



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado
Magíster en Derecho Penal

CASO FERMEX. ESTAFAS MASIVAS Y SOLUCIÓN CONCURSAL

Autor: Victor Manuel Vidal Moya. Rut: 13.455.859-8
Profesor Guía: Alfredo Etcheberry Orthusteguy
Universidad de Chile.
Año 2012

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar la naturaleza concursal a que puede dar lugar la comisión de delitos de fraude masivo. La solución que se ofrezca incide significativamente en la penalidad aplicable a dicha realidad delictual. En particular, se pretende determinar si la calificación de reiteración de delitos o concurso real otorgada por la judicatura al caso “Fermex” o “quesitos mágicos” es la solución que mejor se adecua a su naturaleza jurídica. Se exponen brevemente algunos casos emblemáticos, características y tratamiento del delito masa en algunas legislaciones. Se explora la posibilidad de calificarlos como caso de unidad de acción, delito continuado y pluralidad de acciones. Se analiza el tratamiento penal de los delitos masivos en Chile y especialmente el otorgado por la sentencia condenatoria en el caso conocido como “Fermex” o “quesitos mágicos”.

Palabras clave. Fraudes masivos. Delito masa. Caso quesitos. Delito continuado. Concurso real.

ÍNDICE

Resumen	2
Introducción	4
1. Casos emblemáticos de fraudes masivos.	6
1.1 La estafa de Carlos Ponzi	6
1.2 La estafa de Bernard Madoff	7
1.3 La estafa del Jamonero de Trevelez	9
1.4 La estafa de FERMEX o “caso de los quesitos mágicos”.	10
2. El delito masa.	13
2.1 Delito masa en el código penal español de 1995.	14
2.2 Delito masa en el código penal de El Salvador de 1997.	15
3. Naturaleza concursal de los delitos masa.	19
3.1 Delito masa y unidad de acción.	20
3.2 Delito masa y delito continuado.	23
3.3 Delito masa y pluralidad de acciones.	27
4. Fraudes masivos o delitos masa y tratamiento punitivo en Chile	29
4.1 Reglas aplicables al concurso real de delitos	30
5. Análisis de la solución concursal resuelta por el tribunal para el caso Fermex.	35
Conclusión.	39
Bibliografía.	41
Anexos.	43
Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. <i>Rodrigo Núñez y otros con Fernando Antonio Jara y Víctor Jaime Mella</i> (2007). 28 diciembre 2007., RUC 600289809-6, RIT 7503-2006.	
Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago. <i>Rodrigo Núñez y otros con Fernando Antonio Jara y Víctor Jaime Mella</i> (2008). 24 de enero de 2008, Rol 53-2008.	
Excma. Corte Suprema. <i>Consejo de Defensa del Estado con Sergio Cortés Castro y otros.</i> (2007).20 noviembre 2007.Rol 1494-2007.	

INTRODUCCIÓN

Por medio de la presente actividad formativa equivalente a tesis, se desarrollará y analizará una de las mayores dificultades jurídico penales que se presentan al momento de enfrentarse a las estafas masivas, definir la naturaleza concursal a que puede dar lugar. En particular, se pretende determinar si la calificación de reiteración de delitos o concurso real otorgada por la judicatura al caso FERMEX, es la solución que mejor se adecua a la naturaleza jurídica de los fraudes masivos.

En nuestro país no existen antecedentes de la presencia de un claro fraude masivo en que se haya resuelto la condena de los responsables y del cual exista literatura jurídica que se haga cargo del tratamiento concursal. Un caso de reciente data conocido como “Fermex” o “caso de los quesitos mágicos”, como lo denominó la prensa de la época¹, ofreció una oportunidad de explorar los problemas concursales que presentan este tipo de hechos.

La determinación de la naturaleza concursal de los fraudes masivos no corresponde a un análisis accesorio para este tipo de procesos, sino que, por el contrario, resulta de gran significación práctica, atendidas las importantes diferencias que se advierten en el tratamiento penológico de las distintas soluciones a la que el intérprete puede arribar.

La precaria literatura y jurisprudencia existente en torno a los fraudes masivos, exigió por parte de los intervinientes de la causa referida, un interesante análisis y debate, parte de este será recogido en el presente trabajo, procurando mantener un orden sistemático que facilite su comprensión.

Para introducir el tema principal, se expondrán otros casos emblemáticos de fraudes masivos, con el objeto de determinar si revisten características semejantes y si comparten una naturaleza común.

¹WIKIPEDIA ENCICLOPEDIA LIBRE [en línea]
<http://es.wikipedia.org/wiki/Estafa_de_los_quesitos> [consulta: marzo 2012]

Luego se expondrán algunas de las características del denominado “delito masa” y la forma en que es recogido este fenómeno en la legislación de algunos países que lo consagran, ello permitirá determinar si es posible atribuir al caso “Fermex” dicho carácter.

A continuación se analizará la naturaleza concursal de los fraudes masivos calificados de “delito masa”. Se estudiará su posible adecuación a casos de “unidad de acción” y en especial a la figura jurídica conocida como “delito continuado”. Se expondrán las razones que llevan a descartar esas posibilidades y el modo en que se acudirá a la “pluralidad de acción” como solución más adecuada.

En el penúltimo capítulo se examinará el tratamiento penal aplicable a los delitos masa en Chile, se revisarán las distintas alternativas y la aplicación propuesta para el caso FERMEX y otros semejantes.

En el último capítulo analizaré la sentencia condenatoria del caso FERMEX, en particular los considerandos relativos a calificación jurídica y determinación de pena, a fin de verificar de si en dicha resolución, a pesar de sus sucintas consideraciones, se recogen de alguna manera los argumentos desarrollados en este trabajo, que corresponden a los fundamentos planteados por el Fiscal de la causa, autor de la presente obra.

1. CASOS EMBLEMÁTICOS DE FRAUDES MASIVOS.

Se expondrán a continuación casos emblemáticos de fraudes masivos, con el objeto de determinar si revisten características semejantes y si comparten una naturaleza común: la estafa de Carlos Ponzi, la estafa de Bernard Maddoff, la estafa del “Jamonero de Trevez” y finalmente el “caso de los quesitos mágicos” o “FERMEX”.

1.1 La estafa de Carlos Ponzi.

El primer gran fraude masivo registrado en la literatura es el protagonizado por Carlos Ponzi, un estafador italiano que se radicó en Boston, EE.UU, en los años 20'. Tan eficaz fue el fraude masivo que protagonizó, que el esquema utilizado para llevar a cabo dicho negocio ilícito es ahora conocido como el “esquema Ponzi”.

El esquema Ponzi, funciona como una operación fraudulenta de inversión, “consiste en un proceso en el que las ganancias que obtienen los primeros inversionistas son generadas gracias al dinero aportado por los nuevos inversores que caen engañados por las promesas de obtener grandes beneficios”². También se conoce este esquema como “estafa piramidal”³.

En particular, el fraude desarrollado por Carlos Ponzi consistió en lo siguiente:

i. Ponzi se percató que los inmigrantes europeos que vivían en Boston enviaban a sus parientes en Europa correspondencia donde les adjuntaban cupones intercambiables por dinero. Estos cupones, descubrió Ponzi, podían ser comprados a un menor precio en el extranjero, por lo que si lo hacía y luego los revendía en EE.UU, podía conseguir una ganancia por el mayor precio obtenido.

²WIKIPEDIA ENCICLOPEDIA LIBRE [en línea] < http://es.wikipedia.org/wiki/Esquema_Ponzi> [consulta: marzo 2012]

³WIKIPEDIA ENCICLOPEDIA LIBRE [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Esquema_de_pir%C3%A1mide> [consulta: marzo 2012]

ii. Para revender estos cupones, creó la empresa “Securities Exchange Company”. Comenzó a ofrecer participación en esta sociedad, ofreciendo a los inversionistas suculentas ganancias (50% por sobre lo invertido en 45 días, o 100% por sobre lo invertido en 90 días). Los primeros inversionistas recibieron en tiempo y forma sus utilidades, por lo que la fama del negocio se acrecentó y miles de personas invirtieron en su negocio. Sin embargo, en realidad, Ponzi no pagaba las inversiones con las utilidades obtenidas por la venta de cupones, sino que lo hacía utilizando el capital aportado por los nuevos inversores. Para mantener la fachada del negocio, Ponzi contrato agentes y pagaba comisiones a las personas por cada nuevo inversionista que pudieran traer.

iii. El 26 de julio de 1920, el Boston Post publicó un reportaje donde develaba que la empresa de Ponzi no invertía los capitales obtenidos ni en la compra de cupones ni en la sociedad, sino que simplemente los utilizaba para pagar a los antiguos inversores. Se develó que en realidad había en circulación 27.000 cupones, cuando para cubrir las obligaciones contraídas por Ponzi se necesitaban unos 160 millones de cupones. Ante esto, sus inversionistas se retiraron del negocio y fue procesado, siendo condenado a prisión por fraude, por cinco y luego por 10 años.

1.2 La estafa de Bernard Madoff⁴

Bernard Madoff creó y presidió una firma de inversiones en bolsa que llevó su nombre, con la cual generó una forma de esquema Ponzi mediante el cual protagonizó el fraude

⁴ Síntesis de lo señalado en: Cómo ideó Bernard Madoff "la gran estafa" de la que habla el mundo [en línea]. IProfesional. 14 de diciembre de 2008.

<<http://www.iprofesional.com/notas/75943-Como-ideo-Bernard-Madoff-la-gran-estafa-de-la-que-habla-el-mundo.html>>.

Madoff, condenado a 150 años de cárcel por estafar 50.000 millones de dólares [en línea]. El País. 29 de junio de 2009.

<http://www.elpais.com/articulo/economia/Madoff/condenado/150/anos/carcel/estafar/50000/millones/dolares/elpepueco/20090629elpepueco_7/Tes> y

WIKIPEDIA ENCICLOPEDIA LIBRE [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Bernard_Madoff> [consulta abril 2012]

masivo más grande conocido hasta el momento, avaluado en aproximadamente 50.000 millones de dólares.

Usando su reputación de gran colocador de acciones de bolsa e inversor, Madoff atrajo capitales de las más importantes empresas, fundaciones y de particulares en Estados Unidos y el resto del mundo.

Básicamente, aplicó el esquema Ponzi al mundo de las inversiones en bolsa. Atraía capitales producto de su gran fama en el mundo de los negocios (entre otros cargos importantes, fue presidente de las NASDAQ) y prometía devolver las utilidades en un lapso de tiempo. Parte del engaño se sustentaba en la exclusividad de su fondo de inversión, del cual solo podían participar reputadas empresas y exclusivas personas, lo que unido al hecho de que aun en épocas de crisis lograba obtener utilidades, le sirvió de señuelo para atraer durante años a nuevos inversores con cuyos fondos lograban sustentar sus fraudes.

La exclusividad de su cartera de clientes, así como por el hecho de que parte importante de ella estaba formada por fondos de inversión, hizo complicado determinar con exactitud quienes fueron las personas defraudadas y el monto del perjuicio causado. Entre sus víctimas internacionales se cuentan a fondos de inversión españoles relacionados al banco Santander, a la banca francesa (BNP Paribas) y a la firma japonesa "Nomura Holdings", entre otros, así como a diversos fondos de inversiones estadounidenses. Fueron víctimas de este fraude masivo también diversas celebridades estadounidenses, como el propietario del equipo de baseball de Nueva York, los "Mets", Fred Wilpon, y el dueño del equipo de futbol americano, los "Philadelphia Eagles", Norman Bradman.

El 29 de Junio de 2009, Madoff fue condenado por el juez federal estadounidense Denny Chin a 150 años de privación de libertad.

1.3 La estafa del Jamonero de Trevelez⁵.

Siguiendo la misma lógica de Ponzi, el español Antonio Herrera constituye el año 1993 la sociedad mercantil “Jamones Fernando S.L”, cuyo objeto social era el secado y curación de jamones. Dado su anterior cargo como director de una entidad de crédito municipal, Herrera conocía el funcionamiento de las distintas modalidades de crédito y los medios de financiamiento de las empresas dedicadas al sector del jamón. Producto de este mismo cargo, contaba con una buena imagen y consideración en la zona de Alpujarra, localidad española donde comenzó sus operaciones.

Con esta y otras sociedades que constituyó con posterioridad, procedió a ofrecer al público en general préstamos o inversiones en jamones, los cuales ofrecía como garantes de la entrega dineraria. En otras palabras, prometía a sus inversores un beneficio del 16% anual por el capital aportado o, en su defecto, a pagarles en jamones si la empresa no generaba utilidades.

Como en los casos anteriores, Herrera no empleaba estos dineros para comprar lotes de jamones crudos, sino que las destinaba a otras actividades, principalmente la adquisición de bienes inmuebles ajenos a la actividad.

Cuando los perjudicados pretendían obtener el retorno de sus inversiones o préstamos, Herrera los convencía con falsas promesas y documentos falsificados de que reinvertiesen su capital. De esta forma, y para garantizarles el futuro pago de sus deudas, Herrera libraba numerosos cheques y pagarés sin fondos, de modo que al verse sorprendido sin fondos, se justificaba amparándose en el retraso de alguno de los créditos que tenía en su favor.

⁵Trasladan a España al 'jamonero de Trevélez', que estafó 25 millones a vecinos de Granada [en línea]. El Mundo. 13 de diciembre de 2007. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/12/13/espana/1197554342.html>> y El jamonero de Trevélez acepta once años de cárcel tras un acuerdo con el fiscal [en línea]. El Mundo. 25 de mayo de 2009. <de <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/25/andalucia/1243237865.html>>

El fraude se pudo mantener oculto además porque las cantidades recibidas no eran contabilizadas en las cuentas sociales ni asentadas en los libros mercantiles, de modo que no podían ser fiscalizados por la autoridad.

Al no verse pagados en sus capitales, los inversionistas comenzaron a presionar a Herrera, el que tuvo que huir de España en Octubre de 2004, con rumbo a República Dominicana. Posteriormente fue procesado y se obtuvo su extradición, siendo procesado por la justicia española el año 2007. Finalmente fue condenado a 11 años de privación efectiva de libertad por aceptar los cargos de autor de un delito continuado de estafa y apropiación indebida en concurso con otro continuado de falsedad en documento mercantil; otro de estafa; otro de alzamiento de bienes; y cuatro delitos más contra la Hacienda Pública.

1.4 El estafa de FERMEX o “caso de los quesitos mágicos”.

En Chile, Víctor Mella y Fernando Jara constituyeron la sociedad anónima cerrada que denominaron “Fermex Chile S.A”. Utilizando la sociedad realizaron una serie de conductas engañosas, todas destinadas a producir un error a un grupo indeterminado de personas, las cuales movidas por esta falsa representación de la realidad dispusieron patrimonialmente a favor de Fermex Chile S.A, lo que por consecuencia, produjo un perjuicio importante en el patrimonio de víctimas, que en muchos casos se trataba de personas socialmente vulnerables.

Las conductas engañosas de los condenados consistían fundamentalmente en ofrecer por si mismos, por terceros dependientes de ellos o incluso por medio de quienes ya habían sido, sin saberlo aún, víctimas del engaño, participar en un negocio consistente en la exportación de hongos o fermentos destinados a la producción de cosméticos en Francia y a la industria salmonera.

Se les señalaba a las víctimas que podían participar de este negocio comprando a Fermex Chile S.A la materia prima para producir los mencionados hongos (el valor era de

\$250.000 por un “pack” que contenía 10 sobres con fermentos). Estos debían ser cultivados por las víctimas, procurando darle ciertos cuidados y determinadas condiciones de luz, temperatura y otros, durante un periodo de tiempo. Hecho esto, las víctimas volvían a vender estos hongos cultivados a Fermex Chile S.A a un precio mayor al cual los habían adquirido, obteniendo con eso una ganancia producto de su trabajo

Para efectos de dar mayor credibilidad a su negocio, la puesta en escena desarrollada por los condenados incluía además lo siguiente:

- i. Prometían a las víctimas comprar los hongos cultivados al doble del valor por el cual se habían adquirido. El pago se llevaba a cabo de manera parcelada en un plazo de 16 meses.
- ii. Informaban a los afectados que Fermex Chile S.A se encargaba de exportar los hongos cultivados al extranjero, para lo cual contaba con contratos con importantes empresas francesas, como L'Oréal o Revlon.
- iii. Daban a conocer a las víctimas que las personas que ya habían participado del negocio habían logrado ganar mucho dinero.
- iv. Además realizaban periódicamente distintos eventos en donde se invitaba a nuevos participantes a “invertir”.

Toda esta información era proporcionada a las víctimas por los condenados personalmente, por sus dependientes, o por otras personas que padecían del engaño, lo que hizo que a las nuevas víctimas les pareciera plausible el negocio y se motivaran a participar de este.

Fermex S.A en realidad no tenía contrato alguno con las empresas de belleza mencionadas o con industria de salmones, por lo que los hongos cultivados que obtenían no eran exportados ni comercializados con nadie, inclusive los propios imputados ordenaban a sus dependientes que los botaran o los guardaran en una bodega.

Los únicos ingresos que percibía Fermex S.A provenían de los depósitos que las víctimas realizaban por la compra de la materia prima para cultivar los hongos. De esta manera, se pagaba a las víctimas más antiguas con los dineros pagados por las más nuevas, lo que colaboraba a mantener la apariencia del negocio. Ello sin desmedro de que se invitaba a las víctimas más antiguas, a las que se les pagaba, a reinvertir sus dineros, lo que las hacía permanecer dentro del sistema.

Producto de esta simulación, las víctimas, motivadas por la falsa representación que les hacía creer que recuperarían su inversión y generarían rentas, disponían patrimonialmente, efectuando depósitos de dinero a favor de los imputados.

2. EL DELITO MASA

Siguiendo a Sainz Cantero, puede definirse al delito masa como “una institución de creación jurisprudencial que, en el marco de los delitos patrimoniales, se presenta cuando mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas aisladamente, constituirán cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminoso único, encaminado a defraudar a una masa de personas cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre si por vínculos jurídicos⁶”

Lo que caracteriza al delito masa es que el sujeto pasivo está constituido por un amplio grupo de personas afectadas que, en principio, están indeterminadas⁷. Existe en algunas defraudaciones una pluralidad de sujetos indiferenciados, respecto de quienes el sujeto activo pretende extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento⁸.

De las caracterizaciones resulta posible advertir que los requisitos que debe cumplir un fraude masivo serían al menos los siguientes:

- 1) Sujeto pasivo múltiple e indeterminado (masa)
- 2) Unidad del plan criminal o designio criminoso.
- 3) Igualdad de precepto legal infringido de carácter patrimonial

Algunas legislaciones, a diferencia de lo que sucede en Chile, han tipificado la figura jurídica de “delito masa”, así sucede en España, de modo implícito, ya que no usa la denominación “delito masa” y El Salvador, de modo más simple y explícito, como se expondrá.

⁶ SAINZ Cantero, José A. *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona, Editorial Bosh, 1982. Tomo III, p. 235.

⁷ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II, pp. 343 y ss. Con matices, ya que no precisa el momento de determinación.

⁸ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, parte general*. 6ª. ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004. Página 469.

2.1 Delito masa en el Código Penal Español de 1995.

Artículo 74 Código Penal Español: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”

Si bien el precepto no menciona expresamente al delito masa, la doctrina española⁹ considera que se encuentra contenido implícitamente en su párrafo 2°.

Del precepto legal antes citado, cabe hacer las siguientes observaciones:

- i. Acota el ámbito de aplicación del delito masa sólo a los delitos contra el patrimonio. La excepción del párrafo 3° sólo es aplicable al delito continuado, toda vez que tiene lugar sólo cuando las ofensas allí mencionadas (aquellas

⁹ MUÑOZ Conde, Francisco y GARCÍA Arán, Mercedes. *Derecho Penal, parte general*. 6ª. edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004. p. 488

contra el honor y la libertad e indemnidad sexual), se verifiquen en contra de un mismo sujeto pasivo.

- ii. La ley española exige que el hecho se realice “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión” (Art 74, párrafo 1°), en su primera hipótesis esta reconociendo la exigencia subjetiva de actuar con un designio criminoso único. Lo propio del delito masa es que el autor planifica las diversas partes del hecho criminal mediante las cuales lesionará a una masa indeterminada de personas, lo que dará pie a que, al momento de cometer cada una de las lesiones preconcebidas, lo haga producto del mismo designio criminoso general. La hipótesis de “aprovechar idéntica ocasión” se aleja del designio criminoso, pero no abandona un tipo de exigencia subjetiva a la que además impone la comisión bajo un mismo contexto.
- iii. El precepto en estudio ha exigido que esta pluralidad de conductas ofendan a varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza patrimonial.
- iv. El párrafo 2° ha impuesto el aumento de uno o dos grados a la pena “si el hecho revistiere notoria gravedad” y “hubiere perjudicado a una generalidad de personas”. Con ello, se reconoce una característica común a este tipo de delitos, la trascendencia social y la indeterminación inicial de los sujetos pasivos. Dicha característica diferencia la simple comisión de diversos fraudes por medio de un designio común y lo que se entiende como “delito masa”¹⁰.

2.2. Delito masa en el Código Penal de El Salvador de 1997.

Art. 43. Código Penal de El Salvador: “Cuando en las defraudaciones el agente obtenga diversas cantidades de dinero en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados, el hecho deberá estimarse en conjunto como un sólo delito, tomándose

¹⁰ GARRIDO Montt, Mario. op.cit., p. 343. Indica que el delito masa se caracteriza por su gravedad y trascendencia social, “más allá del simple perjuicio al bien jurídico individual”.

como monto del perjuicio patrimonial el conformado por el importe global de lo defraudado. El delito masa será utilizado únicamente para impedir la impunidad o un tratamiento injustificadamente benévolo de los hechos que considerados individualmente no constituyan delito por razón de su cuantía”.

De modo más simple, el código de El Salvador también ha hecho referencia a la institución del delito masa. Si bien no lo hace con una técnica legislativa que lo detalle y caracterice, cabe destacar el reconocimiento expreso que hace de la figura del delito masa como tal. Respecto de esta norma, cabe destacar lo siguiente:

i. El delito masa ha sido limitado en este caso, al igual que en el caso español, solo al ámbito de las defraudaciones.

ii. Se señala que el delito masa se configura en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados, reconociendo así un requisito fundamental: que el sujeto pasivo no se trate de una persona determinada desde el inicio y cuya identidad resulta relevante para autor, sino que la defraudación está dirigida al público en general cuya identidad resulta indiferente para el su sujeto activo.

iii. El inciso final establece una gran limitación, expresando que la figura del delito masa, se aplicará únicamente a los casos en que sea necesario para impedir la impunidad o un tratamiento injustificadamente benévolo de los hechos que considerados individualmente no constituyan delito, en razón de su cuantía. En la primera hipótesis (impedir la impunidad), resultará aplicable para aquellos casos en los cuales no se puedan probar los elementos típicos de los delitos individualmente considerados, bastándole la determinación del perjuicio se podrá sancionar al menos un delito. La segunda hipótesis (tratamiento injustificadamente benévolo), supone la situación de que los fraudes individualmente considerados sean de tan escasa significación penal, que exijan un tratamiento conjunto, bajo el cual pueda atribuirse un reproche más significativo.

Tras observar las definiciones que algunos autores han previsto para el “delito masa” y la forma en que otras legislaciones han regulado su aparición, es posible advertir que no

toda pluralidad de fraudes resistirían esa denominación. En los delitos se advierten características especiales tales como designio criminoso común y, respecto de los sujetos pasivos, indiferencia e indeterminación. Las exigencias señaladas son compartidas por los fraudes emblemáticos expuestos en el capítulo anterior, en especial al caso FERMEX, principalmente por las siguientes consideraciones:

i. En el caso FERMEX, se realizaron pluralidad de conductas atentatorias contra el patrimonio: ello se tuvo por acreditado en el juicio toda vez que, inclusive el propio sentenciador, consigno que los condenados “provocaron que miles de víctimas de distintas localidades del país, denominados “productores”, depositaran diversas sumas de dinero en las cuentas de Fermex Chile S.A. (...) Como consecuencia de estos ofrecimientos o información recibida, creyéndola real, o por consecuencia de la falsa apariencia de solvencia económica que permitía creer a los afectados que duplicarían lo invertido, las víctimas denominadas “productores”, entregaban su dinero a los imputados depositándolo en las cuentas corrientes de “Fermex Chile S.A.”¹¹.”

ii. En el caso FERMEX, se afectó a una pluralidad de personas indeterminadas y cuya identidad resultaba indiferente: en este caso, los engaños ejecutados por los imputados, directamente o por medio de otras personas, no estaban dirigidos a defraudar a determinadas personas, sino al público en general. Inclusive el sentenciador consigna que fueron más de 4.000 las personas defraudadas¹².

iii. En el caso FERMEX, la lesión a la propiedad no solo fue individual, sino que trascendió a la sociedad toda: en un plano objetivo, adicionalmente al daño efectivamente causado a cada víctima, existió un peligro concreto al patrimonio individual de todos los individuos de la sociedad, y en un plano subjetivo, se presentó la voluntad de lesionar repetidamente este bien jurídico, sin restricciones. En el fraude de FERMEX, por su configuración, no se contentaba con engañar y defraudar a sus víctimas, sino que

¹¹ *Rodrigo Núñez y otros con Fernando Antonio Jara y Víctor Jaime Mella (2007): Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 28 diciembre 2007. Considerando SEGUNDO, RUC 600289809-6, RIT 7503-2006.*

¹² *Ibid.*

además buscaba utilizarlas para seguir reproduciendo los engaños convenciendo a nuevas personas de las virtudes del supuesto negocio y con ello defraudarlas.

iv. En el caso FERMEX, puede constatarse la existencia de un designio criminoso único: como planteamos, este requisito se satisface con la existencia de un único ánimo de lucro o de un propósito unitario de enriquecimiento a través de un plan global. El simple hecho de que se constituya una sociedad sin actividades lícitas verdaderas, da cuenta inequívocamente del propósito unitario de enriquecimiento.

3. NATURALEZA CONCURSAL EN LOS DELITOS MASA.

Nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho y a cada delito debe corresponder una pena¹³. Bajo este parámetro debemos determinar la naturaleza concursal de los fraudes masivos o delitos masa, en particular; concluir si estamos frente a un hecho que constituye un delito (delito único), frente a un hecho que constituye dos o más delitos (concurso ideal) o frente a varios hechos constitutivos de delitos múltiples (concurso real). Este cuestionamiento es de enorme trascendencia, ya que la circunstancia de dejar hechos punibles sin sanción importa abrir nichos de impunidad que la ley exige sancionar o, por otra parte, aplicar una doble sanción haría naufragar las garantías penales constitucionales.

Preliminarmente debemos determinar en qué casos estamos frente a una acción y cuándo frente a varias. Ante esta interrogante MAURACH afirma que “no cabe duda alguna que ello supone entrar a un terreno extremadamente inseguro”¹⁴. Sin perjuicio de la afirmación, en el presente trabajo se procurará determinarlo conforme a criterios ofrecidos por la doctrina y aplicando aquello que resulte útil a la solución del caso concreto planteado, los fraudes masivos y, en especial, el caso FERMEX.

El número de resultados o número de delitos no permite definir aquellos casos en que estamos frente a unidad o pluralidad de acciones. Así sucede, por ejemplo, con el concurso ideal, institución concursal que ofrece una variada gama de situaciones de acción única y pluralidad de delitos. Tampoco permitirá llegar a un mejor resultado un criterio estrictamente natural determinado por el número de movimientos corporales de un sujeto, la cantidad de enervaciones musculares no permite distinguir los casos en que enfrentemos una sola acción, ya que estas generalmente se componen de una variada cantidad de movimientos corporales. La determinación de los casos en que enfrentemos una acción o una pluralidad de acciones se efectuará atendiendo el factor final y el factor

¹³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tomo II, p. 109.

¹⁴ MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal, Parte General*, traducido por Boffil, Jorge. 7ª edición, Buenos Aires. Astrea, 1995. p. 522.

normativo¹⁵. Por una parte, el factor final, que corresponde a la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados, y por otra parte, el factor normativo, que corresponde al enjuiciamiento jurídico social que se efectúa por medio de los tipos penales.

Reconociendo el carácter final de la conducta humana, el criterio para determinar la consideración unitaria o plural de varios movimientos vinculados por una acción final y su efecto jurídico debe extraerse de la interpretación de los respectivos tipos penales¹⁶. El derecho respeta los presupuestos ónticos, ya que la acción que considera el derecho corresponde a una acción final, pero también la delimita, ya que la determinación de la finalidad resulta indefinida sin esta restricción jurídica. En un plano puramente final de la conducta humana, podría estimarse una sola acción el plan de toda una vida o el guiño de un ojo.

En el sentido expuesto, el tipo penal circunscribe la conducta final con relevancia jurídico penal, operando “como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho¹⁷” o de acción.

3.1. Delito masa y unidad de acción.

Existe “unidad natural de acción” en los casos el autor obra con la finalidad de realizar los elementos de un tipo penal una vez y exterioriza ese propósito en un contexto unitario¹⁸.

¹⁵ WESEL, Hans. *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Traducido por Bustos, Juan y Yáñez, Sergio. 11ª ed., 4ª ed. en español. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 332.

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Olmedo, Miguel. 5ª edición. Granada, Comares, 2002. p. 766.

¹⁷ MIR Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 7ª edición. Buenos Aires, B de F, 2005. p. 634.

¹⁸ CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª. edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p. 651.

Es posible que la expresión “unidad natural de acción” pueda llevar a equívocos, al modo que como ya se expresó, la determinación de lo que es “naturalmente único” para el derecho no escapa a consideraciones jurídicas. Se utiliza el concepto para distinguirlo de aquellos casos en que el derecho ha formulado situaciones de unidad, creando tipos penales compuestos de multiplicidad de “acciones naturales”, del modo que se ha expuesto, es decir, por si solas ya típicas, denominándolo “unidad jurídica de acción”¹⁹.

En el caso de quien comete un delito masa no pareciera haber dudas en que estamos frente a un sujeto que tiene un propósito criminal de defraudar a una cantidad indefinida de personas, el plan resulta único. El problema se presenta al momento de querer determinar si ese plan corresponde a una acción o a una pluralidad de acciones. El empleo de la expresión “delito masa” para los casos de fraudes masivos que revisten determinadas características, de ninguna manera resuelve el problema de si se trata de un caso de unidad de acción o pluralidad de acciones, como se expresó; la determinación de si se está frente a una unidad natural de acción ha de provenir necesariamente de la circunscripción típica de la conducta final desarrollada por el autor.

Del examen de la figura residual de estafa prevista en el artículo 473 del código penal chileno²⁰ y la figura general prevista en el artículo 468 del mismo texto²¹, resulta posible desprender que sus elementos objetivos típicos generalmente aceptados corresponden a: simulación, error, disposición patrimonial y perjuicio²². En estos términos, a grandes rasgos y en términos muy tradicionales, la exigencia típica se expresa en ejercer simulación induciendo a error a otra persona con el objeto que se disponga

¹⁹ Ibid, p. 651. Con matices, explicando que las situaciones de los casos de unidad jurídica son verdaderas situaciones de pluralidad de acciones naturales.

²⁰ Artículo 473 del Código Penal. “El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

²¹ Artículo 468 del Código Penal. “Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

²² ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tomo III, pp. 392 y ss.

patrimonialmente provocándole un perjuicio patrimonial, lo expuesto es aquello que el autor debe querer y ejecutar.

En los casos de delito masa, el autor no desarrolla una “única” conducta de engaño para defraudar, ya que, tal como se aprecia de los casos expuestos en el capítulo I y en especial el de FERMEX, no se trata de la ejecución de un sólo gran engaño que tiene por consecuencia provocar perjuicio a distintas víctimas (como quien entra a un lugar sustrayendo especies pertenecientes a distintas personas en el caso de un hurto), sino que el sujeto desarrolla una pluralidad de simulaciones inductivas de error en reiteradas oportunidades y respecto de distintas víctimas. La modalidad de engaño se asemeja, pero la repetición de un engaño igual o similar ejecutado una y otra vez a través del tiempo, no lo transforma en una sola acción única. En estos casos, si se usa el tipo penal para circunscribir la actividad del sujeto, nos enfrentaremos a pluralidad conductas finales, una multiplicidad de engaños ejecutados de modo y/o en momentos diversos, dirigidas a diferentes personas y que tuvieron como resultado distintas disposiciones patrimoniales practicadas de modo y/o en momentos diversos.

En algunas ocasiones, la acreditación de cada uno de los engaños, ejecutados directamente por el autor o realizados por medio de terceros (responsables o no), representa una seria dificultad probatoria, pero superado dicho problema, que es eminentemente práctico, no existe dificultad en identificar cada ocasión como una acción distinta.

Tampoco obsta a este resultado enfrentar, dentro de la multiplicidad de acciones que componen el delito masa, situaciones de verdadera unidad de acción con pluralidad de víctimas, así sucede cuando se despliega la una sola conducta de engaño afectando a más de una persona.

En el caso FERMEX, dentro del periodo comprendido entre junio de 2005 y julio de 2006, desde la ciudad de La Serena y hasta Valdivia, se ejecutaron miles de actividades típicas plenamente identificables. Los propios imputados viajaron a distintos lugares y personalmente o por medio de sus dependientes recibieron a miles de personas a

quienes una y otra vez expusieron los beneficios de adquirir el producto ofrecido y que después del proceso de trabajo sería comprado por parte de la empresa para su exportación. La determinación de la cada simulación, error y disposición patrimonial, con sus múltiples variantes y modalidades, demandó un exhaustivo trabajo por parte de los organismos a cargo de la investigación y exigió una descripción individual de cada hecho, víctima y monto defraudado en la formalización que tuvo lugar de manera previa a la condena.

3.2. Delito masa y delito continuado.

Revisadas las serias dificultades para situar los casos de delito masa dentro del ámbito de unidad natural de acción, ha de estudiarse la posibilidad de que estos fraudes masivos revistan la naturaleza de delito continuado, en el caso que sea posible estimar que se trata de una única acción que ha debido fraccionarse en acciones múltiples, que a su vez cumplen una misma exigencia típica individualmente consideradas.

Esto resulta doblemente importante en el caso en estudio:

- a) En el caso FERMEX la defensa de los acusados propuso al tribunal que calificara el caso como “delito continuado”, argumento respecto del cual el ente persecutor debió hacerse cargo y cuya resolución correspondió a uno de los considerandos del juez en su sentencia.
- b) La doctrina suele tratar al delito masa como un caso de unidad de acción emparentándolo con el delito continuado²³.

La doctrina trata al delito continuado de distinta manera. Salvo aquellos autores que niegan toda eficacia a la institución, como sucede en Chile desde hace décadas con Novoa²⁴, se trata esta formulación como caso de unidad de acción.

²³ MUÑOZ Conde, Francisco y GARCÍA, Mercedes. op.cit., pp. 468 y ss.

²⁴ NOVOA, Eduardo. op. cit., p.242

La mayor parte de la doctrina trata la institución del delito continuado como caso de “unidad jurídica de acción” así sucede en Alemania²⁵ y asimismo sucede en el medio nacional ²⁶ ²⁷. De esta manera ya dejan entrever que desde la perspectiva de la “unidad natural de acción” en realidad se trata de situaciones de acciones múltiples.

Se ha discutido en doctrina si el “delito masa” es una forma especial de delito continuado, o si se trata de una institución autónoma. Si bien se podría pensar que se trata de una especie de delito continuado, y así lo hace una parte de la doctrina²⁸, hay buenas razones para pensar que no lo es²⁹ y que se trata más bien de una institución autónoma al menos por tres razones:

1) Los delitos continuados pueden presentarse existiendo pluralidad o singularidad del titular del bien jurídico afectado, circunstancia que se opone abiertamente a la concurrencia del delito masa que siempre exige por esencia la pluralidad de sujetos pasivos, los que inclusive son indeterminados inicialmente, es decir, no una mera pluralidad, sino una generalidad e indeterminación inicial, ello hace que la doctrina califique a los sujetos pasivos como “masa”³⁰. Inclusive la doctrina generalmente sostiene la necesidad de sujeto pasivo único tratándose de delitos continuados en que se afectan bienes jurídicos personalísimos o que importan una injerencia física en la persona³¹ ³².

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. op.cit., p. 769

²⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. Tomo II, op.cit., p. 110

²⁷ CURY, Enrique. op.cit., p. 653. Lo plantea como caso límite entre la “unidad natural” y “unidad jurídica” de acción.

²⁸ BLANCO Lozano, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, La ley, 2003. p. 601.

²⁹ SAINZ Cantero, José A. *Anuario de derecho penal y ciencias penales.*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones S.A. Madrid, 1971. Tomo XXIV, Fascículo III, pp. 652 y ss. Dicho autor presenta síntesis de razones por la cuales estima que la figura de delito continuado no es susceptible de aplicarse al delito masa.

³⁰ BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, Ariel S.A, 1989. p.306. Fundamentando la autonomía del “delito masa” frente al delito continuado por la masividad del sujeto activo, sin perjuicio de mantener una posición distinta a la expuesta en otros puntos de este trabajo.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición. Buenos Aires, Ediar, 2002. p. 865.

³² ETCHEBERRY, Alfredo. Tomo II, op.cit., pp. 112 y ss. Sostiene que la unidad de sujeto pasivo sólo es necesaria en delitos contra las personas, sin embargo reconoce que la exigencia es muy discutida, variando los pareceres desde quienes no la creen necesaria hasta quienes la estiman como indispensable.

2) En el caso del delito continuado el designio criminoso comprende la comisión de un sólo delito, el que ha debido necesariamente fraccionarse³³ dando lugar a una aparente pluralidad de actos típicos, pero que conjuntamente constituyen la violación de una misma norma de deber. En cambio, en el “delito masa” el designio criminal comprende, desde el inicio, la realización de una pluralidad de fraudes que se desarrollarán en distintos momentos y circunstancias, por medio de un engaño que se repite, en ningún caso corresponde a un delito único determinado que deba “necesariamente fraccionarse” para su comisión.

Existen autores que con menor nivel de exigencia no demandan “necesariedad” de fraccionamiento al delito continuado, pero si que el fraccionamiento haya sido impuesto por la “fuerza de las circunstancias”³⁴. Incluso en estos casos, no aparece que en los delitos masa estemos frente al fraccionamiento de una conducta única para asegurar el éxito del delito o asegurar la impunidad.

3) El delito continuado exige la concurrencia de un “dolo único”, el sujeto debe conocer y querer ejecutar la acción (que se ha fraccionado en distintas acciones), y provocar el resultado con sus circunstancias esenciales como lugar, tiempo, ofendidos y forma de comisión³⁵.³⁶

En ningún caso es posible comprender un plan genérico e indeterminado, como una singular conducta de estafa típica susceptible de ser abarcado por el dolo. Las exigencias de “actualidad”³⁷ y “concreción” son enteramente opuestas a la “potencialidad” y “abstracción” del plan general, en el que tratándose de fraudes masivos, ni siquiera se

³³ CURY, Enrique. op.cit., p. 656.

³⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. Tomo II, op.cit., p. 112. Exige que se haya fraccionado en razón de las “fuerzas de las circunstancias” proponiendo distintas hipótesis.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. op.cit., p. 771. Se manifiesta partidario de exigir este tipo de dolo global, reconociendo que se restringe la aplicabilidad de la figura.

³⁶ GARRIDO Montt, Mario. op.cit., p. 342. Plantea que el delito continuado admite un requisito alternativo al dolo común, este resulta ser el de “igualdad en la motivación” fundamentando su parecer en la tipificación del Código Español, que alternativamente al plan preconcebido exige “aprovechando idéntica ocasión”.

³⁷ NÁQUIRA, Jaime. *Derecho Penal: Teoría del delito*. Santiago, Mc Graw Hill, 1998. Tomo I, p. 126. Es enfático en cuanto descartar la existencia de dolos potenciales, exigiendo “actualidad”.

conoce el resultado global. En este sentido JESCHECK ejemplifica “para integrar varias estafas en un delito continuado el dolo debe haber estado dirigido desde un comienzo a la totalidad de los distintos perjuicios patrimoniales, no es por ello bastante con una resolución delictiva adoptada de modo general para cometer todas las estafas posibles de una clase determinada”³⁸.

En esto se diferencia claramente el delito masa a la situación del delito continuado, donde si existe una acción y un resultado susceptible de ser abarcado por el dolo del autor y constituye una acción delictual individualmente considerada, sólo sucede que el sujeto debe proceder a su fraccionamiento para ejecutarlo dando lugar a una multiplicidad de conductas típicas, pero que se valorarán conjuntamente como “unidad jurídica de acción”. En el caso del delito continuado no se trata de un plan general indefinido, sino uno real y concreto que por si sólo es capaz de cumplir los parámetros objetivos y subjetivos de un tipo penal.

Frente a estos requisitos que exige parte de la doctrina para el delito continuado y que no estarían presentes en los delitos masa, la jurisprudencia en Chile se ha mostrado vacilante. En claro apoyo a los razonamientos expuestos en el presente trabajo, es posible distinguir el fallo en causa rol número 1494-2007 de 20 de noviembre de 2007³⁹, en este caso la Excelentísima Corte Suprema rechaza la concurrencia del delito continuado por ausencia de “unidad de propósito” y por ausencia de “fraccionamiento necesario”, inclusive afirma que no es verosímil sostener que los encausados hayan previsto en forma precisa y determinada realizar, durante un cierto lapso de tiempo, veintidós delitos de usos maliciosos, indicando expresamente que “no se aprecia una vulneración, necesariamente dividida, de una misma norma”. Por otra parte, poco antes del fallo citado, la misma magistratura había resuelto otro caso prescindiendo completamente de la “unidad de propósito” y el “fraccionamiento necesario”, así sucede

³⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción de Olmedo, Miguel. 5ª edición. Granada, Comares, 2002. Página 772

³⁹ *Consejo de Defensa del Estado con Sergio Cortés Castro y otros*. (2007): Excma. Corte Suprema, 20 noviembre 2007. Rol 1494-2007. Se adjunta como anexo.

en causa rol número 2863-2003 de 30 de enero de 2006⁴⁰, con la singularidad de que fue redactado por el propio Enrique Cury, autor que, en Chile, sostiene doctrinariamente la exigencia del fraccionamiento necesario, como se ha citado anteriormente en este trabajo.

En definitiva, por las características expuestas, en nuestra legislación el “delito masa” parece presentarse como una institución distinta al “delito continuado” y como un caso que no es susceptible de adecuarse a las exigencias de la “unidad de acción”, sea como “unidad natural” o “unidad jurídica” (como es el caso de delito continuado)⁴¹.

Distinto es el caso de aquellas legislaciones como la española, donde la tipificación implícita del delito masa como figura especial, transforma la multiplicidad de acciones que comprenden los fraudes masivos en un injusto único por voluntad del legislador, tal como sucede con la tipificación especial de los delitos complejos o los delitos habituales, transformándolo en un caso de “unidad jurídica de acción”. En esta especial tipificación de delitos contra el patrimonio, se reconoce el carácter plural de las acciones que lo componen al referirse a “infracciones contra el patrimonio” y se le reconoce el mayor reproche que se puede atribuir al delito masa, estableciendo una agravación asociada para el caso de presentarse como un hecho que es notoriamente grave y, si se hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3.3. Delito masa y pluralidad de acciones.

En Chile, no existiendo un tipo penal especial que tipifique la multiplicidad de defraudaciones que un sujeto pueda ejecutar sobre una cantidad indeterminada de

⁴⁰ Claudio Antonio Bobadilla Gaete. (2006): Excma. Corte Suprema, 30 enero 2006. Rol 2863-2003.

⁴¹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá, Temis-Ilanud, 1984. p. 249. Sostiene una posición aún más extrema al referirse a la regulación legal del de la multiplicidad de infracciones contra el patrimonio “la nueva situación legal, sin embargo, no resuelve el problema principal que aquí subyace: el hecho de que en la gran mayoría de las hipótesis se trata de concursos reales y en los que, por tanto, fundamentar una unidad de acción con base en otra construcción de dudosa (la del delito continuado) es extremadamente dudosa” (sic).

personas que corresponda a un plan común y no ajustándose a otros parámetros de unidad jurídica de acción como sucede con el delito continuado, los casos de delitos masa o los fraudes masivos corresponden a casos de pluralidad de acciones propios de la reiteración o el concurso real de delitos.

En los casos de especial tipificación de los delitos masa, lo que realmente ocurre es la descripción de un tipo penal que comprende distintos delitos homogéneos vinculados por un designio común, el que conforme a la política criminal del legislador se transforma en una figura que reviste un valor distinto y superior que los fraudes individualmente considerados.

4. FRAUDES MASIVOS O DELITOS MASA Y TRATAMIENTO PUNITIVO EN CHILE.

Si bien es cierto que en Chile no existe tipificación especial del delito masa, existe un tratamiento penológico aplicable a la reiteración de delitos conformado por la regla general de simultaneidad y sucesividad, propios de la acumulación material previsto artículo 74 de nuestro Código Penal⁴², la regla aplicable a la reiteración de delitos de la misma especie establecida en el artículo 351 del Código Procesal Penal⁴³ y la norma que regula un concurso real especial, conocido como concurso medial, previsto en el artículo 75 inciso primero segunda parte de nuestro código punitivo⁴⁴.

Con lo expresado en los títulos anteriores, se descarta la aplicación del régimen punitivo previsto para aquellos casos de unidad natural de acción, que correspondería a la pena prevista por ley para el delito particular, en este caso por solo una estafa, tipificada en el artículo 468 del Código Penal cuya regulación se establece en el artículo 467 del mismo texto punitivo, en concreto, una pena que depende del monto total defraudado.

⁴² Artículo 74 del Código Penal. “Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra penas de las comprendidas en la escala gradual número 1”.

⁴³ Artículo 351 del Código Procesal Penal. “Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico”.

⁴⁴ Artículo 75 del Código Penal. “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”.

De la misma manera, se descartan las reglas de penas sugeridas por algunos autores para las situaciones de delito continuado, como caso especial de “unidad jurídica de acción”. En el medio nacional se han propuesto al menos 2 soluciones distintas al delito continuado: CURY, afirmando que ha de aplicarse la regulación prevista en el artículo 75 del Código Penal, inciso primero, hipótesis segunda⁴⁵ y GARRIDO que sostiene que los casos de delito continuado, por corresponder a situaciones de unidad de acción, han de conllevar sólo la penalidad del delito único cometido⁴⁶.

4.1. Reglas aplicables al concurso real de delitos.

4.1.1 Regla de acumulación material de penas.

La regla general aplicable a los casos de concurso real o reiteración de delitos corresponde a la prevista en el artículo 74 del Código Penal. Esta norma impone que el autor de los hechos deba cumplir íntegramente las penas correspondientes a cada uno de los delitos⁴⁷.

La regla de acumulación citada, ordena que las diversas penas acumuladas deban ser cumplidas de modo simultáneo cuando ello fuera posible, a menos que de ello hubiere de resultar ilusorio el cumplimiento de alguna de las penas. El cumplimiento se hace ilusorio en aquellos casos en que la imposibilidad de ejercer el derecho afectado por una pena ya está implícito en el cumplimiento de otra.

Conforme a este criterio, pueden cumplirse simultáneamente las penas de multas dispuestas para los delitos de estafa y no podrán cumplirse de esta manera las penas privativas de libertad dispuestas. Por otra parte, si podrán cumplirse las de multa simultáneamente en conjunto con una de las penas privativas de libertad.

⁴⁵ CURY, Enrique. op.cit., p. 658.

⁴⁶ GARRIDO Montt, Mario. op.cit., p. 342. Refiriéndose al tratamiento del delito continuado en la legislación nacional.

⁴⁷ CUOSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal comentado, Parte General*. 1ª edición. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 668. Hace mención de los intentos por limitar esta sanción que pudiera llevar a excesos.

Para los casos en que resulte ilusorio el cumplimiento de las penas de modo simultáneo, el artículo 74 inciso segundo de nuestro texto punitivo establece el cumplimiento sucesivo de las penas, partiendo por las más altas en la escala penal respectiva. Así sucede con las penas privativas de libertad dispuestas para los distintos delitos de estafa, sanciones que se gradúan en gravedad conforme al rango del monto defraudado en cada caso.

Respecto de los delitos masa o fraudes masivos, la regla de acumulación material queda reservada de modo excepcional para aquellos casos en que luego de aplicar la regla de acumulación jurídica prevista para el artículo 351 del Código Procesal Penal, la aplicación de la acumulación material aparece como más favorable para el imputado. Esto resultará extraño tratándose de casos de fraudes masivos, ya que, en general, se presenta tal cantidad de delitos que la sumatoria material de las penas resultará ampliamente desfavorable para el condenado. Así sucede con el caso FERMEX, donde la condena, que superó los 4000 delitos hacía injustificado recurrir siquiera al examen de esta posibilidad.

4.1.2. Regla de la absorción agravada.

Un tratamiento privilegiado, frente a la acumulación material, recibe en Chile el concurso real medial. El artículo 75 del Código Penal inciso primero, segunda parte, trata esta forma de concurso regulando aquellos casos en que un delito sea el “medio necesario” para cometer otro delito. Para el caso, se establece un benigno régimen penal idéntico al del concurso ideal de delitos, esto es, la pena mayor asignada al delito más grave.

La doctrina dominante considera que la relación de “necesariedad” ha de evaluarse en concreto atendiendo a la conexión existente entre los delitos conforme al plan del autor, no bastando la sucesión temporal⁴⁸.

⁴⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 1ª. ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p.444.

En los delitos masa, la ausencia de conexión de “necesariedad” entre los distintos fraudes, hace aparecer como poco útil proceder al examen más exhaustivo de este supuesto de concurso real.

4.1.3. Regla de la acumulación jurídica.

El artículo 351 del Código Procesal Penal trata la regla conocida como acumulación jurídica, para el caso de reiteración de crímenes, simples delitos o faltas de la misma especie.

La misma disposición, en su inciso cuarto, se encarga de definir que se entiende por delitos de la misma especie expresando que lo serán aquellos que afectaren un mismo bien jurídico. La acumulación jurídica es la norma que regulará la penalidad asociada a los casos de fraudes masivos o delitos masa, por corresponder por esencia a reiteración de delitos de la misma especie.

Dentro de la reglamentación de la acumulación jurídica se distinguen dos casos: aquellos en que la reiteración de delitos de la misma especie puedan ser estimadas como un solo delito, y aquellos casos en que no suceda así. Esta distinción proviene específicamente de la interpretación del inciso segundo del artículo citado, ya que prevé que dicho inciso se aplique a casos en que por naturaleza de las diversas infracciones, estas no puedan ser consideradas como un solo delito.

En ningún caso ha de entenderse que la expresión “estimadas como un solo delito” pretende regular las situaciones tratadas como “unidad de acción”, ello sería ilógico, ya que expresamente pretende regular situaciones de reiteración de delitos, como el propio título del artículo lo señala. Los autores hacen la distinción a fin de determinar si corresponderá seguir el tratamiento previsto en su inciso segundo o el de su inciso tercero.

La doctrina nacional ha considerado distintos criterios para establecer que delitos reiterados pueden ser estimados como un solo delito, destacándose entre ellos: que se trate de delitos de la misma identidad⁴⁹, que presenten un carácter homogéneo⁵⁰, o aquellos cuya caracterización o pena consideran cuantías pecuniarias⁵¹. Cualquiera de los criterios expuestos permite concebir a los ilícitos conformantes del delito masa como delitos de la misma especie que por la naturaleza de las diversas infracciones, pueden estimarse como un solo delito.

Controversias ha generado en la doctrina la solución para el caso de “estimar las diversas infracciones como un solo delito”. NOVOA ha interpretado de esto que se han de sumar las cantidades para determinar la base desde la cual deberá efectuarse el aumento previsto por la disposición⁵². Buena parte de la doctrina, no comparte dicha opinión, por al menos 2 razones; en primer lugar, la norma no lo establece de esta manera y cuando el legislador así lo ha impuesto, lo ha expresado, como sucede en el caso de la reiteración de delitos prevista en el artículo 451 del Código Penal⁵³, sostener lo contrario importaría una analogía prohibida y una infracción al principio de legalidad de carácter constitucional⁵⁴, y en segundo lugar, por no advertir que exista diferencia significativa de injusto o de mayor reproche, que permita atribuir penas distintas, entre los casos de reiteración de delitos de la misma especie que puedan considerarse como un solo delito y casos de reiteración de la misma especie que no puedan considerarse un solo delito⁵⁵.

⁴⁹ GARRIDO Montt, Mario. op.cit., p. 346. Con matices.

⁵⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Tomo II, op.cit., p. 117.

⁵¹ NOVOA, Eduardo. op.cit., p.227. Refiriéndose al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, igual en este punto al artículo 351 del Código Procesal Penal.

⁵² Ibid, p. 227. Considerando que el criterio para determinar si pueden ser estimados como un solo delito lo es que se traten de tipos penales cuyas penas está determinada por cuantía, estas siempre se podrán sumar.

⁵³ Artículo 451 del Código Penal. "En los casos de reiteración de hurtos, aunque se trate de faltas, a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior.

Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447".

⁵⁴ GARRIDO Montt, Mario. op.cit., p. 346. En un sentido semejante.

⁵⁵ SOLARI, Tito y RODRÍGUEZ, Luis. Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (III): 262 y ss., 1979. Entregan fundamentos adicionales.

A pesar de lo expuesto, es posible cuestionar las razones de la doctrina mayoritaria. Por una parte, no se trataría de una infracción al principio de legalidad, ya que en el caso concreto la norma si existe la norma y corresponde precisamente a la estudiada, no se advierte otra manera que la expresión de “estimarse como un solo delito” tenga sentido, incluso es posible sostener que la práctica de determinar la pena desde el delito mayor adolece de menos sustento legal. Por otra parte, en relación al argumento de que no existe un reproche mayor que justifique el aumento de pena que eventualmente pudiera generar, se advierte que en los delitos masa precisamente existe un disvalor distinto y superior a la mera reunión de lesiones patrimoniales, la indeterminación inicial del sujeto pasivo y el peligro que encierra este fenómeno delictual para la población expuesta, importa un injusto mayor que si justifica un tratamiento diferente, al punto que pudiera interpretarse la referencia usada por el legislador de estimar las diversas infracciones como un solo delito, está precisamente orientada a casos como este.

En relación a si debe procederse al examen de las distintas circunstancias modificatorias de forma previa o posterior al aumento previsto, normalmente entenderíamos que la individualización concreta del reproche que importa el examen de las circunstancias modificatorias antecede al tratamiento concursal, de esta manera la distinción entre los casos de reiteración de delitos de la misma especie que puedan considerarse como un solo delito y casos de reiteración de la misma especie que no puedan considerarse un solo delito, sería superflua o “de orden meramente clasificatorio”⁵⁶. En el caso de delitos masa estimo que no puede plantearse de ese modo. La diferencia que el legislador establece en relación al inciso segundo, demanda un tratamiento diferente y es posible hacerlo precisamente por la propia naturaleza de la institución, que a pesar de tratarse de una reiteración de delitos, importa un fenómeno delictual único susceptible de “estimársele” como un solo delito, debiendo efectuarse el aumento que establece el inciso primero del artículo 351 del código procesal penal y luego las determinaciones relativas a las circunstancias modificatorias que pudieran estar presentes, tal como se entiende del sentido natural de la norma.

⁵⁶ COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor. op.cit., p.652.

5. ANÁLISIS DE SOLUCIÓN CONCURSAL RESUELTA POR EL TRIBUNAL PARA EL CASO FERMEX.

Efectuado el análisis de la regulación concursal aplicable en Chile a los fraudes masivos y las reglas que regulan su penalidad, se procederá al examen de la sentencia condenatoria del caso FERMEX, a fin de determinar si se recogieron los argumentos expuestos, la forma en que aplicaron al caso concreto y los fundamentos entregados por el sentenciador. A pesar de sus sucintos considerandos, es posible extraer algunas ideas que fueron desarrolladas en este trabajo.

Al proceso judicial de este delito masa se asignó el RUC 600289809-6 y RIT 7503-2006, dictándose una sentencia de primera instancia en procedimiento abreviado y una de segunda instancia que confirmó la anterior, salvo en la parte pertinente a la negativa de otorgar medidas alternativas al cumplimiento de la penas privativas o restrictivas de libertad, concediendo la sentencia de alzada el beneficio de libertad vigilada. La primera de ellas fue dictada por el juez Guillermo de la Barra Dunner Séptimo, juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, con fecha 28 de diciembre del año 2007⁵⁷ y la segunda, dictada por la Octava Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 24 de enero de 2008⁵⁸.

La sentencia condenatoria recaída en procedimiento abreviado consta de distintas partes. Una parte preliminar en que se individualiza a los imputados. Un considerando primero, que se refiere al sometimiento del juzgamiento a las normas del procedimiento abreviado. Un considerando segundo que describe, en términos genéricos, la forma en que ocurrieron las estafas entre junio de 2005 y julio de 2006 y sus circunstancias. Un tercer considerando que se limita a dar cuenta de la aceptación de los hechos objeto de acusación por parte de los imputados. Un cuarto considerando que da por probados los hechos referidos en el considerando segundo en virtud de los antecedentes

⁵⁷ *Rodrigo Núñez y otros con Fernando Antonio Jara y Víctor Jaime Mella* (2007): Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 28 diciembre 2007. RUC 600289809-6, RIT 7503-2006.

⁵⁸ *Rodrigo Núñez y otros con Fernando Antonio Jara y Víctor Jaime Mella* (2008): Ilma. Corte Apelaciones de Santiago, 24 de enero de 2008. Rol 53-2008. Se adjunta como anexo

proporcionados por el Ministerio Público consignados en el audio. Un considerando quinto en que se desestima la tipificación del delito de asociación ilícita, el que también había sido objeto de formalización. Un considerando sexto donde se califica jurídicamente los hechos probados y rechaza la calificación propuesta por la defensa de los acusados. Un considerando séptimo, que se refiere a la determinación de pena conforme a la calificación otorgada y circunstancias modificatorias. Un considerando octavo, que se refiere a la improcedencia de medida alternativa al cumplimiento de la pena y finalmente una parte resolutive que expresa la condena y sus circunstancias. En definitiva, son los considerandos sexto y séptimo donde la sentencia expone brevemente los fundamentos de la solución concursal que ofrece al caso y determina el régimen penal aplicable.

El juzgador califica los hechos como caso de delitos reiterados de estafa y a continuación procede a explicar las razones de la desestimación de la calificación jurídica de “delito continuado” argumentado por la defensa, la que estuvo fundada básicamente en la homogeneidad de la forma de comisión y el menoscabo al mismo bien jurídico, en este sentido del fallo pueden extraerse las siguientes ideas:

a) Cada fraude representa una distinta “unidad de acción”. Señala el considerando sexto en su párrafo segundo: el delito continuado “es un solo ilícito o unidad con una continuidad de actos en el tiempo unidos por un mismo propósito, o la ejecución fraccionada de uno cuando el autor quiere realizarlo en su totalidad y no puede hacerlo por dificultades, o cuando no puede ser fijada con exactitud la fecha de comisión de los distintos hechos que integran el acto del ilícito o no puede ser individualizado el número de aquéllos, el valor sustraído en cada ocasión o cualquier otra modalidad que pueda particularizar cada una de las partes en que se fraccionó la totalidad, ninguna de cuya situaciones corresponde al caso estudiado”. De esta manera el juzgador desestima la aplicación del “delito continuado” expresando que en este caso es posible la determinación de cada delito particularmente considerado con sus propias modalidades (tiempo, lugar, monto defraudado). En los hechos juzgados existen presupuestos fácticos suficientes que permiten atribuir unidad típica a cada caso individualmente considerado, tal como se señaló con anterioridad en este trabajo, existe unidad de acción en cada

conducta final delimitada por el tipo penal. Muchas veces acreditar cada acción típica representa una seria dificultad probatoria, pero superado dicho problema, no existe dificultad en identificar cada ocasión como una acción distinta, como sucede en este caso.

b) El delito continuado exige dolo común y este dolo ha de ser determinado y concreto. Expresa el considerando sexto en su párrafo tercero: “como señalan los autores Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weihend en su Tratado de de Derecho Penal, Parte General, para integrar varias estafas en un delito continuado el dolo debe haber estado dirigido desde un comienzo a la totalidad de los distintos perjuicios patrimoniales, no bastando una resolución delictiva adoptada de manera general para cometer todas las estafas posibles de una clase determinada”. De lo expuesto se desprende que para atribuir el carácter de “delito continuado” el sentenciador exige la concurrencia de dolo común y concreto. En ningún caso es posible comprender un plan genérico e indeterminado, como una singular conducta de estafa típica susceptible de ser abarcado por el dolo. La “potencialidad” y “abstracción” del plan general, impide la concurrencia del delito continuado. Es por esta razón, conforme al fallo, resulta ser que los fraudes masivos como el caso en cuestión no podrían constituirse como formas de delito continuado u otra de “unidad de acción”.

Por otra parte, la sentencia no explica las razones que llevan al juzgador a aplicar el tratamiento punitivo que utiliza. Probablemente entiende el tribunal que resuelta la forma concursal aplicable, se hace innecesario fundamentar sobre un punto que además no fue objeto de debate. El considerando séptimo señala “Que existiendo un concurso real de delitos de estafa, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, se procederá a aumentar pena asignada por la ley al delito en el máximo que dicho precepto permite, esto es, dos grados en atención al número de ilícitos que perpetraron los acusados”. Aunque no lo exprese, resuelto el problema concursal y estimando como obvia la circunstancia de tratarse de delitos de la misma especie, el juzgador optó por la solución necesaria a dicha conclusión, la denominada “acumulación jurídica” de penas. Bajo este parámetro no se pronuncia si la determinación la efectúa haciendo uso del inciso primero o segundo del artículo 351 del Código Procesal penal, si

el aumento lo hace considerando los delitos como uno sólo o considera los aumentos desde el más grave, sólo se advierte que en primer lugar aplica los aumentos que la regulación concursal exige, para después aplicar las atenuantes que concurren en concreto. En esta parte puntual, el tribunal altera el orden que se propone como el más adecuado en este trabajo, esto es, la aplicación de la determinación individual de la pena a cada delito para sólo después aplicar las reglas concursales, pero que en términos concretos, en este caso, no provoca ninguna diferencia práctica, elevándose en dos grados la pena de presidio menor en su grado máximo y luego rebajándose en dos grados la pena por la existencia de pluralidad de circunstancias atenuantes, llegando al mismo lugar de inicio.

CONCLUSIÓN

Por medio de la presente actividad formativa equivalente a tesis, ha sido posible exponer sobre los las dificultades jurídico penales que presenta de determinación concursal de los fraudes masivos y en particular, sobre la manera en que el problema se presentó en el caso conocido en Chile como “FERMEX” o “de los quesitos mágicos”.

Luego de conocer otros casos emblemáticos de fraudes masivos, se pudo determinar que “FERMEX” compartía características comunes con ellos que permitían atribuirle la denominación de “delito masa”, forma delictual que inclusive es acogida implícitamente en la legislación de otros países.

Se estudió la posibilidad de adecuar la figura de delito masa, en especial el caso “FERMEX”, a distintas formas de “unidad de acción” reconocidas por la doctrina, descartándose la “unidad natural” y la “unidad jurídica” como soluciones posibles en nuestro medio, se concluyó que estábamos en presencia de un caso de “pluralidad de acciones”, conforme al criterio final-normativo imperante en esta materia.

Especial énfasis se otorgó al examen de el “delito continuado” como solución posible para el caso FERMEX y los delitos masa, ya que fue la calificación que ofreció la defensa de los acusados en el caso. Se arribó a la conclusión de que la circunstancia de estar dirigido a una pluralidad de sujetos pasivos indeterminados, el no tratarse de un caso de fraccionamiento necesario y la inexistencia de un dolo único actual y concreto, hacían imposible esta adecuación.

No contando con una especial tipificación del delito masa en nuestra legislación, se revisaron sintéticamente las alternativas de tratamiento penológico que se presentaban para este especial caso de concurso real, concluyendo que tratándose de un caso de reiteración de delitos de la misma especie que por su naturaleza podían tratarse como un solo delito, la respuesta la encontrábamos en el inciso primero del artículo 351 de nuestro Código Procesal Penal.

Finalmente se analizó la sentencia condenatoria del caso FERMEX, en particular los considerandos relativos a la calificación jurídica y determinación de pena. Se pudo observar que la sentencia, de modo muy sucinto, en el rechazo de la calificación como delito continuado y la sanción como caso de reiteración de delitos de la misma especie, recogió algunos de los fundamentos planteados por el fiscal de la causa, autor del presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

1. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá, Temis-Ilanud, 1984.
2. BLANCO Lozano, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, La ley, 2003.
3. BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, Ariel S.A, 1989
4. CUOSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal comentado, Parte General*. 1ª edición. Santiago, Legal Publishing, 2011.
5. CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª. edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
6. El Mundo [en línea]. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/12/13/espana/1197554342.html>> <<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/25/andalucia/1243237865.html>>
7. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tomo II.
8. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tomo III
9. Excm. Corte Suprema. *Consejo de Defensa del Estado con Sergio Cortés Castro y otros*. (2007).20 noviembre 2007. Rol 1494-2007.
10. Excm. Corte Suprema. *Claudio Antonio Bobadilla Gaete*. (2006), 30 enero 2006. Rol 2863-2003.
11. GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II.
12. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, (Traducción de Olmedo, Miguel). 5ª edición. Granada, Comares, 2002.
13. Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago. *Rodrigo Núñez y otros con Fernando Antonio Jara y Víctor Jaime Mella* (2008). 24 de enero de 2008, Rol 53-2008.
14. MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal, Parte General*, traducido por Boffil, Jorge. 7ª edición, Buenos Aires. Astrea, 1995.
15. MIR Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 7ª edición. Buenos Aires, B de F, 2005.
16. MUÑOZ Conde, Francisco y GARCIA Arán, Mercedes. *Derecho Penal, parte general*. 6ª. ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
17. NÁQUIRA, Jaime. *Derecho Penal: Teoría del delito*. Santiago, Mc Graw Hill, 1998. Tomo I.
18. NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte general*. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II.
19. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 1ª. ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
20. SAINZ Cantero, José A. *Anuario de derecho penal y ciencias penales.*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones S.A. Madrid, 1971. Tomo XXIV, Fascículo III.
21. SAINZ Cantero, José A. *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona, Editorial Bosh, 1982. Tomo III.
22. Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. *Rodrigo Núñez y otros con Fernando Antonio Jara y Víctor Jaime Mella* (2007). 28 diciembre 2007., RUC 600289809-6, RIT 7503-2006.

23. SOLARI, Tito y RODRÍGUEZ, Luis. Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (III). 1979.
24. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Traducido por Bustos, Juan y Yáñez, Sergio. 11ª ed., 4ª ed. en español. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2011.
25. WIKIPEDIA ENCICLOPEDIA LIBRE [en línea]
<http://es.wikipedia.org/wiki/Estafa_de_los_quesitos> [consulta: marzo 2012]
26. WIKIPEDIA ENCICLOPEDIA LIBRE [en línea]
<http://es.wikipedia.org/wiki/Esquema_Ponzi> [consulta: marzo 2012]
27. WIKIPEDIA ENCICLOPEDIA LIBRE [en línea]
<http://es.wikipedia.org/wiki/Esquema_de_pir%C3%A1mide> [consulta: marzo 2012]
28. ZAFARONI, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar, 2002.

En Santiago, a veintiocho de diciembre del año dos mil siete, el Juez que preside la audiencia de este Juzgado de Garantía, dicta sentencia en el procedimiento abreviado, causa RUC N° 0600289809-6 y RIT N° 7503 - 2006, seguida en contra de **VICTOR JAIME MELLA HAY-SANG-LAY**, cédula de identidad N° 10.377.135-8, domiciliado en calle Porvenir N° 370, comuna de Santiago; y **FERNANDO ANTONIO JARA GUTIERREZ**, cédula de identidad N° 9.369.703-0, domiciliado en calle Madrid N° 1001, comuna de Santiago; **ambos actualmente en prisión preventiva con motivo de esta causa**; acusados por los delitos de asociación ilícita y estafas reiteradas, previstos y sancionados en los artículos 292 en relación al inciso 2° del 293, y artículos 468 en relación a los numerales 1), 2), 3) e inciso final del 467 respectivamente, todos del Código Penal, en grado de consumados.

LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA AL TENOR DEL ARTÍCULO 413 DEL CODIGO PROCESAL PENAL SON LOS SIGUIENTES:

PRIMERO: ACUSACIÓN.

El Ministerio Público ha formulado acusación verbal de conformidad con lo previsto en el artículo 407 del Código Procesal Penal, a la que se han adherido los querellantes presentes en esta audiencia y habiendo solicitado tramitar la causa de conformidad a las reglas del PROCEDIMIENTO ABREVIADO, señaló se les impusiera a los imputados sendas penas de cinco años de presidio menor en su grado máximo, el pago de una multa de veintiún unidades tributarias mensuales, accesorias legales y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autores de los delitos antes señalados.

SEGUNDO: LOS HECHOS EN QUE FUNDAMENTA EL MINISTERIO PÚBLICO SU ACUSACIÓN VERBAL SON LOS SIGUIENTES:

Hecho N°1: Estafas

Desde fines del mes de junio del año 2005 hasta el 12 de julio del año 2006, los imputados, **Víctor Jaime Mella Hay-Sang-Lay** y **Fernando Antonio Jara Gutiérrez**, personalmente y utilizando la sociedad anónima cerrada “Fermex Chile S.A”, de la cual son sus únicos socios accionistas, con sede principal de operaciones ubicada en calle Copiapó N.º 689, comuna de Santiago, provocaron que miles víctimas de distintas localidades del país, denominados “productores”, depositaran diversas sumas de dinero en las cuentas de “Fermex Chile S.A.”, sociedad de la cual los imputados eran sus únicos dueños, por medio de las siguientes actividades:

Ofrecían por sí o mediante sus trabajadores a través de su página de internet o por medio de los propios afectados a diferentes personas, las que alcanzaron a la cantidad de cuatro mil, participar del supuesto y falso negocio consistente en la exportación de hongos o productos lácteos elaborados para la producción de cosméticos en Francia. De la misma forma ofrecían participar como productores de hongos o fermentos, en un supuesto y falso negocio consistente en la venta de hongos o productos lácteos elaborados para la producción de alimentos utilizados en la industria salmonera nacional. Para ello, cada víctima debía depositar en las cuentas corrientes de la empresa “Fermex Chile S.A.” o pagar directamente a los imputados o dependientes, la suma mínima de \$ 250.000 por cada pack de 10 unidades de sobres contenedores de los hongos o fermentos, luego debían fermentarlos en sus casas, usando una cantidad determinada de leche, condiciones especiales de temperatura y otras especificaciones. Después, este queso u hongo, era devuelto por cada productor a la misma empresa “Fermex Chile S.A.”, la que lo adquiriría en un valor cercano al doble de lo invertido, efectuándose el

pago en forma parcializada durante las dieciséis semanas siguientes a la entrega de los sobres.

A fin de obtener la entrega de dinero por parte de sus víctimas, informaban por sí o mediante sus trabajadores o a través de su página de internet o por medio de otras víctimas lo siguiente:

1) Que a todos los que produjeran el producto se les efectuaría pago de una suma de dinero correspondiente al doble de la suma de dinero invertida o depositada, efectuándose el pago en forma parcializada durante las 16 semanas siguientes a la entrega de los sobres;

2) Que “Fermex Chile S.A.” se trataba de una empresa que efectivamente exportaba y vendía el producto desarrollado por los productores;

3) Que habían firmado contratos con compradores que permitían que el negocio siguiera funcionando por al menos 1 ó 2 años más;

4) Que los principales compradores eran personas importantes y empresas importantes como Revlon, Loreal, empresas cosméticas francesas, además de la industria salmonera;

5) Que la mayor parte de los participantes habían ganado mucho dinero y que se premió al mejor productor con una suma de cien millones de pesos.

Incluso en distintas oportunidades se transmitió esta información y se ofrecían y entregaban premios falsos en concurridos eventos sociales, donde incentivaban a nuevos participantes a invertir.

Como consecuencia de estos ofrecimientos o información recibida, creyéndola real, o por consecuencia de la falsa apariencia de solvencia económica que permitía creer a los afectados que duplicarían lo invertido, las víctimas denominadas “productores”, entregaban su dinero a los imputados depositándolo en las cuentas corrientes que “Fermex Chile S.A.” mantenía en los Bancos BCI, BBVA y Del Desarrollo o entregándolo

a los imputados o dependientes o encargados; asimismo, las víctimas reinvertían sus ganancias, realizaban nuevos depósitos e invitaban a familiares, vecinos y amigos a participar.

Como la empresa no generaba ingresos por exportación o venta alguna, circunstancia que los imputados ocultaban, los dineros con que pagaban a quienes quisieran retirar sus cuotas los obtenían del mismo dinero que otros depositantes entregaban, de esta forma, generaban seguridad en sus víctimas, estimulaban a reinvertir sus ganancias e invertir nuevo dinero e incentivaban a que invitaran a más personas a participar, inclusive mediante el pago de una comisión a personas que consiguieran que nuevos productores participaran de este supuesto negocio.

A diferencia de lo que aparentaban, en realidad no se trataba de un verdadero negocio o empresa solvente o rentable, puesto que la realidad era que:

- 1) Pagaban lo prometido a quienes quisieran retirar su inversión con el mismo dinero que otros depositantes entregaban;
- 2) Nunca efectuaron exportación alguna del producto a Francia;
- 3) Nunca vendieron producto alguno a Revlon, Loreal, empresas cosméticas francesas o la industria salmonera;
- 4) Los premios millonarios entregados eran falsos, no eran reales;
- 5) No existía contrato con comprador alguno que asegurara el funcionamiento del negocio por 1 ó 2 años más;
- 6) La mayor parte de los sobres que entregaban previo depósito de al menos \$ 250.000, realmente eran comprados por los imputados por sumas inferiores a \$ 3.500;
- 7) Los productos elaborados por las víctimas habían sido eliminados por orden de los imputados o almacenados apilados en una bodega sin condiciones que permitan su conservación;

8) Es imposible que pudieran dar cumplimiento a los compromisos asumidos con los depositantes de pagar una cifra cercana al doble de la inversión o depósito efectuado.

Los engaños, falsas promesas, mentiras sobre negocios inexistentes y premios falsos fueron ejecutados, entre fines de junio del año 2005 y 12 de julio de 2006.

Estafas que utilizan este mismo modo de operar se desarrollaron en otros países.

En el caso de Perú la empresa adoptó el nombre de LABOMAX.

Con este proceder, los imputados mediante los engaños, falsas promesas, mentiras sobre negocios inexistentes y premios falsos descritos, obtuvieron que al menos cuatro mil personas dispusieran patrimonialmente, entregándoles dineros que fluctúan entre \$ 250.000 y hasta \$ 50.000.000, provocándoles un perjuicio económico o una pérdida de dinero según el listado dado a conocer en audiencia realizada con antelación en que se detalló el nombre, cédula de identidad y perjuicio sufrido por cada uno de los cuatro mil afectados, el que se da por reproducido para los efectos de tenerlo por incorporado a este fallo.

HECHO N°2: Asociación ilícita

Para la comisión de los delitos anteriormente descritos cometidos entre fines de junio del año 2005 hasta el 12 de julio del año 2006 , los imputados ya individualizados, han formado parte y han ejercido el mando y control de la sociedad “Fermex Chile S.A.”, la que ha operado en la ciudad de Santiago, calle Copiapó 689, donde los imputados han ejercido efectivamente actividades ilícitas de captación de dinero del público, con el fin de defraudarles al ofrecerles significativas rentabilidades imposibles de cumplir, la cuales provendrían

principalmente de la exportación y venta del producto elaborado por las víctimas antes adquiridos de la misma empresa, exportaciones y ventas inexistentes, además de otorgar información sobre otros negocios inexistentes, éxito comercial y premios falsos.

El mando de los imputados Victor Mella y Fernando Jara se ejerció impartiendo órdenes al personal de esta empresa, recibiendo y administrando los recursos financieros, reclutando y pagando al personal, controlando una red de sucursales o encargados a lo largo de todo el país, contactando clientes, entre otras actividades desarrolladas por medio de ésta sociedad anónima, sus empleados y encargados regionales.

TERCERO: ACEPTACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS QUE FUERON OBJETO DE LA ACUSACIÓN POR PARTE DE LOS ACUSADOS.

Que los hechos descritos en el considerando anterior han sido aceptados por los acusados, quienes los han reconocido en el mismo tenor indicado en la acusación, en forma libre, voluntaria y con conocimiento de sus derechos. Circunstancias que han sido verificadas mediante consultas que ha efectuado el Tribunal al tenor de lo que ordena el artículo 409 del Código Procesal Penal.-

CUARTO: ANTECEDENTES QUE FUNDAN EL FALLO.

Que los hechos y circunstancias objeto de la acusación se dan por probados en base a la aceptación de los acusados de los antecedentes esgrimidos por el Ministerio Público y que han quedado debidamente consignados en el respectivo registro de audio.

QUINTO: HECHOS PROBADOS.

Que, en lo relativo a los delitos de estafa, con los elementos probatorios referidos en el considerando anterior y apreciados conforme a

las reglas de la sana crítica, permiten concluir que los hechos materia de la acusación ocurrieron en la forma descrita y que, como se ha señalado, ya fueron aceptados por los acusados.

En lo que respecta al segundo acápite de la acusación verbal, esto es, el delito de asociación ilícita que también se les atribuye a los imputados, el artículo 292 del Código Penal establece: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”.

Los artículos 292, 293 y 294 tratan la figura de la asociación ilícita como un delito de peligro común que atenta contra el orden y la seguridad públicos, distinguiendo para penar si el objeto de la asociación ha sido la perpetración de crímenes o simples delitos, como también si se trata de jefes que hubieren ejercido mando en la asociación, o bien, si se trata de cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión.

El artículo 292 reconoce su origen en el Código Penal belga cuyo artículo 322 disponía “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra las personas o las propiedades es un crimen o delito que existe por el solo hecho de organizarse la partida”. En la discusión legislativa nacional sobre esta norma en la sesión 157 de fecha 18 de junio de 1873, “pidió el señor Gandarillas que se suprimiera la palabra ‘partida’ con que concluye, porque la mente de este artículo es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable, a deferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados...”. Hubo consenso en aquel debate que era necesario,

además, que esa partida constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias.

Los citados preceptos legales describen un delito formal, permanente, que crea un estado delictivo que se dilata en el tiempo, con pluralidad de partícipes acordes en cometer un indeterminado número de delitos, con una estructura organizada jerárquicamente disciplinada y con un accionar colectivo distinto del particular de sus integrantes.

Que lo relacionado en los párrafos anteriores pone en evidencia que para que exista el delito de asociación ilícita contemplado en los artículos 292 y siguientes del Código punitivo debe estar constituida por dos o más personas cuyas voluntades convergen para constituir un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinadamente, incluso con sigilo, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer delitos.

Que de los antecedentes vertidos en la audiencia por el Ministerio Público resultan insuficientes para configurar todos los elementos que deben concurrir en el delito de asociación u organización ilícita conforme a los razonamientos desarrollados más arriba. En efecto, la creación de una sociedad anónima como “FERMEX”, la contratación de empleados y encargados regionales para “captar clientes o productores”, quienes habrían desempeñado sus funciones de buena fe (ninguno de ellos ha sido formalizado por el ente persecutor penal) o el hecho de tener una página web propia con información de “la empresa” , aparecen como parte del ardid o puesta en escena necesario para concretar el engaño e inducir a error a las víctimas y así obtener de ellas la disposición patrimonial que se perseguía. Sí estamos en presencia de una maquinación prolijamente planificada y ejecutada con el propósito de hacer creíble frente a miles de

personas-tal como ocurrió-un supuesto negocio que ofrecía rentabilidades extraordinarias.

Que, en consecuencia, no resulta procedente en derecho estimar que se está en presencia del delito de asociación ilícita que tratan los artículos 292 y siguientes del Código Penal, pues sólo se vislumbran hechos que admiten una sola calificación jurídica, de modo que la sentencia respecto de la imputación de haberse conformado una asociación ilícita deberá ser absolutoria a favor de ambos acusados.

SEXTO: CALIFICACIÓN JURÍDICA.

Que los hechos contenidos en el primer apartado de la acusación son constitutivos de delitos reiterados de estafa, previstos y sancionados en el artículo 468, en relación con el inciso final del artículo 467, ambos del Código Penal, los que se encuentran consumados.

Que se desecha la alegación planteada por la defensa de los imputados en orden a que respecto de estos ilícitos se verifica la figura del “delito continuado”, la que hacen sustentar básicamente en la homogeneidad de la forma de comisión y en el menoscabo del mismo bien jurídico.

Sin embargo, a contrario de lo que sostienes los defensores particulares, los hechos investigados en esta causa no pueden ser constitutivos de un delito continuado, puesto que éste es un solo ilícito o unidad con una continuidad de actos en el tiempo unidos por un mismo propósito, o la ejecución fraccionada de uno cuando el autor quiere realizarlo en su totalidad y no puede hacerlo por dificultades, o cuando no puede ser fijada con exactitud la fecha de comisión de los distintos hechos que integran el acto del ilícito o no puede ser individualizado el número de aquéllos, el valor sustraído en cada ocasión o cualquier otra modalidad

que pueda particularizar cada una de las partes en que se fraccionó la totalidad, ninguna de cuyas situaciones corresponde al caso estudiado.

Tal como señalan los autores Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weihend en su Tratado de Derecho Penal, Parte General, para integrar varias estafas en un delito continuado el dolo debe haber estado dirigido desde un comienzo a la totalidad de los distintos perjuicios patrimoniales, no bastando una resolución delictiva adoptada de manera general para cometer todas las estafas posibles de una clase determinada.

SEPTIMO: DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Que existiendo un concurso real de delitos de estafa, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, se procederá a aumentar pena asignada por la ley al delito en el máximo que dicho precepto permite, esto es, dos grados en atención al número de ilícitos que perpetraron los acusados, quedando en presidio mayor en su grado medio, y concurriendo respecto de los responsables tres circunstancias atenuantes, como son sus irreprochables conductas anteriores, la reparación celosa del mal causado y la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos investigados, contempladas en los números 6, 7 y 9 del artículo 11 del Código punitivo, la penalidad se bajará en dos grados, quedando en presidio menor en su grado máximo, cuyo cuántum se determinará en la parte resolutive de este fallo, para lo cual se deberá tener en consideración la mayor o menor extensión del mal causado, en este caso, el gran número de personas afectadas (cuatro mil debidamente individualizadas y respecto de cada una de las cuales se acreditó el monto del perjuicio ocasionado) en su gran mayoría de condición socio-económica modesta y pertenecientes a comunidades rurales, quienes no obstante tener la posibilidad de recuperar ahora cerca

del sesenta por ciento de lo defraudado, el perjuicio sufrido provocó en sus vidas personales y familiares efectos devastadores.

OCTAVO: PROCEDENCIA DE MEDIDA ALTERNATIVA AL CUMPLIMIENTO DE LA PENA.

Que si bien los dos acusados cumplen los requisitos contemplados en los letras a) y b) del artículo 15 de la Ley 18.216 a fin de acceder al beneficio de la libertad vigilada, no ocurre lo mismo con la exigencia dispuesta en la letra c) de esa disposición referida a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes de los hechos punibles cometidos por los sentenciados. En la especie, se trata de una maquinación que se urdió de manera tan cuidadosa que logró que cuatro mil personas de distintas localidades de este país fueran inducidas al error de creer que se les estaba ofreciendo la oportunidad de participar en un negocio inusual que les permitiría en un corto tiempo recuperar con creces lo invertido.

Los hechores eligieron personas, en su gran mayoría, pertenecientes a comunidades rurales y de escasa educación, todos a quienes se les podía engañar con mayor facilidad. El resultado, y como fue de conocimiento público, generó que comunidades enteras hayan sido defraudadas y con efectos dramáticos para la situación financiera de esas personas y sus familias. A lo que se debe agregar la persistencia en el propósito delictivo de los imputados, los cuales durante más de un año llevaron a efecto su cometido y, aún conociendo de manera directa a muchos de los afectados y sus precarias situaciones económicas, no trepidaron en convencerlos acerca de las “bondades del negocio”, lo que hace aún más reprochable la conducta de aquéllos.

Que, a mayor abundamiento, los informes pertinentes elaborados por Gendarmería de Chile, concluyeron que no resultaba aconsejable la concesión del beneficio que aquí se trata, dictamen que no logra ser

revertido con los informes particulares expuestos por la defensa de los acusados.

Que, por esas consideraciones, la pena corporal que se les ha de imponer a los sentenciados deberá ser cumplida por éstos efectivamente privados de libertad, al estimar este juez que el quiebre de normas básicas de convivencia que rigen a un grupo social y que ha sido causado por los imputados como efecto de sus ilícitos, sólo puede ser reparado penalmente con una pena que deba ser cumplida bajo dicha modalidad.

Asimismo, y en razón de lo antes decidido, se les eximirá a los sentenciados del pago de la pena pecuniaria pretendida por la Fiscalía, dada la privación de libertad que deberán sufrir y que les afecta desde el mes de julio del año 2006 a la fecha, lo que permite presumir que el pago de una multa les significará una carga que no podrán asumir y que irremediablemente implicará aumentar el tiempo de privación de libertad.

Y atendido lo dispuesto, además, en los artículos 7, 15 N° 1, 21, 26, 29, 51, 56, 68, 75, 193, 196, 467 y 468 del Código Penal; y artículos 45, 47, 297, 340, 411, 412 y 413 del Código de Procesal Penal, y en las disposiciones pertinentes de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena a **VICTOR JAIME MELLA HAY SANG LAY y FERNANDO ANTONIO JARA GUTIERREZ**, ya individualizados, a sufrir sendas penas de **CINCO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, en su condición de autores de delitos reiterados de estafa, perpetrados durante el período comprendido entre fines del mes de junio del año 2005 y comienzos de julio del año 2006.

II.- Que no cumpliendo los condenados la exigencia dispuesta en la letra c) del artículo 15 de la Ley 18.216, no se les concederá el beneficio de la libertad vigilada, **debiendo cumplir la pena corporal que se les ha**

impuesto efectivamente privados de su libertad, sirviéndoles de abono todo el tiempo que han permanecido detenidos y en prisión preventiva con motivo de esta causa, esto es, desde el día 17 de julio del año 2006 en adelante.

III.- Que, asimismo, se les eximirá del pago de la multa solicitada en virtud de lo expuesto en el basamento octavo de esta sentencia.

IV.- Se exime de la condena en costas a los sentenciados toda vez que por su disposición se ha evitado un juicio con los consiguientes gastos humanos, económicos y materiales que ello implica.

Dése copia a los intervinientes en la forma solicitada, quedando todos los intervinientes debidamente notificados de lo que en ella se ha resuelto.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

RUC N° 0600289809-6

RIT N° 7503-2006

Dictada por don Guillermo de la Barra Dunner, Juez del Séptimo Juzgado de Garantía.

Fecha: veinticuatro de enero de dos mil ocho
Sala: Octava
Rol Corte: 53-2008
Ruc: 0600289809-6
Rit:7503-2006
Juzgado: SEPTIMO JUZGADO DE GARANTIA DE SANTIAGO
Integrantes: Ministros señor Raúl Héctor Rocha Pérez, señor Mario Rojas Gonzalez y Abogado Integrante señora Rosa Regina Aurora Clark Medina
Relator: Carolina Andrea Ramírez Reyes
Digitador (a): Barrientos Jaramillo Erica
Fiscal:Victor Manuel Vidal Moya
Defensor: Pablo Jiménez Pérez
Querellantes: Olga Prieto de la Cruz y Raúl Meza Rodríguez
Hora Inicio: 13:00 horas
Hora de Término: 13: 15 horas
N° registro de Audiencia: 600289809-6-90
Víctimas: Pascuala Rosa Gutiérrez Abarca, José Miguel Cares Ortega y otros
Imputados: Fernando Antonio Jara Gutierrez y Victor Jaime Mella Hay-Sang Lay
Tipo de Recurso: PENAL-APELACION SENTENCIA DEFINITIVA
Delito: ASOCIACIONES ILICITAS.ARTS. 292 AL 295 BIS.
Integrante Recusado:@{...}

Vistos y oídos los intervinientes:

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de los acápites 2°, 3° y 4° de su motivo Octavo, así como de la parte final de su primer acápite, que comienza con la expresión ?? no ocurre lo mismo con la exigencia??. hasta su término, todo lo cual se elimina. Y teniendo en su lugar y además presente:

1°) Que, contrariamente a como se ha expuesto en el fallo que se revisa, en la especie también concurre, a juicio de esta Corte, el requisito de la letra c) del artículo 15 de la Ley N°18.216, relativo al beneficio de libertad vigilada.

En efecto, la referida sección prescribe lo siguiente: Si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado;

2°) Que, entonces, cabe destacar que la finalidad del instituto jurídico en cuestión apunta a obtener, en el caso específico de que se trate, una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado. El fallo de primera instancia apunta, para denegarlo, básicamente a la forma como se desarrolló el ilícito pesquisado, al número de víctimas, así como a la consideración de que ?El resultado, y como fue

de conocimiento público, generó que comunidades enteras hayan sido defraudadas y con efectos dramáticos para la situación financiera de esas personas y sus familias?. Esto es, se trata de argumentaciones ajenas por completo al sentido y alcance del claro tenor de la aludida letra c) del artículo 15 de la Ley N°18.216, razón por la cual esta Corte las estima erradas;

3°) Que, de otro lado, siendo efectivo que el informe elaborado por Gendarmería de Chile no es favorable para los imputados en lo tocante a la materia de que se trata, sí lo son los que presentó la defensa, de tal suerte que el primero aparece contradicho por el informe que para cada imputado se elaboró a solicitud del defensor y, en todo caso, debe destacarse que el informe de Gendarmería de Chile no es vinculante para el tribunal, y no puede serlo en las actuales condiciones y, además, porque no es el único antecedente que se ha de tener en cuenta para estimar que concurre o no la exigencia a que se viene aludiendo.

Es pertinente añadir, complementando lo anteriormente expuesto, que la ley exige no solamente el mentado informe favorable sino que, además, la concurrencia de las otras circunstancias a que ya se hizo alusión, que sí se avizoran en la especie, puesto que la conducta anterior y posterior al hecho punible de los condenados, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación del beneficiado.

Debe recordarse a este respecto que la principal implicada en el delito de autos es de nacionalidad extranjera y se encuentra prófuga, lo cual evidencia que un nuevo ilícito de estas características tendría pocas posibilidades de ser cometido;

4°) Que, asimismo, le parece a esta Corte que la consagración en la ley de beneficios alternativos al cumplimiento de una sanción privativa de libertad obedece al hecho de que el legislador ha querido privilegiar el otorgamiento de tales beneficios, es decir, la ley prefiere que, concurriendo las exigencias pertinentes, los tribunales opten por la posibilidad del cumplimiento alternativo a las penas consistentes en privación de libertad y, por lo tanto, para restringirlos se han de tener muy buenas razones, las que a juicio del Tribunal en el caso de la especie no se dan. Esta Corte estima que, concurriendo los requisitos legales, como sucede en la especie, y además no advirtiéndose ninguna contraindicación, el tribunal debe optar por conceder alguno de los beneficios establecidos en la Ley N°18.216, porque de otra manera se privaría de eficacia a dicho texto legal - dictado precisamente para ser aplicado- especialmente si se acude a argumentaciones relacionadas, por ejemplo, con la entidad del perjuicio que ha ocasionado determinado ilícito, lo cual podría tal vez tener asidero tratándose de delitos contra la vida o contra la libertad de las personas, que sí requieren un tratamiento más riguroso, más no en delitos que tengan puramente efectos de orden pecuniario, por deleznable que aparezcan;

5°) Que resulta procedente agregar que los imputados de autos han padecido un prolongado período de privación de libertad, durante la sustanciación de la causa, lo que ya constituye sin serlo jurídicamente- un castigo más que suficiente y sin

lugar a dudas ejemplarizador, lo cual aparece como un argumento adicional a favor del otorgamiento del beneficio que tan justificadamente se reclama por la defensa.

Por lo demás, no constituye un atributo de una verdadera justicia penal la dureza extrema, y sí lo es la aplicación de una sanción proporcionada y equilibrada, unida al justo otorgamiento de aquellos beneficios establecidos por ley, y de los cuales sólo en casos justificados se ha de privar a quien reclame para sí alguno de ellos; 6°) Que, ampliando lo previamente señalado en cuanto a la entidad del perjuicio ocasionado, no está de más recordar que en los últimos años el país ha conocido de otros numerosos procesos criminales relativos a fraudes de tanta o mayor magnitud que el presente, los que no se mencionan por ser de público conocimiento y porque algunos de ellos se encuentran incluso en etapa de actual investigación, por lo que no se entiende que en el presente caso se quiera ser particularmente exigente, a un grado extremo, en relación con el otorgamiento de un beneficio previsto en la ley.

Por estas consideraciones y en virtud de lo que disponen los artículos 367 y 370 del Código Procesal Penal, se declara:

A) Que se revoca la sentencia en alzada, de veintiocho de diciembre del año dos mil siete, dictada por el séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en cuanto por su decisión II deniega conceder el beneficio de libertad vigilada a los sentenciados Víctor Jaime Mella Hay-Sang-Lay y Fernando Antonio Jara Gutiérrez, y se decide concederles dicha forma alternativa de cumplimiento de la sanción privativa de libertad impuesta. Para tales efectos, ambos quedarán sujetos a la vigilancia de la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, por el término de seis años cada uno- y, para el caso de serles revocado dicho beneficio y debieren cumplir efectivamente la sanción privativa de libertad, se les imputará el término que han permanecido en prisión preventiva, que será oportunamente computado por el tribunal a quo. Y

B) Que se confirma, en lo demás apelado, la misma sentencia.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Redacción del Ministro Mario D. Rojas González.

Resolución incluida en el Estado Diario de hoy.

Santiago, veinte de noviembre de dos mil siete.

Vistos:

En esta causa Rol N° 15.260-2003-E del Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago, con fecha veintiuno de febrero de dos mil seis se dictó la sentencia definitiva de primer grado, la que rola en su Tomo IV, de fojas 1.758 a fojas 1.880, ambas inclusive, por la Sra. Juez Gloria Ana Chevesich Ruiz en calidad de Ministro en Visita Extraordinaria en ese tribunal, en la que condenó a las siguientes personas: a) Sergio Alberto Cortés Castro, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes y al pago de las costas del juicio, por su responsabilidad criminal como de autor de los delitos de falsificación de instrumento público y fraude al Fisco, en calidad de reiterados, los que se encuentran previstos y sancionados en los artículos 193 N° 4° y 239 del Código Penal, sin perjuicio de la unificación de penas que correspondiere en el evento que se dicte sentencia condenatoria en las otras causas que se tramitan en conformidad a lo previsto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; y, b) a Luis Antonio Jara Núñez y Nelson Ramón Parra Fernández, a cada uno, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, accesorias legales correspondientes, y en cuanto a la cancelación de las costas de la causa, sólo respecto de Jara Nuñez, toda vez que Parra Fernández goza del privilegio de pobreza, por sus intervenciones en calidad de autores de los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y estafa al Fisco de Chile, en calidad de reiterados, de los artículos 196, 467 N° 1° y 468 del Código Penal, sin perjuicio, respecto de Jara, de la unificación de penas que correspondiere, en el evento de una sentencia condenatoria en la causa principal. En relación a los beneficios alternativos, al sentenciado Cortés Castro se le concedió la Libertad Vigilada por el mismo tiempo de su condena, debiendo cumplir con los demás requisitos de la Ley N° 18.216, a excepción de la letra d) de su artículo 17; en tanto que a los enjuiciados Jara Núñez y Parra Fernández, se les otorgó la medida alternativa de la Remisión Condicional de la Pena impuesta, quedando sujetos al control y asistencia de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile por el mismo tiempo de sus condenas debiendo cumplir con los requisitos de la ley ya señalada, a excepción del consignado en la letra d) del artículo 5, que les exime de la obligación de satisfacer previamente las indemnizaciones civiles, costas y multas impuestas.

En su parte civil, la sentencia de primer grado, condenó a los tres enjuiciados, Cortés Castro, Jara Nuñez y Parra Fernández, a pagar al Fisco de Chile la suma de \$ 156.387.327. (ciento cincuenta y seis millones trescientos ochenta y siete mil trescientos veintisiete pesos), mas reajustes e intereses corrientes, calculados en la forma que señala el mismo veredicto.

Apelada esta decisión, sólo por los condenados Jara Núñez y Cortés Castro, y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 1.908 por el Fiscal Sr. Escandón, quien fue partidario de confirmar y aprobar la sentencia de primer grado, la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta y uno de marzo del presente año, corriente a fojas 1.923 y

1.924, la reprodujo y tuvo además, presente, otros tres razonamientos, para en definitiva decidir confirmarla en lo apelado y aprobarla en lo consultado, con declaración que se reduce a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias correspondientes, la pena que corresponde a Sergio Cortés Castro, como autor de los ilícitos precisados en la sentencia; rebajando, asimismo, las penas correspondientes a los enjuiciados Parra Fernández y Jara Núñez, a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, respecto de los ilícitos materia del proceso, con las accesorias señaladas en la misma sentencia. En lo referente a los beneficios alternativos, los mantuvo, pero reduciendo los períodos de observación, dejándolos en la misma extensión de las sanciones determinadas en la resolución de segunda instancia.

En contra de esta sentencia, en representación del sentenciado Cortés Castro, los abogados Sres. Arturo Yuseff Durán y Arturo Yuseff Rivers, y por el acusado Luis Jara Núñez, el profesional Sr. Samuel Donoso Boassi, dedujeron, respectivamente, a fojas 1.925 y 1939, sendos recursos de casación en el fondo. Se trajeron los autos en relación a fojas 1.959.

Atendido lo dispuesto en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales, la presente causa quedó en estudio conforme se consigna de fojas 1.976, y encontrándose acordado el fallo, se designó a fojas 1.977 como redactor del mismo al Ministro Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo.

Considerando:

A.- Respecto del recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del acusado Sergio Cortés Castro.

PRIMERO: Que, este primer recurso se funda en las causales tercera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal? y ?en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo;

SEGUNDO: Que, el recurso se inicia con una exposición de la segunda causal invocada, la que alude a la violación de las leyes reguladoras de la prueba, anticipando que luego de ello, aparecerá de manifiesto que los hechos no resultan ser constitutivos de delito. Para lo anterior, se arguye como principal fundamento que el mérito objetivo del proceso no permite tener por establecido legalmente el delito de fraude al Fisco, ni el de falsificación de instrumento público, desde que la prueba sólo se fundamenta en presunciones, la que es débil y carente del mérito de convicción, lo que supone un error en la aplicación de la ley.

TERCERO: Que, la referida prueba se circunscribe a un informe pericial evacuado por una empresa dependiente de la Pontificia Universidad Católica de Chile, único elemento de convicción, que determinaría la existencia del daño al patrimonio fiscal, que rola de fojas 838 a 880, pero que carece de objetividad y seriedad, incorporando elementos subjetivos, no obstante no haber concurrido sus autores al lugar de los hechos, constituyendo tan sólo un antecedente estimativo, reconociendo que algunos trabajos no pudieron ser ponderados, pero

extrañamente concluye que existió fraude en el cobro y en la determinación de los precios, de lo que fluye que fue absolutamente determinante en la situación procesal del acusado Cortés.

CUARTO: Que, en relación a los hechos, sostiene la defensa, que Cortés se desempeñaba a la fecha en el cargo de Sub Director de Administración y Finanzas de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, y que durante los años 2001 y 2002 decidió efectuar una serie de remodelaciones a diferentes dependencias de ese organismo público en la comuna de Santiago; si bien se reconoce que Cortés no respetó celosamente la reglamentación, igualmente le solicitó a Jara, un ex funcionario del Ministerio, que le proporcionara las cotizaciones u ofertas necesarias para cumplir con las formalidades administrativas, acordando que serían ejecutadas por una empresa determinada o por su representante como persona natural, estampando firmas en algunas ocasiones y en otras simulando las mismas en los respectivos instrumentos privados. Posteriormente, el Director Nacional de Vialidad, dictó las resoluciones correspondientes, lo que permitió efectuar los cobros, cuyo monto total ascendió a \$ 421.600.238, en circunstancias que la misma pericia estima que no debieron exceder de \$ 253.447.823, suma que a su entender no tiene sustento serio ni objetivo.

QUINTO: Que, más adelante, se dedica a reproducir los argumentos de la sentencia de primera instancia en cuanto a la participación de Cortés, especificados en su razonamiento octavo, destacando que pidió a Jara que encontrara una empresa para efectuar ciertos trabajos a tiempo, dado que se había desempeñado como Jefe de Operaciones de Concesiones durante los años 1998 y 1999, pero no lo hizo con quien correspondía y presentó la cotización de su cuñado, Nelson Parra, reconociendo el recurrente que Cortés prestó su ayuda, inclinándose por los presupuestos de la empresa indicada pues su representante había sido su compañero de trabajo, estaba cesante y requería de empleo, pero lo anterior no implicaría la presencia del dolo, desde que no tuvo conocimiento que las cartas privadas de las empresas que acompañaba Jara habían sido elaboradas por él mismo, y así se desprende de los careos de fojas 783, 781, 782, 783, 1156 y 1157, donde Jara y Parra reconocieron que Cortés no tuvo nada que ver en las falsificaciones de las cartas presentadas como propuestas de trabajos.

SEXTO: Que, posteriormente en el recurso se efectúa un análisis de los tipos penales aplicados a su defendido; en primer lugar el del artículo 239 del Código Penal, cuyo elemento que destaca es que el sujeto activo debe ser un empleado público, que se encuentra definido en el artículo 260 del mismo texto, donde incluye a su representado.

Luego, extrae como un segundo aspecto, la parte que dispone: operaciones en que intervenga en razón de su cargo, lo que implica la existencia de una negociación entre el Estado y un particular, en la cual deba efectuar una prestación a favor de aquél. Finalmente, lo relativo a: defraudar o consentir en defraudar al Estado, lo que caracteriza la producción de un perjuicio, y que el medio para producirlo necesariamente es el engaño, o el incumplimiento de

determinados deberes. El consentir en que se defraude, debe entenderse como una actividad de cooperación con el tercero, sea concertada o no, pero en todo caso debe ser dolosa.

De lo anterior concluye que son dos los elementos primordiales del tipo penal en análisis, el engaño y el perjuicio, en relación de medio a fin con dolo. Sin embargo, el perjuicio fiscal sólo se dio por probado con el informe pericial ya indicado anteriormente, sin que exista otro medio destinado a establecer que ha existido pérdida para el Fisco.

SEPTIMO: Que, en relación a las normas denunciadas como infringidas, estima que no se encuentra satisfecho lo dispuesto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, desde que no existen dos peritajes, no contradichos y contestes en el hecho y sus circunstancias, añadiendo que las defensas solicitaron oportunamente la realización de otros peritajes, los que fueron denegados. Destaca que las presunciones necesariamente deben fundarse en hechos reales y probados, y no en otras presunciones, de tal forma que el núcleo central del tipo penal es el perjuicio fiscal, el que sólo se da por probado con una pericia legalmente impugnada, no cumpliéndose con la multiplicidad que exige el artículo 488 N° 1° del código antes citado, lo que necesariamente llevaba a dictar una sentencia absolutoria. En consecuencia, al dictarse a su respecto una condena, significó quebrantar las leyes reguladoras de la prueba por la infracción de sus numerales 1° y primera parte del 2°, ambos del artículo 488 del texto legal citado, por no darse la multiplicidad, porque el informe no constituye per se una presunción judicial, a lo que el sentenciador agregó una serie de erráticos testimonios y documentos, que no acreditan ni prueban los hechos que tipifican los delitos perseguidos en autos.

OCTAVO: Que, más adelante se denuncia que la sentencia condenatoria de primer grado, debidamente reproducida por la de segunda instancia, procedió a combinar la presunción emanada de diversos testimonios que no apuntan al delito, con la prueba relativa al supuesto perjuicio fiscal, aspectos todos que llevaron a infringir del Código Penal, los artículos, 1° que define al delito; 7°, referido al delito consumado; 14 y 15, relativos a la participación criminal; 39, atingente al tipo penal de fraude al fisco; 96, referente al uso malicioso de instrumento público; y, finalmente el artículo 19 del Código Civil, sobre normas de interpretación de la ley, disposiciones todas infringidas por falsa aplicación.

Por el contrario, sostiene que de haberse aplicado correctamente las normas anteriormente indicadas, habrían establecido los jueces del fondo que sobre el hecho esencial no hay más que una presunción judicial, y que la convicción de la multiplicidad de presunciones no puede estar referida a diversos aspectos del delito, pues mezcló la presunción única del informe pericial, sin que sea objetiva ni cumpliera con los requisitos de un verdadero peritaje, la que en todo caso es única, violando el artículo 488 del texto adjetivo criminal, lo que impedía concluir sobre la existencia de elementos de juicio suficientes para dar por establecido el delito investigado.

NOVENO: Que en relación, ahora a la segunda motivación del recurso, la del numeral 3º del artículo 546 del texto adjetivo criminal, dada la referencia anterior a los hechos consignados, se remite a lo ya dicho a propósito de la otra causal, esto es, que los elementos nucleares del delito de fraude a l fisco y falsificación de instrumento público no se encontraban legalmente justificados. Si bien reconoce expresamente lo censurable de la conducta de su defendido, es de opinión que en el peor de los casos sólo ameritaba un sumario administrativo, que concluiría seguramente con graves sanciones, por su conducta que califica de infortunada y poco prudente.

En definitiva, concluye esta parte, expresando que no se satisfacen los requerimientos típicos para establecer el hecho punible contenido en los artículos 196 y 239 del Código Penal, llamando la atención respecto de la no utilización de ninguna norma de prueba para afirmar, por la juez, que se encuentra establecido el delito, esto es, no existe un razonamiento judicial amparado en normas sobre prueba, considerando como constitutivo de delito una conducta penalmente irrelevante, por lo que solicita en definitiva que se acoja el presente recurso y se anule la sentencia atacada, para proceder a dictar sentencia de reemplazo, por la que se decida la dictación de un nuevo fallo ajustado a derecho.

DECIMO: Que, para resolver si la causal del N° 3º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal es procedente en la especie, previo es determinar si en el establecimiento de los hechos de la causa hubo o no quebrantamiento de las normas reguladoras de la prueba, pues sólo si ha existido la infracción que se reclama podría alterarse el hecho establecido por los jueces del fondo.

UNDECIMO: Que, el análisis y ponderación de los antecedentes probatorios relacionados en el fundamento quinto de la sentencia de primer grado, que el fallo de segunda hace suyos, permitieron establecer con su mérito, los siguientes hechos:

I.- Que una persona que se desempeñaba como Subdirector de Administración y Finanzas de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas decidió, en el curso de los años 2001 y 2002, efectuar remodelaciones a diferentes dependencias de dicha dirección, ubicadas en calle Camino de Melipilla 7784 de la comuna de Cerrillos; en el segundo, tercer y décimo piso del edificio emplazado en la calle Morandé números 59 y 71, de la comuna de Santiago; y en los edificios emplazados en calles Zenteno N° 242 y Doctor Sótero del Río N° 326 piso 15.

II.- Que la referida autoridad decidió recurrir al procedimiento administrativo de la propuesta privada, para proceder a la adjudicación de las obras de remodelación a una empresa constructora determinada, atendido el costo presumible de las mismas. Dicho procedimiento consiste en que los jefes de los Departamentos de Servicio o de Abastecimiento de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, deben enviar cartas a personas naturales o jurídicas dedicadas al rubro de la construcción, invitándolas a participar en la propuesta privada mediante la presentación de cotizaciones u ofertas.

Recibidas y analizadas, se procede a adjudicar la obra al participante que presentó la cotización más conveniente para el interés fiscal.

III.- ¿Que la citada autoridad, en vez de recurrir al procedimiento administrativo indicado, le solicitó a una persona que no desempeñaba ningún cargo o función en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, que le proporcionara las cotizaciones u ofertas necesarias para cumplir con las formalidades administrativas. Además, acordaron que todas las obras de remodelación serían ejecutadas por una misma empresa constructora o por su representante, en calidad de persona natural. Para evitar las sospechas que podría generar el hecho que todas las resoluciones administrativas iban a dar cuenta de la adjudicación a una misma empresa constructora o a su representante como adjudicatarios, decidieron que un número determinado de ellas se iban a dictar beneficiando a otras empresas.

IV.- Que, en consecuencia, cuando correspondía adjudicar la obra a la empresa constructora o a su representante, designado de antemano, la persona que recibió el cometido de proporcionar cotizaciones u ofertas presentaba otras por un valor superior a las que iba a presentar el favorecido, conociendo en forma anticipada el monto ofrecido por aquella. De lo contrario, si correspondía que otra sociedad determinada fuera beneficiada con la adjudicación de la obra, para ocultar su proceder concertado, presentaba la de ésta con un valor más bajo a aquella que iba a presentar la que efectivamente iba a ejecutarla, adjuntando, además, ofertas de otras empresas con valores superiores.

V.- ¿Que el encargado de proporcionar las cotizaciones u ofertas nunca envió cartas invitando a empresas constructoras o a personas naturales dedicadas al rubro de la construcción, para que participaran en las propuestas privadas para la ejecución de obras de remodelación de las distintas dependencias de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. Sólo se limitó a elaborarlas, utilizando como antecedente aquella que iba a presentar la empresa o su representante, actuando como persona natural, que efectivamente iba a realizar la obra. Para ello, usó el nombre y logotipo de diferentes empresas constructoras o de personas naturales dedicadas al rubro de la construcción, estampando firmas en los documentos respectivos, las que atribuyó a las empresas o a las personas naturales que figuraban como supuestos cotizantes u oferentes.

VI.- ¿Que una vez confeccionadas las cotizaciones u ofertas necesarias para cumplir con la regularidad formal del proceso administrativo y entregadas al funcionario encargado de elaborar las resoluciones correspondientes, se procedió a dictar las siguientes:

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Nelson Belmar Lobos, signada con el número 8493 de 12 de octubre de 2001, adjudicando la obra a Nelson Parra Fernández por la suma de \$ 42.253.390.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director de Vialidad (S), señor Walter Brüning Maldonado, signada con el número 8926 de 29 de octubre de 2001, adjudicando la obra a Nelson Parra Fernández por la suma de \$ 47.883.400.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Nelson Belmar Lobos, signada con el número 9759 de 23 de noviembre de 2001, adjudicando la obra a Nelson Parra Fernández por la suma de \$ 4.500.000.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Nelson Belmar Lobos, signada con el número 9924 de 30 de noviembre de 2001, adjudicando la obra a Nelson Parra Fernández por la suma de \$45.850.400.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director de Vialidad (S), señor Mario Fernández Rodríguez, signada con el número 932 de 5 de febrero de 2002, adjudicando la obra a Nelson Parra Fernández z por la suma de \$ 26.750.000.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Nelson Belmar Lobos, signada con el número 997 de 7 de febrero de 2002, adjudicando la obra a la empresa Construcciones Parra Ltda. por la suma de \$ 17. 868.900.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director de Vialidad (S), señor José Miguel Ortega Julio, signada con el número 1208 de 15 de febrero de 2002, adjudicando la obra a la empresa Arriendo de Maquinaria y Hormigón Ltda.. por la suma de \$38.450.000.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director de Vialidad (S), señor José Miguel Ortega Julio, signada con el número 1209 de 15 de febrero de 2002, adjudicando la obra a la empresa Arriendo de Maquinaria y Hormigón Ltda., por la suma de \$ 34.500.000.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director de Vialidad (S), señor José Miguel Ortega Julio, signada con el número 3037 de 29 de abril de 2002, adjudicando la obra a la empresa Construcciones Parra Ltda., por la suma de \$ 2.124.000.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por la Subdirección Administración y Finanzas, Dirección Nacional de Vialidad, señor Sergio Cortés Castro, signada con el número 3012 de 29 de abril de 2002, adjudicando la obra a la empresa Construcciones Parra Ltda., por la suma de \$ 19.758.104.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 2797 de 19 de abril de 2002, adjudicando la obra a la empresa Construcciones Parra Ltda., por la suma de \$ 2.292.585.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por la Subdirección de Administración y Finanzas, Dirección Nacional de Vialidad, señor Sergio Cortés Castro, signada con el número 2975 de 26 de abril de 2002, autorizando el pago de una factura de la empresa Construcciones Parra Ltda., por la suma de \$1.578.486.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por la Subdirección Administración y Finanzas, Dirección Nacional de Vialidad, señor Sergio Cortés Castro, signada

con el número 3011 de 29 de abril de 2002, adjudicando la obra a la empresa Sociedad Olivares y Henríquez Ltda., por la suma de \$15.635.000.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director de Vialidad (S), señor Mario Fernández Rodríguez, signada con el número 3238 de 6 de mayo de 2002, adjudicando la obra a la empresa Construcciones Parra Ltda., por la suma de \$19.517.991.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director de Vialidad (S), señor José Miguel Ortega Julio, signada con el número 3542 de 16 de mayo de 2002, adjudicando la obra a la Sociedad Olivares y Henríquez Ltda., por la suma de \$ 2.870.232.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 4055 de 7 de junio de 2002, adjudicando la obra a la Sociedad Olivares y Henríquez Ltda., por la suma de \$ 4.944.623.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 5086 de 11 de junio de 2002, adjudicando la obra a la empresa Arriendo de Maquinaria y Hormigón Ltda., por la suma de \$ 12.379.831.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 7306 de 3 de septiembre de 2002, adjudicando la obra a la empresa Construcciones Parra Ltda., por la suma de \$ 14.761.800.-

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 6600 de 5 de agosto de 2002, autorizando el pago de una factura a la empresa Construcciones Parra Ltda., por la suma de \$ 1.550.686.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 6698 de 8 de agosto de 2002, adjudicando la obra a la empresa Sociedad Olivares y Henríquez Ltda., por la suma de \$ 24.814.810.

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 7030 de 22 de agosto de 2002, adjudicando la obra a la empresa B.O.G. Inversiones Ltda., por la suma de \$ 34.950.000, y

-Resolución de la Dirección de Vialidad dictada por el Director Nacional de Vialidad, señor Eduardo Arriagada Moreno, signada con el número 8517 de 17 de octubre de 2002 adjudicando la obra a la empresa B.O.G. Inversiones Ltda., por la suma de \$ 6.372.000.-

El funcionario que obtuvo, personalmente, las firmas de las personas que se desempeñaron como Directores de Vialidad fue quien, a la sazón, ejercía el cargo de Sub Director de Administración y Finanzas de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas.

VII.- ¿Que, en las citadas resoluciones, se expresa que el Departamento de Servicios cursó invitación para que presentaran cotizaciones u ofertas a empresas

constructoras y personas naturales dedicadas al rubro de la construcción, las que en cada caso se individualizan y, una vez analizadas, se eligió la que resultó más conveniente para el interés fiscal. Asimismo, se aprecia en las mencionadas resoluciones, en el ángulo inferior izquierdo, un signo de aprobación (visto bueno) estampado por el que a la sazón se desempeñaba como Sub Director de Administración y Finanzas de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas.

VIII.- ¿Que al tomar conocimiento que se iba a constituir en la Dirección de Vialidad un fiscalizador de la Contraloría General de la República, para verificar, en forma selectiva, la regularidad de los procedimientos administrativos adoptados por dicha dirección, un funcionario recibió la instrucción de que debía adoptar todas las medidas necesarias para completar los procesos administrativos relacionados con las obras de remodelación, a que se alude en el punto signado con el número VI.

IX.- ¿Que el monto total de las obras adjudicadas por las Resoluciones de la Dirección de Vialidad mencionadas, ascienden a la suma de \$ 421.606.238, en circunstancias que no debió exceder de la suma de \$ 253.447.823?

DUODECIMO: Que, la conducta desplegada por el inculpado Cortés en los estos hechos fue declarada como constitutiva de los delitos de falsificación de instrumento público y fraude al fisco de los artículos 193 N° 4° y 239, ambos del Código Penal, conforme se lee en el considerando séptimo de la sentencia de primer grado, reproducido por la de segunda instancia, donde se concluye que en su calidad de funcionario público, abusando de su oficio, decidió de antemano, conjuntamente con un particular, Jara Núñez, que un tercero, Parra Fernández, sería quien se adjudicaría las obras y debía efectuar los trabajos de remodelación a diferentes dependencias de la Dirección de Vialidad, debiendo recabar el mismo particular las cotizaciones u ofertas necesarias para cumplir con los trámites administrativos, con propuestas que fueron emitidas sin el consentimiento de las personas que figuraban en ellas, lo que implicó que no se efectuó estudio ni análisis de costos para realizarlas, para luego ser entregadas a un subordinado (Urra) quien emitiera las resoluciones de adjudicación, comprobándose que lo que en dichos instrumentos se expresa no es efectivo, como fue pretender que se enviaron las invitaciones para participar en las propuestas privadas, que ellas fueron recibidas y analizadas, y que se seleccionaron las más convenientes al interés fiscal.

En relación al segundo delito, figura una persona que se desempeñaba como funcionario público, que defraudó al Fisco de Chile mediante las maniobras dolosas descritas, originándole una pérdida superior a cuarenta unidades tributarias mensuales.

DECIMO TERCERO: Que, en cuanto a la participación criminal del acusado Cortés, se concluyó en el razonamiento undécimo de la sentencia del a quo, que sus declaraciones cumplen los requisitos contemplados en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, puesto que importan una confesión judicial, que

unida a los elementos de convicción singularizados en el considerando quinto de la sentencia ya mencionada, se estimaron suficientes para tener por acreditada su intervención en calidad de autor de los delitos de falsificación de instrumento público falso y fraude al fisco, ambos en calidad de reiterados.

DECIMO CUARTO: Que, ahora bien, para entrar al análisis de las disposiciones que se denuncian como infringidas, en un recurso de derecho estricto como es el de casación en el fondo deducido, es preciso verificar no sólo si éstas han sido invocadas, sino también explicar la manera cómo ellas han sido infringidas y cómo han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que ha tratado de efectuar el recurrente; pero también es necesario determinar si las normas que citan en la condición de quebrantadas, son de aquéllas que pueden ser consideradas reguladoras de la prueba, situación que no ocurre en este caso, dada la forma y sentido en que han sido desarrolladas algunas de ellas, y por no tener tal carácter las restantes, por lo que al no existir la infracción de norma s reguladoras de la prueba, no es posible alterar los hechos establecidos por los jueces del fondo, ni tampoco las apreciaciones que de los mismos ellos han hecho, lo que forzosamente trae como consecuencia, que el arbitrio procesal en examen no pueda prosperar por ninguna de las dos causales alegadas, conforme se razonará en los siguientes considerandos.

DECIMO QUINTO: Que en efecto, las tres principales normas que se citan y desarrollan en el recurso, son el artículo 239 del Código Penal, que tipifica el delito de fraude al Fisco; y, los artículos 472 y 488 Números 1º y 2º, ambos del Código de Procedimiento Penal, atinentes a la prueba pericial y las presunciones, respectivamente.

DECIMO SEXTO: Que, desde luego, la primera disposición citada, no ostenta el carácter de norma reguladora de la prueba, porque está referida exclusivamente a la descripción de la conducta que el legislador ha elevado a la categoría de delito, lo que se vincula con los principios de legalidad y tipicidad que informan al Derecho Penal; pero bajo ningún punto de vista pudiere desprenderse de su texto que contengan prohibiciones y limitaciones impuestas por la ley para asegurar una correcta decisión.

DECIMO SEPTIMO: Que, en lo que concierne a la infracción del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, tampoco se trata de una disposición que presente la condición de norma reguladora de la prueba, puesto que, sólo contempla la atribución del juez para considerar un peritaje como prueba suficiente de un hecho, y por constituir ésta una facultad privativa, no es posible considerar que se la ha infringido al realizarse la evaluación de un determinado informe pericial.

DECIMO OCTAVO: Que, finalmente, en cuanto al artículo 488 numerales 1º y 2º, del texto ya citado, el recurrente alude respecto del primero, a la inexistencia de multiplicidad de las presunciones por estimar que la acción relativa a invitar a un tercero a participar en una propuesta privada, quien no era funcionario público, y a la existencia de un único informe pericial, lo que no podría constituir por si sola una presunción judicial, y sumado a lo anterior, agregar por los jueces del

fondo un conjunto de erráticos testimonios y documentos que no se precisan cuales son, lo que implicó a su parecer, que no existirían elementos de juicio suficientes para dar por establecido el delito investigado. En tanto, que respecto del numeral 2° del mismo artículo, no se desarrolló, ni se explicó la forma como fue violentado y cual sería su importancia.

DECIMO NOVENO: Que, en consecuencia, sólo corresponde referirse al argumento del primer numeral del artículo 488 del texto legal en referencia, el que aparece explicitado en forma confusa, sin entregar con la precisión que corresponde a un recurso de derecho estricto como el de autos, los antecedentes que permitan a este tribunal su debido estudio, cuestión que obsta a la certeza y precisión que exige la naturaleza del presente medio de impugnación para el establecimiento de su infracción.

VIGESIMO: Que, por último, es necesario consignar que lo realmente alegado por el recurrente consiste en haberse dado valor, entre otros medios probatorios, a un peritaje que dice haber impugnado, cuestión última que fue debida y correctamente zanjada en las instancias correspondientes, conforme se lee en el párrafo I, en sus números 1° a 3° de la sentencia de primera instancia. De esta forma, más que una infracción a leyes reguladoras de la prueba, lo que realmente se cuestiona es la valoración asumida por los jueces del fondo, lo que sumado a los numerosos antecedentes probatorios que se consignan en el capítulo quinto, debidamente reproducido por el dictamen de segundo grado, permitió adoptar las decisiones que ahora se cuestionan.

Lo impugnado, en consecuencia, no ha sido la omisión de esos elementos probatorios, sino la ponderación que de ellos hicieron los sentenciadores, en circunstancias que en cuanto ellos estudian, valoran, aceptan o desestiman las diversas probanzas rendidas en el pleito, ejercitan facultades privativas de sus funciones ministeriales que excluyen la aplicación errónea de la ley penal por vulneración de cánones reguladores de la prueba, reservada sólo para el caso que los jueces violenten preceptos que consistan en prohibiciones o limitaciones destinados a asegurar una correcta decisión en el juicio criminal.

VIGESIMO PRIMERO: Que, lo que se pretendía con el recurso era modificar los hechos establecidos por los jueces del fondo, razón por la cual se invocaba la infracción de las leyes reguladoras de la prueba en que habría incurrido en el fallo recurrido. Al respecto, es preciso dejar constancia que las referidas normas no están claramente especificadas ni definidas, por lo que se hace imperioso proceder a precisarlas, para no confundirlas con aquellas relativas a otro tipo de disposiciones relacionadas con la apreciación de la prueba. Así entonces, vemos en general, que hay vulneración de las normas reguladoras de la prueba, principalmente, cuando los sentenciadores invierten el onus probandi o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeren en el juicio cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio. En el ámbito penal, este

Tribunal, desde antaño ha precisado lo que debe entenderse por leyes reguladoras de la prueba, por lo que hemos indicado que en esta materia, son las

constituidas por aquellas normas básicas o fundamentales del juzgamiento criminal, que ya constituyen prohibiciones, ya limitaciones impuestas por la ley para asegurar una correcta decisión.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, como consecuencia de lo expuesto, este tribunal se encuentra impedido de revisar los hechos, los que han quedado fijados de manera inamovible por los jueces del fondo, lo que conduce a que la situación fáctica acreditada no puede ser revisada por esta vía extraordinaria de impugnación, de modo tal que la segunda causal invocada del numeral 3º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, debe desecharse, toda vez que los sentenciadores no han incurrido en error de derecho al calificar como delitos aquellos hechos que resultaron probados en el proceso y que se consignan en el motivo sexto de la sentencia de primer grado reproducido en el de alzada, siendo por consiguiente correcta la calificación jurídica de ellos conforme a los tipos penales descritos en los artículos 193 y 239, ambos del Código Penal, pues en ellos se establece la conducta ejecutada por el acusado, con pleno conocimiento de ella y de los fines perseguidos al efecto, implicando una intervención directa e inmediata en los mismos, lo que significa una participación culpable en calidad de autor de las referidas ilicitudes en grado de reiteradas.

VIGESIMO TERCERO: Que, así las cosas, y por encontrarse los hechos establecidos conforme a derecho y además por ser constitutivos de delitos, calificación jurídica que resulta correcta, el recurso en estudio por ambas causales tendrá que ser desestimado.

B.- Respecto del recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de Luis Jara Núñez.

VIGESIMO CUARTO: Que, el recurrente a fojas 1939 y siguientes, ha formulado un recurso de casación en el fondo invocando como única causal, la indicada en el N° 2º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación.

VIGESIMO QUINTO: Que, como normas infringidas se citan diversas disposiciones del Código Penal, como son el artículo 196, al pretender la sentencia atacada aplicar ese tipo penal a un hecho que no lo comprende; el artículo 1º, que define el delito; el artículo 75, que contempla el denominado concurso ideal de delitos y, específicamente el medial, ello al imputarse a su defendido una supuesta comisión de más de un ilícito, y sostenerse en la sentencia que se habría incurrido en el de uso malicioso de instrumento público falso; también denuncia la infracción del artículo 509 del de Procedimiento Penal, al sancionarse un hecho que configura un solo delito continuado, como supuesto delito reiterado.

VIGESIMO SEXTO: Que, luego se destaca por el recurrente que el fallo cuestionado, en su razonamiento undécimo, y en lo resolutivo del mismo, acápite II, letra c., señala que su defendido Luis Antonio Jara Núñez, es autor de los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y de estafa en perjuicio del

Fisco de Chile, en calidad de reiterados, lo que es un error, por lo que explica a continuación. En un primer aspecto, al considerarse existente el delito de uso malicioso de instrumento público falso por parte de su defendido, toda vez que fue absorbido por la figura principal, la estafa, desde que ambos se encuentran en concurso aparente de leyes penales. En un segundo aspecto, que se deriva del anterior error, al considerarse por los jueces del fondo, dos delitos coexistentes, y pretender que están en concurso ideal, en relación de medio a fin, siendo el uso malicioso el medio para cometer la estafa. Pero dado lo dicho previamente, esto no es posible que ocurra, desde que el uso malicioso no se ha configurado, por lo que consecuentemente no puede existir el referido concurso.

Finalmente, en un tercer aspecto comete error, al estimar la sentenciadora que los delitos serían reiterados, no obstante que en realidad sólo se está en presencia de un solo delito, en calidad de continuado.

VIGESIMO SEPTIMO: Que, en cuanto a la presencia del concurso aparente de leyes penales, estima el recurrente que el fallo termina condenando por dos delitos, uso malicioso de instrumento público falso del artículo 196 y estafa del artículo 468, ambos del Código Penal, en circunstancias que lo que debieron concluir los sentenciadores es que los hechos investigados sólo permiten configurar uno solo de ellos, pero no ambos.

Más adelante, luego de señalar aspectos doctrinales de la institución, concluye que la estructura del primer ilícito (uso malicioso), es el perjuicio y el ánimo de lucro, lo que incluso se reconoce en el razonamiento sexto de la sentencia del a quo; pero esos mismos elementos también son propios de la estafa, por lo tanto la sentencia utiliza ambos elementos para construir dos figuras penales, infringiendo el principio del non bis in idem, al ser sancionado un mismo hecho dos veces. Lo mismo ocurre con el otro elemento central de la estafa, como es el engaño, tal como lo destaca el considerando séptimo, constituido por la presentación de documentos falsos, o sea su uso, el mismo que se da para fundar el uso malicioso anterior, afectando nuevamente el principio ya esgrimido, desde que se utiliza como ardid en la estafa y luego para la falsedad, conforme a su uso, porque ambos tipos penales son tributarios de los mismos elementos de estructuración, por lo que entiende que se está en presencia de un concurso aparente de leyes penales. No obstante lo anterior, la sentencia del tribunal de primer grado, en su razonamiento 24º lo rechazó.

En la doctrina, se resuelve en base a dos principios, la especialidad y la consunción; optando porque en el presente caso debe resolverse conforme al segundo, porque el disvalor de la estafa absorbe el del uso malicioso, ya que el último tiene un carácter secundario frente a aquélla; consecuencia de todo lo anterior, es que sólo correspondía tener por acreditado el delito de estafa, lo que implicó infringir los artículos 1º y 196 del Código Penal.

VIGESIMO OCTAVO: Que, en relación a la determinación del tribunal que califica de errónea -, de estar en presencia de un concurso de delitos, no obstante lo que se sostiene en el párrafo tercero del razonamiento 25º, donde se expresa que estaríamos en presencia de un concurso material o real, que debe resolverse

conforme al artículo 75 del Código Penal al ser el uso malicioso el medio necesario para cometer el delito de estafa. La recurrente aduce que lo expresado es producto de un error, puesto que no podría estimarse la concurrencia del delito de uso malicioso, por encontrarse en concurso aparente, lo que impide considerarlos en relación de medio a fin, infringiéndose lo preceptuado en el artículo 75 del texto legal citado, porque el hecho investigado no pudo dar lugar a dos o mas delitos, sino tan sólo a uno, la estafa; por lo que es un error estimar que se está en presencia de un concurso medial contemplado en la disposición citada.

VIGESIMO NOVENO: Que, esta parte, en relación con la alegación del delito continuado, aduce que despejado el hecho que en la especie no se configura el delito de uso malicioso de instrumento público falso por efecto del concurso aparente de leyes penales, corresponde destacar la violación de la norma al entender la sentencia impugnada que hay reiteración, por el contrario, se trata de un delito de estafa continuado.

Al respecto, se dan todos y cada uno de los requisitos exigidos por la doctrina, como son la unidad de autor, desde que las personas que participaron en todos los hechos son las mismas tres personas. En cuanto a la identidad del tipo penal, se establece porque la figura se comete en las 22 ocasiones investigadas, e igualmente sancionadas, se trata de 22 delitos de estafa. Además, dichas acciones han tenido lugar en un lapso prolongado de tiempo, a lo que se suma la unidad de propósito, que en los veintidós casos es una sola y la misma, lo que confirma la sentencia que no considera o requiere delito en delito para determinar un propósito diverso en cada uno de ellos, perfectamente se analizan globalmente aplicando los mismos parámetros y elementos de análisis.

TRIGESIMO: Que, constituye también prueba de la existencia del delito continuado, la circunstancia que el tribunal al momento de establecer el perjuicio no lo hace separadamente para cada delito, sino que utiliza una fórmula global, mediante un monto que abarca el total del perjuicio, lo que daría lugar a entender que el tribunal ha considerado que se trata de un delito continuado, lo que implicó infringir el artículo 509, pues esta norma sólo se aplica para determinar la pena cuando se está en presencia de reiteración de crímenes y simple delitos, lo que no ocurre en este proceso.

TRIGESIMO PRIMERO: Que, los anteriores errores, la calificación errada del delito y la imposición de la pena en conformidad a esa errónea calificación, tuvieron una influencia decisiva en la parte resolutive de la sentencia, toda vez que debió haberse aplicado a su defendido una pena inferior a la que se le condenó, si se hubiere dado correcta aplicación a las disposiciones penales que se señalaron como violadas, y que debieron caso contrario, establecer un solo delito continuado de estafa, regulando la pena conforme al inciso final del artículo 467 del Código Penal, en presidio menor en su grado máximo, y disminuirla en tres grados por las tres atenuantes que favorecen al acusado Jara Núñez, quedando en sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, y el perjuicio deriva precisamente en soportar una pena mayor de la que en derecho

correspondía aplicar, solicitando que se acoja su recurso, y se anule la sentencia atacada, se dicte otra de reemplazo por la que se decida calificar adecuadamente el delito y rebajar su pena.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que, de lo expuesto surge que por este segundo recurso no se ataca el establecimiento de los hechos, ni la violación de leyes reguladoras de la prueba, toda vez que lo que se cuestiona de la sentencia de segundo grado es que, al confirmar la del a quo, hizo suyos los mismos errores de derecho, consistentes en no advertir que en el caso de autos se estaría en presencia del llamado concurso aparente de leyes penales, que conlleva a que en realidad exista un solo delito, la estafa, dada la mayor intensidad relativa del último ilícito, en relación al de uso malicioso, que vendría a ser absorbido por el primero respecto de Jara Núñez. Y, luego de lo anterior, que no podían concluir que el ahora único ilícito de estafa, se encuentre en grado de reiterado, por las diversas oportunidades en que se materializó en el tiempo que va desde el 12 de octubre del año 2001 al 17 de octubre del 2002, ya que se estaría en presencia de un solo ilícito en calidad de continuado, lo que implicaría las rebajas del castigo.

TRIGESIMO TERCERO: Que, en mérito de razones de economía procesal y, dado que no son cuestionados los hechos ni su establecimiento, se reproduce lo ya expuesto en el razonamiento undécimo del presente fallo, relativo a cuáles son los elementos fácticos que se fijaron en la presente litis, los que fueron debidamente reproducidos por el de alzada, para entrar a analizar directamente si de ellos puede estimarse, como lo sostiene el recurrente, que estén en situación de calificarse como concurrentes los requisitos del concurso aparente de leyes penales, y luego, de un eventual delito continuado.

TRIGESIMO CUARTO: Que los hechos establecidos en la sentencia que se revisa, para los jueces del fondo fueron constitutivos de los delitos de falsificación de instrumento público, uso malicioso de instrumento público falso, fraude y estafa en perjuicio del Fisco de Chile, previstos y sancionados en los artículos 193 número 4º, 196, 239 y 468 en relación al artículo 467 número 1º, todos del Código Penal. En efecto, respecto de la primera figura penal, se expresó que una persona, que a la época de los hechos se desempeñaba como funcionario público, abusando de su oficio, decidió de antemano, conjuntamente con un particular, que a otra persona natural o jurídica se le iban a adjudicar una serie de trabajos, y debía efectuar las obras proyectadas de remodelación a distintas dependencias de la Dirección de Vialidad, recabando del mismo particular las cotizaciones u ofertas necesarias para cumplir con el trámite administrativo, las que fueron emitidas sin el consentimiento ni el conocimiento de aquellos a cuyo nombre figuraban y, por lo mismo, sin el previo estudio o análisis de costos para realizarlas, para ser luego entregadas a un subordinado para que confeccionara las resoluciones de adjudicación. En consecuencia, no resultó cierto lo que en dichos documentos públicos se expresó, en cuanto a que se enviaron a terceros cartas de invitación para participar en las propuestas privadas, que estas fueron recibidas y que, analizadas, se eligió la que resultó más conveniente para el

interés fiscal. En cuanto a la segunda figura penal, de los mismos antecedentes se dijo que dos particulares hicieron uso malicioso de los instrumentos públicos falsos, consistentes en resoluciones en que se adjudicaban las obras de remodelación, que se fraguaron de la manera señalada, con ánimo de lucro y perjuicio fiscal. En cuanto a la tercera figura penal, el fraude al Fisco, de los mismos antecedentes citados, se comprueba que una persona que se desempeñaba como funcionario público, defraudó al Fisco de Chile originándole una pérdida superior a cuarenta unidades tributarias mensuales, mediante el ardid ya indicado, y, respecto de la última figura penal, el delito de estafa cometido también en perjuicio del Fisco, se encuentra probado que terceros, que no tenían el carácter de funcionarios o agentes públicos, defraudaron al Fisco de Chile mediante el artificio de la presentación de cotizaciones u ofertas falsas y abultadas o rebajadas en su monto, según sea el caso, y que, en consecuencia, no fueron el fruto de un análisis o estudio real y efectivo de los costos necesarios para efectuar las obras, de la manera como se explica en el informe pericial evacuado en autos; mecanismo que permitió, en definitiva, que en vez de seleccionarse la cotización más favorable al interés fiscal, se eligiera aquella presentada por la empresa que debía necesariamente ser beneficiada con la adjudicación, lucrándose con la diferencia que se generó.

TRIGESIMO QUINTO: Que, como acertadamente se señala en el razonamiento décimo sexto de la sentencia de primera instancia, debidamente reproducido por la de segundo grado, los delitos de uso malicioso de instrumento público falso (22 en total) fueron el medio necesario para cometer las consiguientes estafas, y que de conformidad a lo que dispone el artículo 75 inciso 2º del Código Penal, correspondió imponer la pena mayor asignada al delito más grave; y dado que se estaba en presencia de reiteración de delitos de la misma especie, se procedió a aplicar el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, fijando el castigo a las diversas infracciones estimadas como un solo delito, aumentándola finalmente en un grado, sin perjuicio de la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

TRIGESIMO SEXTO: Que, efectivamente, en materia de concursos, debe precisarse que esta situación se produce cuando en un mismo proceso se puede imputar a una persona la realización de hechos que configuran varios tipos penales o varias veces de uno idéntico; siendo la regla general para la aplicación del castigo corporal, la que proporciona el sistema de la acumulación material de las penas que consigna el inciso primero del artículo 74 del Código Penal.

TRIGESIMO SEPTIMO: Que, en nuestra legislación se han dado en llamar los tres tipos de concursos existentes, en real, medial e ideal. El primero (real), se presenta en relación al culpable de varios delitos, independientes entre sí, respecto del cual el Código Penal, en su artículo 74, ordena imponer una pena a cada uno de ellos. Luego, está el medial, una especie de concurso real, desde que en ambas categorías existe pluralidad de acciones, pero que en éste caso no son independientes entre sí, sino que una es considerada el medio necesario para la comisión de la otra, a la que el artículo 75 del texto legal citado, ordena imponer

la pena mayor asignada al delito más grave. Y finalmente, el concurso ?ideal o formal, del mismo artículo anterior, en que un solo hecho constituye dos o más delitos, imponiendo el legislador el castigo en la misma forma.

TRIGESIMO OCTAVO: Que, en el presente caso, como acertadamente resolvieron los jueces del fondo, resulta de toda evidencia que se está en presencia de un concurso material o real, en que un grupo de ellos ha sido también el medio necesario para cometer los otros. No ante un único hecho aislado, sino que ante pluralidad de los mismos en relación de medio a fin, que son a su vez cada uno constitutivos de diferentes tipos penales (Jara Núñez), como son el de uso malicioso de instrumento público falso y estafa.

No es posible sostener entonces, que estamos frente a un concurso aparente de leyes penales, puesto que esta modalidad de concurso como su nombre lo indica, se presenta cuando una conducta puede ser encuadrada aparentemente en dos o más tipos penales, de los cuales sólo uno resulta apto para captarla, como lo explica el profesor Sr. Eduardo Novoa Monreal, en el texto Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Edición 1966, página 281, quién agrega, que e a diferencia del concurso ideal de delitos, que existe en los casos en que un solo hecho cae simultáneamente bajo distintos tipos penales, todos los cuales les resultan aplicables en forma conjunta, en el concurso aparente de leyes penales al hecho único le conviene tan sólo un tipo, pero varios parecen apropiados para tipificarlos a la vez.

En consecuencia, la única confusión que pudiera producirse es entre el concurso ideal (no reclamado ni aplicado en autos), con el concurso aparente, porque en ambos casos existe un único hecho, y la solución estará en el primer caso, en la coexistencia perfecta de los ilícitos, en tanto que en el segundo, el que uno primará sobre el otro subsumiéndose en uno de los tipos penales en disputa.

TRIGESIMO NOVENO: Que, resuelta la improcedencia del concurso aparente de leyes penales; ahora en relación al segundo y último argumento del recurso de Jara Núñez, de la existencia de un delito continuado de estafa, debe destacarse que la referida categoría también hace excepción al régimen de concursos de los artículos 74 y 75 del texto penal nacional. Para su procedencia, se acostumbra exigir cuatro elementos, que son: 1º.- unidad de autor; 2º.- identidad del tipo penal realizado en las diversas ocasiones, que implique un solo derecho violentado; 3º.- que esas conductas tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo y; 4º.- la llamada unidad de propósito del agente, elemento este último, que no concurre en la especie, desde que no es verosímilmente creíble sostener que los encausados - entre los cuales se encuentra el sentenciado Jara Núñez -, hayan previsto en forma precisa y determinada realizar, durante un cierto lapso de tiempo, veintidós conductas de uso malicioso de instrumento público falso, y otras tantas de estafa; desde que no existe el criterio de unidad exigido por la doctrina, no siendo posible considerar todos esos comportamientos como un único y gran delito de estafa, como se pretende. No se aprecia una vulneración, necesariamente dividida, de una misma norma, conforme a la representación del

agente único, sobre la necesidad de fraccionar su comportamiento para así asegurar su consumación, porque se fueron cometiendo a medida que se presentaban aisladamente las condiciones necesarias para su comisión, por lo que el tratamiento dado a los ilícitos por los jueces del fondo aparece del todo conforme a derecho.

CUADRAGESIMO: Que, a mayor abundamiento, esta Corte Suprema comparte lo expuesto en los razonamientos Vigésimo Cuarto y Vigésimo Quinto de la sentencia de primer grado, reproducidos por el ad quem, en los cuales, respecto de las solicitudes planteadas en forma subsidiaria por la defensa del acusado Jara Núñez, en el sentido que se habría configurado un concurso aparente de leyes penales que debe resolverse a la luz del principio de la consunción, que se tuvo presente que dicho concurso se configura cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos penales diversos, pero, en definitiva, sólo queda regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultan desplazados por causas lógicas o valorativas. Y citando al profesor Alfredo Etcheberry O., tratándose del principio que la doctrina denomina de la consunción, que permitiría dilucidar los problemas que plantea el concurso aparente de leyes penales (principio que la defensa de Jara Núñez estima que debe ser aplicado en la especie) ha expresado significa que cuando la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva, ya ha tomado en consideración la gravedad (o desvalor?) de otras conductas, también punibles, que la acompañan ordinariamente, como antecedentes, como medios, como etapas de desarrollo, como consecuencias, etc., debe aplicarse solamente la disposición que contempla la infracción principal, y las que sancionarían esas otras conductas accesorias desaparecen, se consumen en la infracción principal, son absorbidas por ella (por eso a este principio se le denomina también de la absorción).

CUADRAGESIMO PRIMERO: Que en los mismos considerandos se expresó, que en autos se ha configurado, como ya se dijo, una especie de concurso material o real de delitos y el llamado concurso medial, que debe resolverse conforme al precepto establecido en el artículo 75 del Código Penal, porque el delito de uso malicioso de instrumento público falso fue el medio necesario para cometer el delito de estafa.

CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que, finalmente, se indicaron los presupuestos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que se configure el delito continuado, los que ya fueron citados, para concluir que no se cumplía el último, atinente a la unidad de propósito del agente, toda vez que la determinación criminal debía cubrir todas las acciones desarrolladas por el acusado Jara Núñez, pero del mérito de los antecedentes no apareció que se haya propuesto desde un principio, ejecutar los 22 delitos de uso malicioso de instrumento público falso e igual número de delitos de estafa que se le imputan, por lo que no concurriendo los dos únicos capítulos en que se construye la única causal esgrimida por la defensa de Jara Núñez, consistente en la motivación segunda del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, impiden que este segundo reclamo pueda prosperar, lo que importará su rechazo.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos en lo principal de fojas 1.925 y siguientes, por los abogados Sres. Arturo Yuseff Durán y Arturo Yuseff Rivers, en representación del sentenciado Sergio Cortés Castro, y el de lo principal del escrito de fojas 1.939 y siguientes, del abogado señor Samuel Donoso Boassi actuando por el enjuiciado Luis Jara Núñez, dirigidos ambos en contra de la sentencia de treinta y uno de enero de dos mil siete, escrita a fojas 1.923 y 1.924, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N° 1494-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.