

C.A. de Copiapó

Copiapó, catorce de junio de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En los autos RUC 1700608178-9, RIT N° O-137-2022, los abogados Reynerio García De La Pastora, Pablo Ehremberg Osorio y Cristian Brito Gajardo, en representación del condenado Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, interpusieron recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 22 de marzo del año en curso, por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, integrada por el Juez don Eugenio Bastías Sepúlveda, quien presidió, la Jueza doña Anita Niculcar Solís y el Juez don Juan Pablo Palacios Garrido, mediante la cual se condenó a don Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, a sufrir la pena de Trescientos días de presidio menor en su grado mínimo y Multa de trescientos nueve mil quinientos diecisiete pesos, más las accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; y Tres años un día de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado mínimo, como autor del delito de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 inciso segundo del Código Penal, en carácter de consumado, perpetrado en el mes de diciembre de 2014, en la comuna de Tierra Amarilla.

La defensa funda su recurso en la causal de nulidad contenida en el artículo 373 letra a) y en subsidio la causal del artículo 373 letra b) ambas del Código Procesal Penal.

Que la Excma. Corte Suprema por resolución de fecha 19 de abril de 2023, recondujo la primera causal a la contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal de conocimiento de esta Corte. Asimismo remitió a esta Corte, el conocimiento de la causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del mismo Código.

Con fecha 25 de mayo pasado se procedió a la vista de la causa,



interviniendo en la misma el abogado defensor penal privado del acusado don Ricardo Encina y contra el recurso, alegó el abogado y representante del Ministerio Público don Jorge Gamboa y por la querellante Consejo de Defensa del Estado la letrada, doña Marsella Rojas Cailly.

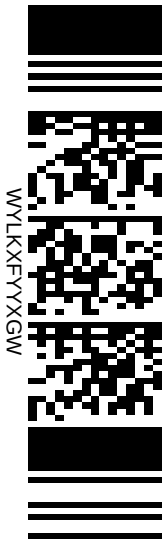
CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa plantea la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por haberse infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes actualmente. Agrega que la garantía fundamental vulnerada en la causa es el derecho de toda persona a no ser juzgado por delito alguno sino conforme al principio de reserva, legalidad y tipicidad del delito penal, reconocido por los artículos N° 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 5 inciso 2° y 19 N° 3 Incisos 7° y 8° de la Constitución Política de la República.

La defensa refiere que la sentencia establece una arbitraria extensión del tipo penal, la autoría y la culpabilidad por hecho ajeno, que vulnera la garantía del nullum crimen sine lege, pues atribuye al acusado don Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, una participación típica y culpable en calidad de autor del hecho punible.

Señala también que la responsabilidad penal por autoría ejecutiva en el hecho punible sólo puede ser establecida reuniéndose sus requisitos sine que non de tipicidad de la acción, de participación en la ejecución del hecho concreto, y el control final de la acción, así que la atribución de la autoría faltando todas o algunas de estas exigencias, incoando al acusado por el hecho ajeno del alcalde fallecido, es una flagrante y arbitraria extralimitación en los deslindes del hecho punible, e importa una evidente vulneración del principio y garantía fundamental de reserva del tipo penal.

Agrega la defensa que la sentencia del Tribunal -acogiendo la teoría sostenida por el Ministerio Público- desatiende las normas fundamentales de



la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y del DFL N° 262, para así atribuir al acusado responsabilidad penal por una decisión que no le es propia ni privativa de su cargo.

Señala que el Ministerio Público destacó el hecho de haberse realizado acciones ajenas al interés público sobre el particular y se acreditó durante el curso del juicio el elemento básico de derecho, cuál es que la adopción de decisiones en el municipio correspondían al alcalde y en algunos casos al Consejo Municipal, ninguna de esas autoridades fue enjuiciada en este proceso, sino el Administrador Municipal, quien tenía como función la ejecución de las decisiones de esas autoridades. Así el reproche de valoración que se hacía respecto de esas decisiones, corresponde en verdad a un reclamo en contra de la decisión de un tercero respecto del cual no se sigue el proceso, sino que en contra de otro funcionario que ni legalmente ni de facto adoptó esas decisiones.

Agrega respecto de la naturaleza de los hechos reprochados, que el acusado haya viajado a Cuba cumpliendo un cometido funcionario, al sentenciador le parece que ello constituye delito, pues el mérito que tuvo en vista un tercero para decidir, no es compartido por el juzgador, así en primer lugar y arriesgando violentar la esfera de atribuciones de otras autoridades de la República, se llega a la determinación de la existencia del hecho punible y el sentenciador arriba a la convicción de la ilicitud del acto y por ende la acreditación del hecho punible, por actos ejecutados seis meses antes del hecho reprochado al acusado y además por terceras personas.

Refiere que para determinar la autoría del delito, es necesario determinar la existencia del hecho punible y su autoría; previamente indagar quién toma la decisión para el hecho punible, con el poder determinante para ello, quién tiene el dominio final de la acción, de carácter objetivo-subjetivo, en el sentido de que se precisa la finalidad o, al menos, la conciencia de dominio del hecho para que éste exista, y material. Por ello, autor es quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las



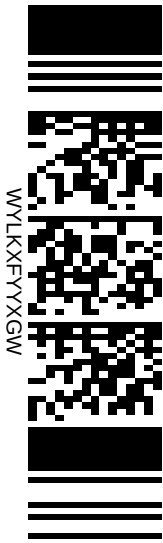
manos el si y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito [Miguel Díaz y García Conlledo. Autoría y participación. En Revista de Estudios de la Justicia – N° 10 – Año 2008; Claus Roxin. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En Revista Penal N° 2 (1998), p. 61-66].

Señala la defensa que la cuestión fundamental es, si el acusado tuvo la potestad de decisión sobre el hecho mismo del que se le acusa y destaca la falta de distinción entre el denominado Decreto Alcaldicio, que es el acto administrativo dictado por el Alcalde, en el cual se contiene una declaración de voluntad emitida en el ejercicio de una potestad pública y el Decreto de Pago, que es el acto administrativo mediante el cual se dispone girar a una persona natural o jurídica, cierta cantidad de dinero por un motivo determinado; el Ministerio Público y el Tribunal así lo entiende, atribuir al acusado que no ha cometido delito, por la decisión del Alcalde, una arbitraria atribución de responsabilidad por hecho ajeno, ignorando los principios básicos del derecho administrativo.

Agrega que el yerro fundamental radica en haber desatendido tanto el mérito de los hechos, como los elementos objetivos y subjetivos de la acción, imprescindibles para determinar el dominio del hecho, pues la cuestión central, es quién decide el sí y el cómo de la actuación cuestionada por medio de la imputación penal.

Señala que, según el fallo, el hecho que convierte una actividad lícita, es el fracaso en las negociaciones para obtener la contratación de médicos cubanos para la atención de pacientes en la localidad de Tierra Amarilla.

Argumenta la defensa que el tipo penal del artículo 239 del Código Penal define una especial forma de estafa, en que el sujeto activo es un empleado público y el pasivo, el Fisco, representado por las instituciones que la ley señala, que al igual que el delito de malversación del artículo 233, esta disposición se hace cargo del supuesto en que el funcionario consiente en la defraudación hecha por un tercero, reconociendo así la posibilidad de



castigarlo también como autor en un caso que la dogmática moderna consideraría de “autoría mediata con agente doloso”, puesto que en este caso el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o a favor de un tercero, se ha entendido que no puede cometer este delito el funcionario que dispone de los fondos en cuestión, sino otro que los obtiene de éste, quien sólo podría responder por las figuras de los artículos 233 y 235 [Sergio Politoff- Jean Pierre Matus- María Cecilia Ramirez. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Edición. Ed. Jurídica. Santiago, 2004, p. 498, c/cita de Corte Suprema 28 de octubre de 1952. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Vol. XLIX. 2ª Parte. Sec. 4ª, p. 301].

Refiere que el tipo penal del artículo 239 del Código Penal exige que el funcionario público disponga o se apropie ilegítimamente en perjuicio del interés público- de recursos fiscales, en el marco de operaciones en las que intervenga en razón de su cargo, con abuso de la potestad que le ha sido conferida. Luego, señala conforme a las disposiciones del DFL N° 262 y artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, quién es el titular de dicha potestad: El alcalde que es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.

Plantea que respecto del hecho, la decisión de emprender el viaje a Cuba, con el consiguiente gasto, no es del acusado, sino del alcalde ya fallecido, por lo que es arbitraria la pretensión de extender la responsabilidad penal a quien no ha tomado dicha decisión, es un yerro inexcusable y contrario a la garantía fundamental de reserva, legalidad y tipicidad del injusto penal.

Transcribe los hechos acreditados en el juicio: *“Durante los años 2014 y 2015, se aprobó por el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, Osvaldo Delgado Quevedo, y el Concejo comunal, el financiamiento de supuestas actividades o seminarios desarrollados fuera del país -sin*



precisar el detalle del lugar donde se impartirían los cursos, su duración, el tipo de actividad en el que se participaría, los objetivos asociados, los costos involucrados ni la individualización de los funcionarios y/o autoridades vinculados a los viajes-, a los que asistieron el Alcalde, concejales y funcionarios de dicha entidad edilicia, quienes se ausentaron con la excusa de participar en aquéllas, pese a que no estaban relacionadas con las funciones propias de los respectivos cargos, ni existía un fin o interés público vinculado a dichas actividades, lo que implicó la asignación y disposición de fondos públicos por la suma total de \$80.069.002.-, mediante las autorizaciones respectivas para financiar, entre otros, dos viajes de placer a La Habana, Cuba.

En efecto, en el mes de junio de 2014, se aprobó la asistencia del Alcalde Osvaldo Delgado Quevedo, dos concejales y dos funcionarios, a la pasantía internacional denominada 'Políticas de salud comunitaria y programa de recreación local: experiencia de la ciudad de La Habana, Cuba', a realizarse en dicha ciudad, con fecha de inicio del viaje el 21 de junio de ese año y de regreso a la comuna el 30 del mismo mes, procediéndose a través de la Dirección de Administración y Finanzas del municipio, a dictar decretos a fin de pagar los pasajes aéreos, comisión de servicios, movilización interna y la factura por la pasantía internacional, a cada uno por la suma de \$3.558.220.-, con que se financió dicho viaje de turismo, trasladándose incluso a Varadero con el hijo y la cónyuge de Osvaldo Delgado.

Posteriormente mediante memorándum 1361 o 136/, de 02 de diciembre de 2014, el acusado Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, en su calidad de Administrador Municipal de dicha entidad edilicia, informó al Director de Administración y Finanzas un segundo viaje a La Habana, Cuba, tanto para ellos como para el Alcalde Osvaldo Delgado Quevedo y el abogado Jorge Brito Gajardo, que tuvo como propósito presenciar la firma que otorgaría Delgado al convenio para la contratación de médicos cubanos,



a realizarse en esa ciudad durante un día de diciembre de ese año, para lo cual se autorizó un viaje desde el 09 hasta el 20 del mismo mes, procediéndose a través de la Dirección de Administración y Finanzas a dictar decretos aprobando el pago de los pasajes y la comisión de servicios, a cada uno por la suma de \$3.095.167.- con que se financió aquel viaje de turismo, no obstante la Municipalidad no contrató profesionales médicos provenientes de Cuba, defraudando cada uno al municipio en la suma de \$3.095.167.-”

La defensa destaca que en los dos primeros párrafos del Considerando transcrito, no hay un hecho concreto que pueda ser atribuido a una acción u omisión del acusado don Jaime Hernán Bahamondes Cabrera. Por el contrario, el juzgador usa el pronombre impersonal indefinido “se” para referirse a la aprobación de los gastos por el Alcalde y Concejo Municipal -decisiones en las cuales, el acusado no tuvo participación alguna-, como si se hablara de una catástrofe natural o de una crisis económica.

Refiere que el problema de fondo radica en determinar si es lícito al tribunal atribuir al acusado responsabilidad penal por el hecho ajeno, lo cual es inadmisibile.

Agrega que, el tribunal acoge el argumento según el cual, *“quien abusó de su poder fue el acusado, tanto de su posición como Administrador Municipal como de Alcalde subrogante, e incumplió dolosamente su deber como funcionario público, lo que constituye el delito de fraude al fisco”*, etc., ello es, hipótesis de conjetura carente de todo respaldo en la evidencia objetiva, en atención a que la prueba de los hechos apunta precisamente a lo contrario.

Concluye que de acuerdo a lo expuesto, se ha vulnerado el derecho fundamental del acusado a no ser juzgado por delito alguno, sino conforme al principio de reserva, legalidad y tipicidad del delito penal, reconocido por los artículos N° 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 5 inciso 2° y 19 N° 3 incisos 7° y 8° de la Constitución Política de la República y esta vulneración



ha producido como resultado la sentencia condenatoria contra su representado y se trata de un vicio revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, reparable sólo por la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia de condena dictada en dicho contexto, por lo que peticiona que se invaliden el juicio oral y la sentencia pronunciada en esta causa y se disponga nuevo juicio oral, ante tribunal no inhabilitado.

SEGUNDO: En forma subsidiaria, la defensa plantea la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) en relación al artículo 378 del Código Procesal Penal.

Refiere que según lo dispone el artículo 342 letra d) del mismo Código, el tribunal tiene el deber de ajustar el fallo a derecho, y tal deber, importa la obligación de establecer las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo. Menciona los fallos contradictorios que sostienen distintas interpretaciones jurídicas en relación a si cabe o no la imputación y condena por autoría en el delito de fraude al fisco, contra el acusado que no tuvo la potestad de decisión sobre los dineros presuntamente defraudados.

Señala que la Excma. Corte Suprema no ha señalado de manera uniforme, si es legítimo -mediante la extensión del tipo penal y la autoría- decidir la condena contra el acusado que no tuvo la potestad de decisión sobre los dineros presuntamente defraudados, existiendo dos posiciones contradictorias:

a) Cita que según Corte Suprema 28 de octubre de 1952. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Vol. XLIX. 2ª Parte. Sec. 4ª, p. 301 en el caso del empleado público que utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o a favor de un tercero, se ha entendido que no puede cometer este delito el funcionario que dispone de los fondos en cuestión, sino



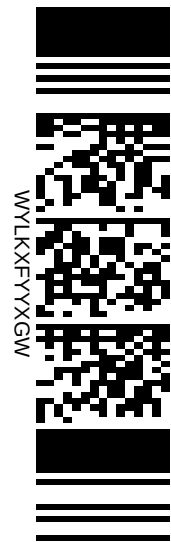
otro que los obtiene de éste, quien sólo podría responder por las figuras de los artículos 233 y 235 [Corte Suprema. 28 de octubre de 1952. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Vol. XLIX. 2ª Parte. Sec. 4ª, p. 301, cita de Sergio Politoff-Jean Pierre Matus- María Cecilia Ramírez. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Edición. Ed. Jurídica Santiago, 2004, p. 498].

b) Según Corte Suprema. Ministerio Público vs Juan Buzeta Novoa. 7 de febrero de 2018. Rol: 44547-2017, en Revista de Ciencias Penales N° 349 6ª Época, Vol. XLV, N° Anual (2018), Páginas 349 – 378, y Corte Suprema, 17 de junio de 2010, Rol 1309-2009, Cita online: CL/JUR/16808/2010, en Jean Pierre Matus. Código Penal sistematizado. Ed. Jurídica Santiago, 2015, p. 407, cabe aplicar dicha extensión del tipo penal y la autoría en este caso.

Señala la defensa que se falta al deber de ajustar el fallo a Derecho cuando la sentencia, no se ajusta a derecho porque contiene el vicio constitutivo de errónea aplicación del derecho, por la indebida atribución de autoría y responsabilidad al acusado por el hecho ajeno, según los hechos y circunstancias reconocidos por el tribunal en la sentencia impugnada, al establecer una arbitraria extensión del tipo penal, la autoría y la culpabilidad por hecho ajeno, vulnera la garantía del nullum crimen sine lege, pues atribuye al acusado don Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, una participación típica y culpable en calidad de autor del hecho punible.

Agrega la defensa que la responsabilidad penal por autoría ejecutiva en el hecho punible, sólo puede ser establecida reuniéndose sus requisitos sine que non de tipicidad de la acción, de participación en la ejecución del hecho concreto, y el control final de la acción, por lo que en la atribución de la autoría, faltando todas o algunas de estas exigencias, cargando al acusado por el hecho ajeno del alcalde fallecido, es una flagrante y arbitraria extralimitación en los deslindes del hecho punible, e importa una vulneración del principio y garantía fundamental de reserva del tipo penal.

Señala que la sentencia, desatiende las normas fundamentales de la



Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y del DFL N° 262, para así atribuir al acusado responsabilidad penal por una decisión que no le es propia ni privativa de su cargo.

Que respecto del yerro es evidente si se considera que, al determinar la autoría por delito, es necesario previamente indagar quién toma la decisión para el hecho punible con el poder determinante para ello, esto es, quién tiene el dominio final de la acción, de carácter objetivo- subjetivo en el sentido de que se precisa la finalidad o, al menos, la conciencia de dominio del hecho para que éste exista y material. Por ello, autor es quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las manos el si y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito Miguel Díaz y García Conlledo. Autoría y participación. En Revista de Estudios de la Justicia – N° 10 – Año 2008; Claus Roxin. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En Revista Penal N° 2 (1998), p. 61-66].

Reitera la defensa que la cuestión fundamental es, si el acusado tuvo la potestad de decisión sobre el hecho mismo del que se le acusa. Refiere que la falta de distinción entre el denominado Decreto Alcaldicio, que es el acto administrativo dictado por el Alcalde, en el cual se contiene una declaración de voluntad emitida en el ejercicio de una potestad pública y el Decreto de Pago, que es el acto administrativo mediante el cual se dispone girar a una persona natural o jurídica, cierta cantidad de dinero por un motivo determinado, el Ministerio Público ha pretendido y el Tribunal así lo entiende, atribuir al acusado que no ha cometido delito por la decisión del Alcalde, una arbitraria atribución de responsabilidad por hecho ajeno, ignorando de paso los principios básicos del derecho administrativo. Este punto en particular fue expresamente acreditado durante la prueba del juicio y que rola a fojas 80 de la sentencia impugnada, que cita la declaración de Rocío Ortiz Pérez y el tribunal recoge la explicación que da respecto al documento fundante de imputación del acusado, señala que no se puede confundir un decreto con un

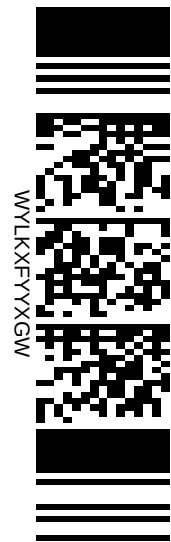


memorándum pues son cosas diferentes, refiriendo que el documento signado con el literal c) del N° 13 de la documental del acusador es un memorando suscrito por Jaime Bahamondes.

Refiere que el yerro fundamental en que ha incurrido el Tribunal radica en haber desatendido los elementos objetivos y subjetivos de la acción, imprescindibles para determinar el dominio del hecho, pues no se debe ignorar la cuestión central: quién decide la actuación cuestionada por medio de la imputación penal.

Agrega que, según consigna el mismo fallo, el hecho que convierte una actividad en principio lícita, es el fracaso en las negociaciones para obtener la contratación de médicos cubanos para la atención de pacientes en la localidad de Tierra Amarilla. Con ello, el tribunal demuestra que el juzgamiento de la existencia del ilícito lo realiza desde la perspectiva práctica de indicar que los resultados de las acciones ejecutadas por quien tenía su cargo el poder político en la alcaldía. No es el acusado quien habría cometido delito.

Señala que además se debe tener presente que el tipo penal del artículo 239 del Código Penal define una especial forma de estafa, en que el sujeto activo es un empleado público y el pasivo, el Fisco representado por las instituciones que la ley señala, que al igual que el delito de malversación del artículo 233, esta disposición se hace cargo del supuesto en que el funcionario consiente en la defraudación hecha por un tercero, reconociendo así la posibilidad de castigarlo también como autor en un caso que la dogmática moderna consideraría de “autoría mediata con agente doloso”. En este caso el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o a favor de un tercero y se ha entendido que no puede cometer este delito el funcionario que dispone de los fondos en cuestión, sino otro que los obtiene de éste, quien sólo podría responder por las figuras de los artículos 233 y 235 [Sergio Politoff- Jean Pierre Matus – María Cecilia Ramírez. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte 4 Especial. 2ª Edición. Ed.

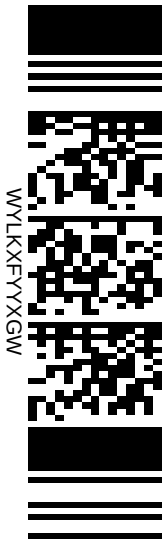


Jurídica. Santiago, 2004, p. 498, c/cita de Corte Suprema. 28 de Octubre de 1952. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Vol. XLIX. 2ª Parte. Sec. 4ª, p. 301].

Luego, agrega conforme a las disposiciones del DFL N° 262 y artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, el alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento. Respecto de los hechos en cuestión, la decisión de emprender el viaje a Cuba, con el consiguiente gasto no es del acusado sino el anterior alcalde ya fallecido. La arbitraria pretensión de extender la responsabilidad penal a quien no ha tomado dicha decisión, es un yerro inexcusable, y contrario a la garantía fundamental de reserva, legalidad y tipicidad del injusto penal.

Expresa que el tipo penal del artículo 239 del Código Penal exige que el funcionario público disponga o se apropie ilegítimamente -en perjuicio del interés público- de recursos fiscales, en el marco de operaciones en las que intervenga en razón de su cargo, con abuso de la potestad que le ha sido conferida. Agrega que el tribunal por analogía y extensión aplicó el tipo penal a su defendido, pese a que los actos por él ejecutados quedan absolutamente enmarcados en el ejercicio de su actuación subordinada al poder político del municipio que no fue enjuiciado en este proceso, se le reprocha la valoración que hizo la autoridad política de los actos para la determinación de los mismos.

Respecto del modo en que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que la errónea aplicación del derecho, consistente en este caso, en la arbitraria extensión del tipo penal, la autoría y la culpabilidad por hecho ajeno, no sólo es un yerro de derecho, sino que además vulnera la garantía del nullum crimen sine lege, pues atribuye al acusado don Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, una inexistente participación típica y culpable en calidad de autor del hecho punible, que conduce a la decisión de imponer una injusta condena contra el acusado don



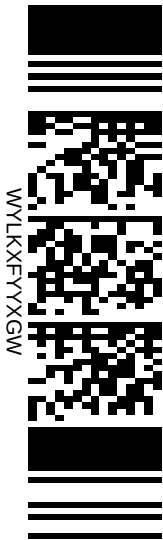
Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, como autor del delito de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 inciso segundo del Código Penal.

Peticiona se dicte sentencia de reemplazo conforme al artículo 385 del Código Procesal Penal que, ajustándose a derecho, absuelva al sentenciado don Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, de todo cargo en la causa.

TERCERO: Que, respecto de la causal de nulidad del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, causal a la que fue reconducida la causal planteada por la defensa de la letra a) del artículo 373, por la Excma. Corte Suprema, debe señalarse que, tal causal requiere para que prospere la debida fundamentación por el recurrente y tratándose una causal de nulidad de derecho estricto, en que los hechos no pueden ser modificados, se advierte que el recurso no se encuentra debidamente fundamentado, por lo que no podrá prosperar.

En efecto, no basta señalar que ha sido infringido el principio de la reserva legal, sino que debe acreditarse las razones por las cuales la defensa estima que concurre la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, norma que dispone como motivos absolutos de nulidad del juicio oral y la sentencia, o parte de éstos, letra e) cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e); y a su vez el artículo 342 indica en dichos numerales, respecto al contenido de la sentencia, en su letra c), la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo Código.

CUARTO: Que resulta importante establecer que el recurso de nulidad constituye un medio de impugnación de derecho estricto, y que, además, tiene un carácter eminentemente técnico, lo cual requiere del recurrente no solo invocar las causales dispuestas por el legislador para su configuración, sino también un alto nivel de fundamentación, en cuanto a los hechos y el



derecho, encuadrando sus alegaciones necesariamente dentro del contexto de la causal de nulidad invocada, so pena de que ésta deba ser rechazada.

En este sentido, no basta solamente con denunciar un vicio sin desarrollar la forma como éste se configuraría en la especie, ya que, además, se debe explicar cuál es la influencia que dicho error tiene en lo dispositivo de la sentencia recurrida, cosa que se echa de menos en el presente arbitrio; pues sin ello, conforme lo establece el artículo 375 del Código Procesal Penal, dichos vicios carecen de la cualidad de provocar la nulidad.

En consecuencia, no basta simplemente discrepar del análisis, razonamientos y conclusiones arribadas por los sentenciadores, para que el presente arbitrio pueda ser acogido, sino que se requiere un desarrollo de las ideas específico, concreto y directo, a través del cual se pueda colegir que la decisión impugnada no resulta justificada o fundamentada de acuerdo a la causal de nulidad por falta de cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 342, letras c), d) o e), y de qué manera en forma precisa esta normativa ha sido vulnerado en la sentencia recurrida.

Por estas consideraciones la causal de nulidad propuesta será rechazada como se dirá en lo resolutivo del fallo.

QUINTO: Que, respecto de la causal de nulidad planteada en forma subsidiaria por la defensa, que la hace consistir en un error de derecho que ha influido en lo sustancial del fallo, conforme se consagra en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 239 del Código Penal; se ha resuelto en nuestros tribunales: *“6º.- Que cabe tener presente que el artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. Al respecto la Corte Suprema ha señalado que este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y, en particular, con las*



consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea al fijar la naturaleza y el grado de la pena.

En resumen, el reproche debe estar referido a una errónea aplicación de la ley sustantiva penal en relación tanto a la calificación jurídica de los hechos como de la participación culpable, o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. En este entendido, resulta indispensable puntualizar que, frente a la causal invocada, los hechos asentados no resultan modificables en este estadio procesal” (Fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 5154-2018).

SEXTO: Que el tribunal conforme da cuenta en el considerando Décimo quinto del fallo impugnado, tuvo por acreditados los siguientes hechos: *“Durante los años 2014 y 2015, se aprobó por el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, Osvaldo Delgado Quevedo, y el Concejo comunal, el financiamiento de supuestas actividades o seminarios desarrollados fuera del país -sin precisar el detalle del lugar donde se impartirían los cursos, su duración, el tipo de actividad en el que se participaría, los objetivos asociados, los costos involucrados ni la individualización de los funcionarios y/o autoridades vinculados a los viajes-, a los que asistieron el Alcalde, concejales y funcionarios de dicha entidad edilicia, quienes se ausentaron con la excusa de participar en aquéllas, pese a que no estaban relacionadas con las funciones propias de los respectivos cargos, ni existía un fin o interés público vinculado a dichas actividades, lo que implicó la asignación y disposición de fondos públicos por la suma total de \$80.069.002.-, mediante las autorizaciones respectivas para financiar, entre otros, dos viajes de placer a La Habana, Cuba.*



En efecto, en el mes de junio de 2014, se aprobó la asistencia del Alcalde Osvaldo Delgado Quevedo, dos concejales y dos funcionarios, a la pasantía internacional denominada 'Políticas de salud comunitaria y programa de recreación local: experiencia de la ciudad de La Habana, Cuba', a realizarse en dicha ciudad, con fecha de inicio del viaje el 21 de junio de ese año y de regreso a la comuna el 30 del mismo mes, procediéndose a través de la Dirección de Administración y Finanzas del municipio, a dictar decretos a fin de pagar los pasajes aéreos, comisión de servicios, movilización interna y la factura por la pasantía internacional, a cada uno por la suma de \$3.558.220.-, con que se financió dicho viaje de turismo, trasladándose incluso a Varadero con el hijo y la cónyuge de Osvaldo Delgado.

*Posteriormente, mediante memorándum 1361 o 136/, de 02 de diciembre de 2014, el acusado Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, en su calidad de Administrador Municipal de dicha entidad edilicia, informó al Director de Administración y Finanzas un segundo viaje a La Habana, Cuba, tanto para ellos como para el Alcalde Osvaldo Delgado Quevedo y el abogado Jorge Brito Gajardo, que tuvo como propósito presenciar la firma que otorgaría Delgado al convenio para la contratación de médicos cubanos, a realizarse en esa ciudad durante un día de diciembre de ese año, para lo cual se autorizó un viaje desde el 09 hasta el 20 del mismo mes, procediéndose a través de la Dirección de Administración y Finanzas a dictar decretos aprobando el pago de los pasajes y la comisión de servicios, a cada uno por la suma de \$3.095.167.- con que se financió aquel viaje de turismo, no obstante la Municipalidad no contrató profesionales médicos provenientes de Cuba, defraudando cada uno al municipio en la suma de \$3.095.167.**



SEPTIMO: Que en cuanto la calificación jurídica de los hechos que se tuvieron por acreditados por los sentenciadores, se realiza un extenso análisis y razonamientos en el motivo Décimo sexto del fallo impugnado a la luz del artículo 239 del Código Penal, que se extiende desde sus páginas 146 a la 196 de la sentencia recurrida, motivo que refiere en su primera parte:

“DECIMOSEXTO: Calificación jurídica.- Que a juicio de estos juzgadores, los hechos antes descritos configuran el delito consumado de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal.

En efecto, la disposición en comento, sanciona al empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo. Al tenor del texto legal, el delito lo comete el agente público que, quebrantando sus deberes funcionarios, interviene en el proceso de cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica por razón de su cargo, engañando y perjudicando a la administración que sirve.

Por su parte, el artículo 260 del mismo ordenamiento punitivo dispone que “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. Sobre la materia propuesta, tal como lo consigna el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, en el RIT 107-2017, de



25 de noviembre de 2017, fundamento decimoquinto, "... para efectos de la calificación del sujeto activo, se entiende en términos amplios que se trata de un sujeto que interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección de un servicio público, por lo que, penalmente, funcionario y empleado público son sinónimos, no así en sede administrativa, en la cual se estima que el funcionario público goza de cierta autoridad o autonomía de determinación, no así el empleado público que es un subordinado al funcionario y solo realiza tareas de ejecución."

De otro lado, y tal como se desarrolla en el mismo fallo, el delito de fraude al fisco es una estafa calificada por la intervención del empleado público, en que "el engaño no requiere de un ardid especial, porque precisamente, debido a la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria no pasa necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona, ya que es por definición el funcionario con capacidad de decidir el resultado del proceso por su intervención en él quien realiza la apropiación fraudulenta, es decir, a dicho funcionario le compete la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe recibir o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a particulares", de manera que si bien este tipo penal exige alguna clase de engaño por la cual se causa un perjuicio, éste no necesariamente debe constituir una acabada "mise en scene", tanto así que el perjuicio puede provenir del incumplimiento de los deberes funcionarios, aunque no exista propiamente engaño, si bien habitualmente habrá al menos una mentira. Así también lo ha interpretado la jurisprudencia, que se refiere al engaño, abuso de confianza o mala fe del funcionario, sin exigir un especial ardid de su parte. Precisamente, debido a la posición del funcionario, la dinámica defraudatoria no pasa



necesariamente por el despliegue de un engaño hacia otra persona. (Sentencia de la Corte Suprema de fecha 07 de febrero de 2018, Rol N° 44.547-2017)

Concordando las concepciones doctrinarias anteriores con el mérito de la prueba rendida en juicio, que duda cabe que, en la especie, concurren todos y cada uno de los requisitos normativos aludidos para estar frente a la figura en estudio, desde que necesariamente se requería que el empleado público, en las operaciones en que interviniera en razón de su cargo, recurriera a una serie de maniobras falaces o, como se dijo para esta figura en específico, al incumplimiento de sus deberes funcionarios, susceptibles de motivar la prestación estatal, que en el caso subjudice se redujeron a la auto aprobación del financiamiento de actividades o seminarios desarrollados fuera del país de manera genérica, a los que asistieron el Alcalde, concejales funcionarios, pese a que no estaban relacionadas con las funciones propias de los respectivos cargos ni existía un fin o interés público vinculado a dichas actividades (engaño), lo que implicó la asignación y disposición de fondos públicos mediante las autorizaciones respectivas (error) y la obtención de un beneficio económico a través del pago de pasajes aéreos y las comisiones de servicio que en verdad financiaban viajes turísticos (disposición patrimonial), con el consiguiente detrimento al erario público (perjuicio).

1)Empleado público.

Que sin perjuicio de no encontrarse discutido el carácter de empleado público del acusado al momento de los hechos, más aun considerando que es él mismo quien reconoce la calidad de tal en su declaración prestada en estrados, ésta de todos modos se encuentra acreditada a lo menos con los antecedentes



documentales 8) y 9) ofrecidos por el Ministerio Público en el auto de apertura y exhibidos durante la declaración de Rocío Ortiz, consistentes en los Decretos 106 y 2689, del 18 de junio de 2013 y 23 de diciembre de 2016, respectivamente, relativos al nombramiento del señor Jaime Hernán Bamondes Cabrera en el cargo de Administrador Municipal de la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, y el documento número 10) del mismo acusador institucional, incorporado mediante lectura resumida, constituido por el Decreto 1602 del 14 de agosto de 2017, suscrito por la Alcaldе (s) Marcia Latorre Moreno y el Secretario Municipal (s) Luis Gajardo Abarcia, que decreta la remoción solicitada por el Concejo Municipal, de don Jaime Bahamondes Cabrera, en el cargo de Administrador Municipal, a la vez que declara la vacancia de dicho cargo, por lo que no nos explayaremos mayormente en el análisis de este elemento del tipo penal, bastando lo dicho para tenerlo por suficientemente acreditado.

2) Operaciones que intervenga en razón de su cargo.

Digamos que tampoco hubo discusión en torno a la concurrencia de este presupuesto del tipo penal en relación a Jaime Bahamondes, lo que a mayor abundamiento se acreditó con la incorporación de las páginas 10, 8, 9, 7, 1 y 2 de la documental número 2) del Ministerio Público, conformada por el Decreto 02859 que aprueba la organización interna de la Municipalidad de Tierra Amarilla, en cuanto establece que las municipalidades están reconocidas en la Constitución y las señala como corporaciones autónomas que tienen que ver con satisfacer las necesidades locales, por lo que existe una Ley Orgánica Constitucional y se regula por la Ley 18.695, actualmente sistematizada por el Decreto con Fuerza de Ley número 1 de 2006 del Ministerio del Interior, en donde se regulan



el funcionamiento y las facultades, para seguidamente leerse la estructura de la Municipalidad, la circunstancia que el Administrador Municipal depende directamente del Alcalde, sus funciones generales y las funciones específicas, precisando que el Administrador Municipal es el cargo directivo más alto, que se supone que tiene más responsabilidad, con funciones de coordinación y gestión del funcionamiento municipal, por lo que de ahí se ha entendido que el Administrador Municipal tiene que ver con todo el funcionamiento de la entidad y por eso es que tiene una responsabilidad mayor respecto al resto de los directivos de la Municipalidad.

A lo anterior, debe sumarse lo depuesto por la testigo Ortiz Pérez, al referirse a los cuerpos legales que tienen los deberes del Administrador Municipal, mencionando el artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en donde aparecen las distintas unidades; sin embargo, hay otras obligaciones que están más dispersas, no obstante esa norma se remite a las funciones de los reglamentos internos y las delegadas por el Alcalde, siempre que sean propias de la naturaleza al cargo, a lo que agrega que el Administrador tiene un cargo jerárquico, por lo que se le aplican las disposiciones del estatuto administrativo para empleados municipales, como la Ley Orgánica de Bases Generales para la Administración del Estado, relativa a los directivos que tienen que ver con ejercer un control jerárquico y permanente con administrar de manera idónea los recursos municipales de manera eficaz y eficiente, y los principios básicos de la administración, como transparencia, oportunidad, y probidad, amén que el Administrador Municipal, dada su jerarquía y en general -no solo en Tierra Amarilla- son los colaboradores directos del Alcalde en materia de gestión interna de la Municipalidad, lo



que en similares términos relatan Carolina Gangas Sobarzo y Gerardo Ríos González, al sostener la primera que en el organigrama, el Administrador Municipal ocupa el segundo lugar dentro de la administración, después del Alcalde; y el segundo, que en el período que él ejerció como Director de control, el Administrador Municipal era la persona a la cual ellos le rendían cuenta y de alguna forma dirigía las labores del municipio.

A mayor abundamiento, la circunstancia que el acusado haya suscrito los Decretos 2188 y 2189, ambos de fecha 03 de diciembre de 2014, y el memorándum 1361 o 136/ de 02 de diciembre del mismo año, que conforman los literales i), n) y c) de la documental número 13), señalando que corresponden al pago de los pasajes que se realizaron a La Habana, en el mes de diciembre del dos mil catorce, para la contratación de especialistas médicos para la comuna de Tierra Amarilla, además del documento que solicita la actividad al Director de Finanzas, y que tenían como respaldo solo documentación administrativa, entre otros, el documento que da cuenta de solicitar que el Director de Finanzas hiciera las gestiones permitentes y, a la vez, solicitar el pago del viático vinculado a esa actividad y las certificaciones de la disponibilidad presupuestaria como financiera emitidos por los jefes, Director de Finanzas y la encargada de presupuesto de la época, refuerzan la intervención de Bahamondes en razón de su cargo, en las operaciones que justamente son las que se le reprochan.

3) Sujeto pasivo.

Que en este punto, la narración de los testigos de cargos, como de los demás antecedentes que el acusador institucional ha incorporado al juicio a propósito de satisfacer el estándar de convicción legal, resulta suficiente si se considera que el propio



acusado en la causa, corrobora con su testimonio prestado en la oportunidad prevista en el artículo 326 del procesal, dicho pormenor fáctico y típico atribuido en las acusaciones fiscal y particular, derivándose en consecuencia este razonamiento como suficiente fundamentación probatoria valorativa en torno a la acreditación del fisco, representado por la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, como sujeto pasivo de este delito.

4)Defraudar o consentir en que se defraude.

Atendido que el fraude sobre que se razona es concebido como una forma especial de estafa, más allá de la probidad administrativa como bien jurídico protegido, no creemos equivocarnos cuando estimamos que, al igual que en la figura básica de dicho texto, la conducta que se prohíbe es la de engañar en este caso al fisco, con el objetivo de inducirlo a caer en error, a fin de que realice una disposición patrimonial que le cause un perjuicio económico. En tal sentido, guarda razón la mejor doctrina, cuando señala que nuestra legislación positiva no define lo que se debe entender por estafa, y por ello sea claramente distinguible, lo que se denomina el tipo del texto y el tipo de interpretación. En este caso, el tipo del texto, se encuentra fundamentalmente en los artículos 468 y 473 del sustantivo, mientras que el tipo de interpretación, es una elaboración de la doctrina que ha permeado, a lo menos parcialmente a la jurisprudencia, como lo sostiene el profesor Soto Piñeiro.

Digamos que en este ámbito el concepto mayoritariamente aceptado es el de Anton Oneca, que define a la figura como “La conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.”



Como se puede advertir, del concepto fluyen necesarios, los elementos que demanda la figura, a saber; engaño, error, disposición patrimonial, y perjuicio.

Con respecto al engaño, primer requisito típico, siguiendo al profesor Mario Garrido Montt, no es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee, que en el caso del fraude al fisco no debe constituir una acabada “mise en scene”. Por su parte, el engaño del que se hizo mención, debe estar dirigido a que la víctima tome decisiones equívocas, coincidentes con los deseos del sujeto activo y su necesaria mantención en ese estado, es decir, desarrolle un concepto distinto al verdadero respecto de un hecho o circunstancia, lo que constituye el elemento “error” de la figura en análisis. Igualmente, requisito necesario es que el engaño que es capaz de producir un error en la víctima, genere en ésta por su propia voluntad una disposición patrimonial perjudicial, lo que caracteriza a estafa precisamente como un delito de autolesión, entregándole su particular especificidad. Finalmente, siguiendo al profesor Labatut, el perjuicio consiste en una disminución del patrimonio del sujeto pasivo, pérdida que debe ser apreciable pecuniariamente, es decir, expresada en un valor económico, quedando descartadas, por ejemplo, las meras expectativas, al no ser comprendidas dentro del elemento típico. Característico del perjuicio típico en la estafa es el menoscabo o detrimento patrimonial, que es afectado individualmente de manera



real y efectiva, el que debe ser de consecuencia inmediata y directa del engaño.

4.1) El engaño.

En lo que respecta al engaño como primer requisito típico, entendido éste -como ya dijimos- en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee o, en relación a la figura en estudio, en el incumplimiento de los deberes funcionarios, y que en este caso se reduce a la auto aprobación del financiamiento de actividades o seminarios desarrollados fuera del país de manera genérica y sin un mayor detalle, a los que asistieron el Alcalde, concejales y funcionarios de la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, pese a que no estaban relacionadas con las funciones propias de los respectivos cargos ni existía un fin o interés público vinculado a dichas actividades, sin perjuicio que se entremezclan con los restantes requisitos, colaboró en su comprobación fundamentalmente lo depuesto por los testigos Nelson Solé Videla, Rocío Ortiz Pérez, Jimmy Ortiz Egaña, Patrick Vergara Jofré, Carolina Gangas Sobarzo, Gerardo Ríos González, Arturo Belmar Rojas y el Subcomisario Víctor Álvarez Cuello, en consonancia con la documental 1 (páginas 1, 2, 90, 91, 97, 98 y 99 -104, 105, 111, 112 y 113 del PDF-), 31, 12 letras a) y b), 11, 33, 34, 13 letras a), b), c) e i) y 35, y las fotografías 1, 3, 4 y 8 de los otros medios de prueba número 4), incorporados por la fiscalía.

Lo anterior, por cuanto el testigo Solé Videla, fue claro en sostener que tuvo en su poder el informe final número “ciento cincuenta y siete” de la Contraloría General Regional de Atacama, donde vio tantas irregularidades, viajes al exterior por el



Alcalde, concejales y funcionarios municipales, como también gastos de los viajes que se hicieron a Puerto Viejo, por lo que lo tomó y envió a la fiscalía, además de señalar haber escuchado rumores de que se querían traer médicos cubanos, a través de sus parientes, con quienes almuerza, pero nunca llegaron, lo que con mucha mayor extensión desarrolla la abogada de la Contraloría General de la República Rocío Ortiz Pérez, cuando recuerda que sus funciones de jefa de Asesoría Jurídica en Atacama, conoció varios informes de la Municipalidad Tierra Amarilla, y “el más grande y difícil” fue el “ciento cincuenta y siete” del año dos mil dieciséis que, respecto de las observaciones vinculadas con viajes, expresa que habían viajes tanto de concejales como del Alcalde y de funcionarios, que no estaban respaldados en cuanto al interés público que debían cumplir dentro del marco de las funciones de la Municipalidad para que pudieran ser solventados con recursos públicos.

En ese sentido, explica que había viajes que le llamó la atención al equipo de fiscalización, a destinos esencialmente turísticos, con la finalidad de unas pasantías que no tenían un contenido y tampoco se establecía que hayan sido en el ejercicio de funciones propias de la Municipalidad, recordando que había un viaje de diez días a Cuba, en que la finalidad era suscribir un convenio con una entidad privada, con fines de traer médicos o fines de coordinación, es decir, era un convenio de colaboración, por lo que en el fondo era viajar diez días a Cuba para la firma de un convenio con una entidad privada con quien no había un respaldo o ningún estudio previo y, además, se le pagó a una entidad privada, a una empresa, y esto les saltó a propósito del macro proceso de adquisiciones, porque fue el pago a un proveedor que se hacía cargo de un paquete, lo que les llamó



mucho la atención, porque no es algo que tenga un respaldo, ni siquiera un sustento lógico, ya que ellos en general, cuando verifican este tipo de cosas, verifican que el servicio se haya prestado, pero en este caso les saltó la procedencia del servicio contratado...”

“4.2) El error.

Ya sostuvimos que el engaño del que se hizo mención, debe estar dirigido a que la víctima tome decisiones equívocas, coincidentes con los deseos del sujeto activo y su necesaria mantención en ese estado, es decir, desarrolle un concepto distinto al verdadero respecto de un hecho o circunstancia, lo que constituye el elemento “error” de la figura en análisis, que traducido al caso subjudice, consistió en la puesta en marcha de todo un mecanismo para la asignación y disposición de fondos públicos mediante las autorizaciones respectivas, para el financiamiento de las actividades o seminarios desarrollados fuera del país por el Alcalde, concejales y funcionarios.

Contribuyeron de manera principal a la acreditación de este elemento del tipo, los testimonios de Rocío Ortiz Pérez, Carolina Gangas Sobarzo y Gerardo Ríos González, en conjunto con la documental 12 letras f), e), g), 13 letras j), k), l), m), n), o), p), q), r), d), e), f), g) y h) y 1 (páginas 97 y 98 -111 y 112 del PDF-) que en su caso y en lo pertinente les fueron exhibidas.

En efecto, Ortiz Pérez define los decretos de pago como el respaldo o la figura que, siendo un acto administrativo también, da cuenta de la autorización para que se efectúe un pago, que es distinto al acto que es una decisión de la autoridad en relación a eso, lo que ejemplifica en que mediante un decreto alcaldicio debe aprobarse un contrato, pero al momento de pagarse “lo que yo tengo que emitir si soy Municipalidad, es un decreto de pago que



señala ahí el detalle de lo que se paga y la imputación presupuestaria a la que estoy imputando un cargo”, y que además debe tener todos los respaldos de ese gasto -que es lo que revisan como Contraloría General, cuando van a una entidad a fiscalizar-, y finalmente el comprobante de egreso es el documento que da cuenta del efectivo egreso del dinero de la cuenta corriente, salvo algunos casos en que las Municipalidades o alguna entidad paga en efectivo, y es ahí donde se hace la imputación “porque estoy comprometiendo el pago, comprometiendo el egreso, después viene el decreto de pago donde yo ya estoy autorizando esta salida del dinero y, finalmente, tengo la salida misma que es el comprobante de egreso” - explica.

Relacionado con lo anterior, se incorpora la letra f) del documento número 12) del persecutor estatal, constituido por la orden de compra 1729-179-SE14, en que aparece como “demandante” la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, Unidad de Compras del Departamento de Abastecimiento, con fecha de envío el trece de junio de dos mil catorce, a las doce horas con treinta y cinco minutos, al proveedor “Agencia de Iniciativas Locales Sociedad Limitada”, por capacitación al Alcalde de la comuna de Tierra Amarilla, Osvaldo Delgado Quevedo, los concejales Eduardo Delgado, Patricio Morales, señorita Pamela Ávalos y señor Jorge Brito, para asistir a la pasantía internacional “Políticas de salud comunitarias y recreación” y “Programas de recreación local, experiencias de la ciudad Habana, Cuba”, a realizarse del veintitrés al veintiocho de junio del dos mil catorce, por un total de once millones de pesos, frente al cual la testigo menciona que la orden de compra es posterior al contrato normalmente, pero si es antes del contrato o al momento de aprobar un contrato, ya que puede ser de manera simultánea,



tiene que haber una decisión fundada de la autoridad para acudir a esta modalidad de compra, pues si una autoridad o Municipalidad decide acudir a la modalidad de trato directo, en el acto administrativo que autoriza el trato directo, que puede ser previo o en el mismo acto que aprueba la contratación, debe señalar fundadamente las razones que justifican acudir a esta modalidad, como también debe tener antecedentes y acompañarse aquéllos, no bastando la sola mención a la normativa para que ese acto esté bien, de manera tal que “si yo veo esta orden de compra”, necesariamente debe haber un acto administrativo previo que señale las razones fundadas que tuvo la autoridad para acudir a esta modalidad de contratación, y en este caso, “si uno ve en la naturaleza del servicio que es capacitación, la verdad es que tendría que ser demasiado acreditado que es el único proveedor que puede prestar de un servicio de estas características, que claramente con lo vago que es la denominación, porque aparece solo la denominación, no da cuenta de que efectivamente sea el proveedor...”.

“4.3) Disposición patrimonial y perjuicio.

Por último y como requisito necesario para la configuración de la figura en análisis, se requiere que el engaño que es capaz de producir un error en la víctima -que en este caso es el fisco-, genere en ésta por su propia voluntad una disposición patrimonial perjudicial, lo que caracteriza a la estafa precisamente como un delito de autolesión, entregándole su particular especificidad. Siguiendo al profesor Labatut, el perjuicio consiste en una disminución del patrimonio del sujeto pasivo, pérdida que debe ser apreciable pecuniariamente, es decir, expresada en un valor económico, quedando descartadas, por ejemplo, las meras expectativas, al no ser comprendidas dentro del elemento típico.



Característico del perjuicio típico en la estafa es el menoscabo o detrimento patrimonial, que es afectado individualmente de manera real y efectiva, el que debe ser de consecuencia inmediata y directa del engaño.

En la especie, la obtención de un beneficio económico producto del pago de pasajes y comisiones de servicio para financiar los viajes realizados, con el consiguiente detrimento al erario fiscal, pese a que no existía un fin o interés público vinculado a dichas actividades, conforman la disposición patrimonial y el perjuicio al que hemos hecho alusión, lo que pudo comprobarse con lo depuesto por la tantas veces mencionada Rocío Ortiz Pérez, Jimmy Ortiz Egaña, Patrick Vergara Jofré, Carolina Gangas Sobarzo, Gerardo Ríos González, Romina Barrios Vilches, Roxana Guerra Araya, Arturo Belmar Rojas y los funcionarios policiales Daniela Gallardo Videla y Víctor Álvarez Cuello, respaldados con la documental número 12 letras i), c), d), k), h), j), f), g), s), t), l), m), n), o), p), q) y r), 1 (páginas sin número, 2, 90, 97, 98, 99, 114, 115 y 116, páginas 13, 14, 104, 111, 112, 113, 126, 127 y 128 del PDF-), 13 letras i), n), c), d) y l), 26, 27 y 32 del Ministerio Público y, en su caso, de la acusadora particular, según se aprecia en el auto de apertura de juicio.

Efectivamente, la testigo Ortiz Pérez, en la calidad ya antes señalada, cuando se incorporan los documentos signados con las letras i) y c) del numeral 12) de la prueba fiscal, consistentes en el Decreto 1273 del 10 de julio del 2014, que ordena el pago de la suma de \$5.500.000.- a la “Agencia de iniciativas locales Sociedad”, por concepto de “pago saldo final de la factura n° 1248, correspondientes a inscripciones y pasajes aéreos Santiago/La Habana/Santiago para pasantía internacional ‘Políticas de salud comunitaria y programas de recreación local’,



según certificado n° 1661”; y el Decreto 1136 del 18 de junio de 2014, que ordena el pago de la suma de \$5.105.816.- por “pago comisión de servicios al Sr. Alcalde, dos concejales de la comuna y asesor jurídico, para asistir a pasantía internacional ‘Políticas de salud comunitaria y programas de recreación local’ de la ciudad de La Habana-Cuba, del 21 al 30 de junio”, ambos emitidos por la Dirección de Administración y Finanzas de la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, menciona que el decreto de pago es el que autoriza que se pague la factura que está relacionada con la orden de compra, “ese es el orden, primero la orden de compra, luego viene este documento que es la factura, que la emite el proveedor y en base a eso y con la recepción conforme, debería emitirse el decreto de pago”, que además debería tener los respaldos de que el servicio fue efectivamente prestado, de acuerdo a lo que corresponde.

Vinculado con lo anterior, la documental ofrecida en los literales d)y k) del número 12) de la prueba de la fiscalía, constituida por el certificado 1471 de fecha 17 de junio de 2014, extendido por Luis Gajardo Abarcia, Director de Administración y Finanzas de la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, y el comprobante de egreso 1235 emitido por la Sección Tesorería del mismo municipio, el 10 de julio del mismo año, teniendo como base el Decreto 1273, consignan la existencia de disponibilidad financiera por fondos propios, por un valor de \$5.105.816.-, para el pago de comisión de servicios al Alcalde titular Osvaldo Delgado Quevedo, los concejales Edward Delgado Quevedo y Patricio Morales Pinto y el asesor jurídico Jorge Brito Gajardo, para asistir a la pasantía internacional “Políticas de salud comunitaria y programas de recreación local: experiencia de la ciudad de La Habana- Cuna”, del 21 al 30 de junio de 2014; y la



emisión del cheque 1122, por un monto de \$5.500.000.-, a la “Agencia de iniciativas locales Sociedad Limitada”.

A propósito de esto último, ante la exhibición de los comprobantes de pago por las sumas de \$5.500.000.- cada uno, efectuados con fecha 20 de junio y 11 de julio de 2014, a la cuenta “BCI Tbank” de la “Agencia de iniciativas locales Sociedad Limitada” y que conforman la documental h) y j) del mismo número 12), establece que se relacionan con la factura 1248 al dar cuenta de que efectivamente el dinero salió de las cuentas corrientes municipales, para seguidamente, frente a la exhibición de la página 90 del informe 157 que forma parte del documento 1 tantas veces referido (página 104 del PDF), mencionar que en esa tabla aparecen los gastos asociados a la asistencia a esta firma del convenio que se habría realizado en Cuba y que trae consigo un viaje de diez días, con todos los gastos que ello implica, a fin de suscribir un convenio con una entidad privada, ni siquiera con el Estado de Cuba, que era como un convenio de coordinación o de colaboración, pero que finalmente no se reflejaba en nada concreto que justificara el gasto que hay atrás.

Profundiza en lo expuesto, diciendo que Tierra Amarilla es una comuna en que cuesta que los profesionales médicos presten servicios ahí, lo que pasa en general en las comunas de la Región de Atacama, y este convenio buscaría que médicos cubanos se desempeñaran en la atención primaria, que es finalmente la prestación de salud que hace la Municipalidad en la comuna, y de esa forma mejorar el cumplimiento de esa función; sin embargo, no existe constancia ni nada previo de que hayan hecho alguna gestión, informe o algo que diera cuenta que efectivamente habían médicos cubanos y que de esta forma se gestionaba, “y que por



qué los médicos cubanos y no de otro país”, sin perjuicio que ni siquiera llegaron los médicos, sino que tiene entendido que se verificó por el equipo de fiscalización que llegaron médicos haitianos, lo que tampoco influye mayormente en cuanto a la observación, ya que si una entidad pública va a suscribir un convenio, tienen que haber ciertos antecedentes que respalden esta suscripción, como algún estudio o análisis hecho por el servicio, máxime que se cuestiona la necesidad del viaje, tratándose de una entidad que no era pública, la cantidad de días, con todo lo que esto significaba en cuanto al gasto de una Municipalidad, y las consecuencias del convenio, o sea, que efectivamente haya traído algún beneficio a la Municipalidad...”

OCTAVO: Que, como puede advertirse ha existido de parte de los sentenciadores un claro análisis de los elementos del tipo penal Fraude al fisco previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, en cuanto a sus elementos normativos y que resulta aplicable a los hechos que tuvieron por acreditados en la audiencia de juicio oral, reseñados en el motivo Sexto precedente, sin advertirse en esa fase desviación jurídica en la calificación de tales hechos.

En efecto, respecto de las alegaciones de la defensa en cuanto a que los hechos, de orden netamente administrativos cuyo dominio del hecho dependía de un tercero y no del acusado, por lo que no podían ser calificados jurídicamente como fraude al Fisco, el fallo en la parte final del motivo Décimo sexto, se hace cargo de las alegaciones de la defensa, al señalar:

“Postulado de la Defensa en torno a la calificación jurídica.

Finalmente y haciéndonos cargo de los reparos formulados por el defensor en lo que atañe a la concurrencia de la figura en estudio, en cuanto afirma que el viaje sí tuvo una finalidad, pues



existieron negociaciones para la contratación de los médicos, lo que hasta el día de hoy es posible, y se realizaron dos viajes en seis meses de negociaciones para intentar traer una salud distinta al municipio de Tierra Amarilla, cuestión que no aconteció porque hubo un desastre natural en dicha localidad y la autoridad sanitaria en aquella época creó un plan innovador, en virtud del cual no se podía traer médicos a nuestro país, sino que solamente aquellos que rindieran una prueba llamada “Eunacom”, recordemos lo sostenido por el Subcomisario Álvarez Cuello, cuando manifiesta, en palabras simples, que tomó declaración a don Luis Gajardo, quien participó en el viaje de diciembre de dos mil catorce con Jaime Bahamondes, Osvaldo Delgado y Jaime Brito, el cual asume que su participación como funcionario municipal -al igual que el resto-, fue nula, ya que se dedicaron a vacacionar y descansar, adicionando que el último día antes de retornar a Chile, Osvaldo Delgado firma un convenio que podía perfectamente haberse firmado desde Tierra Amarilla, desde Chile, y que además no tuvo ningún sustento para la Municipalidad, ya que no pudo incorporarse en ningún decreto alcaldicio como convenio de salud, tanto así que ni aún al día de hoy, más de ocho años después, vemos sus resultados.

De este modo, las afirmaciones del letrado en definitiva se sumergen en el cúmulo de certezas que ya se han expresado, y que se resumen en que los gastos asociados a la asistencia a esta firma del convenio que se habría realizado en Cuba y que trae consigo un viaje de diez días, con todos los gastos que ello implica, a fin de suscribir un convenio con una entidad privada, ni siquiera con el Estado de Cuba, que era como un convenio de coordinación o de colaboración, pero que finalmente no se reflejaba en nada concreto que justificara el gasto



que hay atrás, al que concurrieron el Alcalde -porque iba a firmar- y otras personas que iban a gestionar la firma del convenio, ya que finalmente quien firma es una persona y el resto gestionaba, y esta gestión la realizó Jaime Bahamondes y el señor Brito, pese a que no tuvieron a la vista ningún antecedente respecto de dicha gestión, y solo de acompañó una serie de fotografías, ninguna de las cuales daba cuenta de que fuera una gestión o que tuviera algún interés público o algo, sino que ilustraban a personas paradas que claramente no dan cuenta del fin público, el interés público o el cumplimiento de una función pública de estas personas que fueron a este viaje, de manera de estimar que efectivamente se cumplían los requisitos para que hicieran procedente esta comisión de servicio en el extranjero, como lo desarrolla la entonces jefa de la unidad jurídica de la Contraloría Regional de Atacama.

En cuanto a la objeción planteada por la Defensa, aduciendo que los testigos declararon que el informe “ciento cincuenta y siete” no acusaba un delito, sino que una falta de fundamentación, las explicaciones que el entonces fiscalizador y supervisor de la Contraloría Regional de Atacama, Patrick Vergara Jofré diera en juicio, aparecen como bastantes para convertir dicha alternativa en una propuesta que en caso alguno construya duda razonable respecto de dicho detalle, por cuanto esclarece que si bien la Contraloría no está facultada para analizar el mérito de las decisiones de las alcaldías, “generalmente son dictámenes de la propia Contraloría que emanan sobre el mérito y conveniencia de las decisiones de las autoridades”, explicita que cuando se refería a la falta de antecedentes en las observaciones del informe “ciento cincuenta y siete”, no aludía a los elementos de mérito ni la conveniencia política de la decisión del viaje, sino que a elementos



que pudieran justificar el viaje completo, como reuniones que se hayan realizado dentro de los días que formaron parte del viaje, los horarios o las temáticas tratadas, explicación que se estima absolutamente plausible, sin perjuicio que es el fiscal a cargo de la investigación y, en su caso, el Tribunal que conoce del asunto, quienes determinan si los hechos que se denuncian son o no constitutivos de delito...”

NOVENO: Así las cosas, resulta conveniente establecer que la convicción es privativa de los jueces de fondo y al ser consistente, no puede ser objeto de reproche por este tipo de recursos que son de derecho estricto. Establecidos los hechos por los sentenciadores, sólo corresponde revisar los aspectos jurídicos de los preceptos legales aplicables al caso, sin advertir en el caso de marras, ninguna desviación de la aplicación del derecho en el fallo impugnado, por lo que la causal propuesta de una errónea aplicación del derecho por los sentenciadores que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, no concurre; no bastando una genérica alegación de una extensión del tipo penal fraude al Fisco a una figura atípica.

DECIMO: Que, además, en la causal de nulidad propuesta por la defensa del acusado, se echa de menos la construcción de la misma, pues luego de anunciarla, transcribir algunos considerandos, citas y jurisprudencia, no desarrolla argumentativamente en qué consistió la infracción de ley y cómo ésta influyó en lo dispositivo del fallo, único aspecto en que esta Corte tiene competencia para conocer y resolver, por lo que el recurso así planteado no podrá prosperar, como se dirá en lo resolutivo del fallo.

Por estas consideraciones y con lo dispuesto en los artículos 374 letra e) del Código Procesal Penal, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por los defensores señores abogados, don Reynerio García De La Pastora, don Pablo Ehremberg Osorio y don Cristian Brito Gajardo, en representación del condenado Jaime Hernán Bahamondes Cabrera, en contra de la sentencia



de fecha 22 de marzo de 2023, pronunciada en la audiencia de juicio oral seguida ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, la que, en consecuencia, **no es nula**.

Regístrese, comuníquese y dese a conocer a los intervinientes que asistieren a la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de su notificación por el Estado Diario.

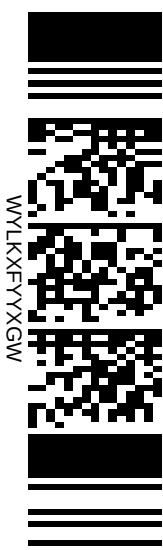
Redacción de la abogada Integrante doña Verónica Ximena Álvarez Muñoz.

R.U.C. N° 1700608178-9

R.I.T. N° 137-2022

Rol Corte Penal N° 229 -2023.





WMLKXFYYXGW

Pronunciada por la Ministra señora Aida Inés Osses Herrera, Ministro (I) señor Rodrigo Miguel Cid Mora y Abogada Integrante señora Verónica Álvarez Muñoz. No firma el señor Cid por encontrarse con permiso 347 C.O.T., no obstante haber concurrido a su vista y acuerdo. Copiapó, catorce de junio de dos mil veintitrés.

En Copiapo, a catorce de junio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

