un problema análogo a la regulación chilena.

¹⁴ Roxin, Claus, “Política criminal y sistema del derecho penal”; Trad. Francisco Muñoz Conde, Editorial Hamurabi, Argentina, 2ª Edición, p. 62.

¹⁵ Se acompaña traducción de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en otrosí de esta presentación.

En cuanto a la tramitación legislativa, la norma chilena fue propuesta inicialmente en estos términos:

“Artículo 287 ter. El que, teniendo a su cargo el cuidado, la custodia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le causare un perjuicio, sea ejerciendo abusivamente las facultades para disponer por cuenta de este patrimonio, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario a los intereses del titular del patrimonio afectado, será castigado con presidio menor en su grado máximo, y multa del diez al cien por ciento del perjuicio causado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, las penas se impondrán en su máximo.”

Su incorporación se promovía en el párrafo 7º del título VI del libro II del Código Penal de los "crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas", lo que fue corregido prontamente y se ubicó dentro de los delitos contra el patrimonio.

Sin embargo, y como consta del artículo aprobado en definitiva, esta propuesta fue objeto de indicaciones y modificaciones, las que determinaron la ampliación del tipo y la incorporación de supuestos referidos a infracciones cometidas dentro de una sociedad anónima, con una determinación genérica, que si bien ajusta en algo la infradeterminación alemana, lo cierto es que deja sin concreción el contenido de la conducta típica.

Así, la norma chilena siguió a la norma alemana que contempla dos modalidades de realización del tipo: la modalidad de abuso y la modalidad de infidelidad o quiebre de confianza. Se advierte que la amplitud del tipo ha debido ser complementada por la doctrina, para determinar cuando estamos frente a una modalidad o a otra. Sin embargo, queda por definir todavía si el deber de tutela patrimonial integra ambas modalidades o no, ya que esa definición afectará necesariamente a quien puede ser el sujeto activo y, como consecuencia, la conducta típica.

La discusión reseñada no es baladí, ya que las consecuencias de adherir a una tesis monista o dualista, determinará que ambas modalidades de comisión gocen de una estructura similar y la distinción vendrá dada por la determinación de la conducta típica, la que, como se ha expuesto, se encuentra lejos de tener su núcleo esencial definido. **Debo recordar que para el caso alemán, la decisión pasó por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.**

Así, la conducta típica prevista en el artículo 470 n° 11 es indeterminada por cuanto **habrán tantas conductas típicas como intereses del titular del patrimonio afectado, sin que pueda identificarse en una sola, de modo que no es posible, para el titular del deber fiduciario, prever cual es la conducta tipificada por la norma, más aún cuando todos conocían el estado de los negocios de PRIMUS, como en la especie. Por esta razón, y razonablemente, PRIMUS no formuló su denuncia como un caso de administración desleal, sino como estafa, lo que no fue considerado por el Ministerio Público, arrastrando a los imputados y al Tribunal a una formalización por un delito cuyos contornos no han sido definidos y su aplicación, de no ser corregida por SSE., supone un efecto contrario a la Constitución.**

Incluso la doctrina especializada ha llamado la atención sobre esta falta de precisión, recurriendo a la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo Aleman (que no tiene el valor de fuente para el derecho interno). Sobre el particular, el profesor Mañalich ha señalado: *“si bien esto supone validar un esquema de distribución compartida, para la legislación y la jurisdicción, de la tarea de fijar el alcance de las normas de sanción penal, ello no alcanzaría a volver admisible una maniobra de pretendida rectificación judicial de un déficit de precisión que sobrepasara el umbral a partir del cual habría que reconocer sin más una vulneración legislativa del mandato de determinación”*¹⁶.

En otras palabras, **no hay dudas que la norma contenida en el artículo 470 n° 11 del Código Penal adolece de una indeterminación, reconocida por la doctrina nacional y en su momento por la justicia constitucional alemana. Así, es del todo necesario que VSE conozca el fondo de este requerimiento y lo acoja, evitando las graves consecuencias que la aplicación de una ley penal indeterminada importa para la vigencia de las normas constitucionales en riesgo.**

Finalmente, es importante tener presente que la indeterminación típica que exhibe el delito de administración desleal, en la que no se identifica concretamente la conducta objeto de sanción ni los deberes cuya infracción genera una respuesta penal puede derivar incluso a la

¹⁶ Mañalich Raffo, Juan Pablo. (2022). La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva. *Revista de derecho (Valdivia)*, 35(2), 297-316. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200297>

criminalización de conductas que constituyen meros incumplimientos civiles o societarios, acarreado en definitiva la prisión por deudas, cuestión proscrita por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 7.8.

Ese Excmo. Tribunal se ha pronunciado en idéntico sentido, al proscribir que una persona sea privada de su libertad como consecuencia del no pago de una obligación contractual, eso es, de aquella derivada de un acuerdo que vincula a las partes en el ámbito civil. Ha afirmado que lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada como causa de una sanción privativa de libertad (STC Rol 1145 c. 25°, 807 c. 13).

Asimismo, en la STC 2102, esa Alta Magistratura sostuvo que *“Si bien la literalidad es diversa en cada tratado, su alcance es similar, en el sentido que la prohibición internacional consiste en una limitación al ius puniendi del Estado, en cuanto a no estar éste autorizado para criminalizar, esto es, definir o tipificar como delitos y, consecuentemente, aplicar y ejecutar sanciones penales o medidas de naturaleza equivalente (a penas) privativas de libertad, or el mero incumplimiento de obligaciones civiles contractuales. Por lo mismo, lo que el Estado no puede hacer es considerar delito al mero incumplimiento contractual. Es decir, no es posible ordenar el aparato punitivo del Estado en función del cumplimiento de obligaciones civiles, en vez de reservar subsidiariamente la reacción penal para la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos esenciales, por medio de ataques especialmente disvaliosos definidos legalmente. (...)”*

Capítulo 3

3.1.- NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS DE APLICARSE EL PRECEPTO LEGAL AL CASO CONCRETO.

De aplicarse la norma contenida en el inciso tercero del literal c) del artículo 140 del Código Procesal Penal (en destacado): **“Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad del hecho (...)”** Se generan efectos contrarios a la garantía de un procedimiento racional y justo, previsto en el artículo 19 n° 3 inciso 6 de la Constitución.

El artículo 19 n° 3 inciso 6° dispone que “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción deberá fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un proceso racional y justos*”

3.2.- FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INDICADAS, EN PARTICULAR, DERECHO A UN JUSTO Y RACIONAL PROCEDIMIENTO.

Es público y notorio que el Ministerio Público ha desarrollado una activa investigación contra mi representado, anunciando ya desde el mes de marzo del año pasado que solicitará la prisión preventiva.

En ese orden de ideas, cabe admitir que probablemente uno de los criterios de peligrosidad que deberá aplicar el juez son aquellos contenidos en el artículo 140 letra c) del CPP, especialmente aquel relativo a la peligrosidad de un individuo para la seguridad de la sociedad.

Así, recibirá aplicación el precepto legal introducido al artículo 140 letra c), relativo a la “gravedad del hecho” como un criterio para determinar la peligrosidad de un sujeto, sin embargo, que quiere decir la gravedad de una hecho? Sigue encontrándose vigente la referencia a la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se imputa y el carácter de los mismos y la existencia de procesos pendientes.

Los criterios mencionados distan por cierto de constituir criterios relacionados estrictamente con una finalidad cautelar, es decir, se trata en realidad de criterios de peligrosidad pero al menos tienen un contenido *objetivable* que no se complementa del todo con la subjetividad del aplicador, sino que ha sido el legislador quien ha entregado parámetros para su determinación: la pena asignada, el número de delitos, tener procesos pendientes, entre otros criterios *objetivos*.

Esa labor, en cambio, se abandona con el criterio introducido por la Ley N° 21.635 relativo a la gravedad del hecho. Qué es la gravedad del hecho? Que salga en la prensa, que afecte a un grupo de personas, que tenga víctimas concretas, que afecte a un sector de la población? Es esta subjetividad, entregada por completo a la determinación judicial, la que afecta la garantía de un

proceso racional, porque la racionalidad supone un análisis que pueda ser contrastado y que no responda a la mera discrecionalidad del agente.

Según el Diccionario Panhispánico de español jurídico, la racionalidad es Requisito de cualquier actuación o decisión de un órgano o institución pública, cuya vulneración afecta a su validez y el estándar de racionalidad es definido como aquel *Parámetro objetivo para determinar la constitucionalidad de una ley o acto que es sometido a la valoración de un órgano jurisdiccional o un juez*.

En ese orden de ideas, queda claro que la referencia a la gravedad del hecho solo apela a la subjetividad del aplicador, y en tal sentido, su aplicación al proceso en concreto genera efectos contrarios a la Constitución, en especial, al derecho a un proceso racional y justo.

Que esta norma resulte aplicable a la determinación de medidas cautelares no es obstáculo para requerir la tutela de este Excmo. Tribunal, por cuanto ya ha sido resuelto que *“La garantía constitucional de un procedimiento y una investigación racionales y justos se aplica, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica. Así, la exigencia del procedimiento racional y justo es a todo proceso, siendo un mandato categórico al legislador, no susceptible de calificación o interpretación.”* (STC 478 c. 13 y en el mismo sentido STC 529 c. 13; STC 1488 c. 14 y 2381 c. 17.)

Es más, en el evento de aplicarse esta norma y luego intentar apelar de esa resolución, ¿cuál será la enmienda conforme a derecho que se solicitará al tribunal de alzada? Una regulación así de discrecional, en el ámbito de las libertades personales, atenta también contra el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto era posible obtener el beneficio querido por la norma sin vulnerar tan gravosamente el derecho a un justo y racional procedimiento.

Así, la apelación contra una posible resolución basado en la gravedad del hecho se torna estéril, sin que pueda proclamarse del derecho de un imputado de revisar las decisiones relativas a su libertad personal por un superior jerárquico.



La referencia, entonces, a la gravedad del hecho apunta a la exclusiva subjetividad del juez, ya que el criterio de la gravedad de la pena asignada al delito sigue vigente y dota del alguna objetividad la determinación de la peligrosidad. De este modo, y para que la referencia a la gravedad del hecho no constituya una reiteración, es necesario dotarla de un sentido distinto a la gravedad de la pena asignada al delito. Es aquello que se conoce en términos forenses como la *fealdad del delito*.

VII.- COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha resuelto que la competencia constitucional se limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Su competencia debe ceñirse a lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado, lo que se traduce en que el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la aplicación de ley en el caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales.

POR TANTO;

SOLICITO A ESTE EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente en causa penal el proceso penal RUC N° 2300558519-8, RIT N° 5249-2023, del 4° Juzgado de Garantía de Santiago seguido en contra de don Francisco José Coeymans Ossandón, por los presuntos delitos de administración desleal, estafa, falsificación de instrumento privado y lavado de activos, admitirlo a tramitación y declarar en definitiva que la parte impugnada del artículo 470 N° 11 del Código Penal; artículo 1 transitorio inciso 1 de la Ley 21.459 y la parte impugnada del artículo 140 literal c) del CPP no serán aplicable en la gestión pendiente ya individualizada por cuanto su aplicación al caso concreto infringe los artículos 19 No 2 inciso segundo y No 3 incisos primero, segundo, sexto y noveno; 19 n° 2 inciso segundo y 19 n° 3 inciso octavo de la, que consagra el principio de *lex mitior* y artículo 19 n° 3 inciso sexto, respectivamente, todos de la Constitución Política de la República.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a SS. Excma. Tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Denuncia presentada por Primus Capital S.A.
- 2.- Presentación efectuada por Primus Capital S.A. (Ampliación)
- 3.- Solicitud de alzamiento de secreto bancario y medidas cautelares reales efectuada por el Ministerio Público.
- 4.-Resoluciones del 4º Juzgado de Garantía de Santiago que acogió la solicitud de la Fiscalía relativa a cautelares reales y alzamiento de secreto bancario.
- 5.- Primera solicitud de formalización y resolución del 4º Juzgado de Garantía de Santiago fijó fecha de formalización para el 27 de febrero de 2024 a las 11:00 hrs.
- 6.- Segunda solicitud de formalización del Ministerio Público indicando que comunicará cargos adicionales.
- 7.- Resolución del Tribunal, fijando día y hora para formalización el 3 de abril de 2024, a las 09:00 hrs.
- 8.- Solicitud de peritaje efectuada por la defensa del Sr. Coeymans.
- 9.- Resolución judicial del 1er Juzgado de Familia de Santiago, en causa RIT N° C-3659-2023, referida a la residencia lugar donde reside la ex cónyuge y los 3 hijos menores de edad del requirente.
- 10.- Certificado de Gestión Pendiente.
- 11.- Traducción de la decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) del 23 de junio de 2010 (BVerfGE 126, 170) sobre administración fraudulenta, publicado en revista digital ENLETRA: Derecho Penal, Año IV; N° 7.

SEGUNDO OTROSI: De conformidad con lo que dispone el artículo 93 de la Constitución Política de la República y el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dada la inminente posibilidad que se lleve a cabo la gestión pendiente ya individualizada, y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión, solicito a S.S. Excm. decretar la suspensión del procedimiento penal en el que incide el presente requerimiento.

TERCER OTROSI: Solicito a SS. tener presente que la personería con que actúo consta en mandato judicial extendido ante el notario público titular de Lo Barnechea, don Patricio Corominas Mellado, con el repertorio N° 1022-2024, del 20 de febrero de 2024.

CUARTO OTROSÍ: Atendida mi calidad de abogada, asumo personalmente el patrocinio y poder del requirente, fijando como domicilio el de calle El Regidor n° 66, piso 14, comuna de Las Condes.

QUINTO OTROSI: Solicitamos a VSE, practicar las notificaciones que se pudieren dictar en esta causa a la siguiente dirección de correo electrónico: ximenarisco@gmail.com.

