

10. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

I. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DESDE QUE EL PROCEDIMIENTO SE DIRIGE CONTRA EL DELINCUENTE. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL CONSTITUYE UNA CUESTIÓN DE HECHO Y NO ESTÁ SUJETA A LA REALIZACIÓN DE UN ACTO FORMAL DEL PROCEDIMIENTO. QUERRELLA, DENUNCIA ADMITIDA A TRAMITACIÓN Y APERTURA DE OFICIO DE UNA INVESTIGACIÓN, ENTRE OTRAS ACTUACIONES, TIENEN LA APTITUD DE SUSPENDER LA PRESCRIPCIÓN. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE LA ACCIÓN PENAL, RECHAZADA. II. APLICACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE CUATRO AÑOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. TRANSCURSO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ENTRE LA COMISIÓN DEL DELITO Y LA INTERPOSICIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA CIVIL. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE LA ACCIÓN CIVIL, ACOGIDA.

HECHOS

Se deducen recursos de casación en la forma y en el fondo contra sentencia absolutoria por el delito de malversación de caudales públicos. Analizado lo expuesto, la Corte anula de oficio el fallo dictando a continuación sentencia de reemplazo que rechaza la excepción de prescripción, condenando a los encartados.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en la forma y en el fondo (tribunal anula de oficio).*

ROL: *9341-2015, de 30 de marzo de 2016.*

PARTES: *Fisco de Chile con Luis Iracabal Lobo y otro.*

MINISTROS: *Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Carlos Cerda F., Sr. Jorge Dahm O., Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.*

DOCTRINA

- I. El artículo 96 del Código Penal establece que la prescripción “se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él”. Dilucidar si el término de prescripción se ha suspendido*

o no, por haberse o no dirigido el procedimiento en contra de los responsables, constituye una cuestión de hecho, que no puede resolverse recurriendo únicamente a un acto formal del procedimiento, como sería el sometimiento a proceso en el contexto del Código de Procedimiento Penal. De este modo, una querrela o una denuncia admitidas a tramitación por un juez, o incluso la apertura de oficio de una investigación criminal, tienen el mérito de suspender la prescripción, siempre que se dirijan contra personas determinadas, que es el único requisito establecido en el referido artículo 96. En efecto, la literalidad de esta norma así lo establece, pues en ella no se hace referencia a ningún acto procesal concreto, como sería, por ejemplo, el procesamiento de un inculpado para que la suspensión opere, sino exclusivamente al hecho de que el procedimiento se dirija en contra del responsable. (Considerandos 7° y 9° de la sentencia de reemplazo).

En la especie, el término de la prescripción se suspendió en virtud de la instrucción del presente procedimiento, el que se dirigió desde sus comienzos contra los funcionarios de Famae que intervinieron en la operación de compra de Tanques Leopard investigados en autos, quienes resultaron ser los encartados en este caso, sin que hubiera transcurrido el plazo de prescripción de diez años establecido en el artículo 94 del Código Penal, por tratarse los hechos investigados de aquellos que merecen pena de crimen. En estas condiciones, corresponde rechazar la excepción de prescripción opuesta por los procesados; sin embargo, habiendo transcurrido al momento de dirigirse el procedimiento contra los encausados más de la mitad del tiempo exigido por la ley para la prescripción de los hechos investigados, corresponde acoger en su beneficio las defensas subsidiarias de media prescripción que alegasen oportunamente, con base a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal. (Considerandos 11° a 13° de la sentencia de reemplazo).

- II. *Conforme al artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, la prescripción de la acción civil se regirá por la regla contenida en el artículo 2332 del Código Civil, el cual prescribe que las acciones dirigidas a perseguir la responsabilidad civil extracontractual originada por la existencia de delitos o cuasidelitos prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del acto ilícito; sin perjuicio, de estarse además a lo dispuesto en los artículos 103 bis y 450 bis del Código de Procedimiento Penal. Así las cosas, en la especie, el referido plazo de cuatro años transcurrió con creces entre la fecha de consumación del delito que se atribuye como fundamento de la responsabilidad civil de los acusados y aquella en que se interpuso la demanda civil –como asimismo a la data de notificación de la misma–. A mayor abundamiento, resulta imposible dar aplicación al artículo 103 bis inciso 1° del Código de Procedimiento Penal, en cuanto que el ejercicio de la acción civil durante el sumario tiene efecto interruptivo sobre el plazo de prescripción, puesto que*

ni en el presente cuaderno denominado ni en la causa principal es posible asilarse en gestión alguna del querellante y demandante civil, anterior al cumplimiento del plazo de prescripción de la acción civil, que dé cuenta de algún modo de su pretensión indemnizatoria, puesto que el proceso sólo tuvo su inicio seis años después de consumados los delitos materia de la presente arista, por lo que si bien puede hacerse efectiva la responsabilidad penal de los acusados no será posible igual resultado respecto de la reparación civil. (Considerandos 5° y 17° de la sentencia de reemplazo).

Cita online: CL/JUR/2087/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 41, 103 bis del Código de Procedimiento Penal; 94 y 96 del Código Penal; 2332 del Código Civil.

COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL N° 9341-2015 DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA: *SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL*

MAURICIO REYES LÓPEZ

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

En el recurso de casación en el fondo y en la forma rol N° 9341-2015, la Corte Suprema, tras casar de oficio la sentencia definitiva dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol N° 1649-2004 (Cuaderno reservado denominado “Tanques Leopard”, conocida en primera instancia por un Ministro de Fuero), dictó sentencia de reemplazo, condenando por delito de malversación de caudales públicos a los dos acusados. Habiendo dado por establecida la responsabilidad penal de los mismos en los hechos, la Corte se concentró en fundamentar el rechazo de la excepción de prescripción de la acción penal, la que había sido deducida por la defensa de uno de los acusados y acogida por la sentencia de segunda instancia que fue casada de oficio por el máximo tribunal de la República. El razonamiento desarrollado por la Corte Suprema a este respecto es el objeto del presente comentario.

La opinión de la Corte Suprema, la que por lo demás se corresponde con la dominante en la doctrina penal nacional respecto del momento a partir del cual se suspende la prescripción de la acción penal bajo las reglas del antiguo procedimiento penal¹, es que para dicha suspensión no se requiere ningún acto formal específico, como por ejemplo el sometimiento a proceso, sino únicamente el inicio del procedimiento por cualquiera de las formas indicadas por el art. 81 del

¹ MERA, Jorge: “Comentario al artículo 96”, en COUSO SALAS - HERNÁNDEZ BASUALTO (dir.), Código penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia, (2011).

CPP, entre las que se incluye la persecución penal de oficio por el juez del crimen. Desde luego, esta opinión tiene sentido desde una lógica inquisitorial que otorga preferencia al interés persecutorio del Estado por sobre la seguridad jurídica de las personas imputadas. En efecto, el procedimiento inquisitivo del CPP se inicia mucho antes del del auto de procesamiento, cuya dictación obviamente presupone la realización de una serie de actos investigativos previos que importan el ejercicio de la acción penal pública. De ello se seguiría, en opinión de la Corte Suprema, que la prescripción de la acción penal se suspendió en el caso sujeto a examen con el primer acto de la investigación oficial dirigido a determinar el delito de malversación de caudales públicos y a establecer las responsabilidades penales correspondientes, el cual, según lo indicado en la sentencia de reemplazo aquí analizada, consistió en la orden de investigar la compra de tanques Leopard a precios que habrían correspondido al doble de su valor, decretada el 28 de septiembre de 2005, en base a la declaración prestada por Pedro del Fierro Carmona el día anterior. En dicha orden no se realizó ni menos se comunicó imputación alguna a las personas que en definitiva resultarían procesadas (sentencia de reemplazo, considerando 10° b). De ello fluiría, en opinión de la Corte, que, habiéndose consumado los delitos de malversación de caudales públicos con fechas 13 de mayo y 12 de junio de 1998, el lapso de prescripción de las acciones penales respectivas se habría suspendido antes de transcurrido el plazo de diez años, asignado a los hechos punibles que tengan pena de crimen. Es, sin embargo, incorrecto sostener que el hecho de haberse decretado orden de investigar es suficiente para que opere la suspensión de la prescripción.

Que el transcurso de la prescripción de la acción penal se suspenda sin que la persona contra la cual se ejerce la misma sepa que está siendo objeto de una persecución penal constituye un resultado inaceptable desde el punto de vista del debido proceso: que la suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentre vinculada a la comunicación de dicha imputación a la persona imputada es una exigencia insoslayable que deriva de un imperativo de *fairness* procedimental del Estado ante la persona sospechosa de haber cometido un delito. Con anterioridad a la toma de conocimiento de los cargos por parte del imputado, no tiene el más mínimo sentido que se suspenda la prescripción de la acción penal. La prescripción es un plazo que corre en contra del Estado, puesto que a éste le está vedado guardarse sus razones indefinidamente en el tiempo, dejando al ciudadano sospechoso en una interminable incertidumbre respecto de su situación. Es por ello que dicho lapso sólo se suspende una vez que el Estado ha comunicado sus razones a la persona en contra de la cual dirige su persecución. Bajo la lógica inquisitiva del antiguo sistema, el interés estatal en el éxito de la persecución penal oficial bien puede haber tenido preeminencia por sobre la seguridad jurídica del ciudadano, pero ello no es aceptable bajo el imperio de un sistema procesal penal que aspira a respetar los derechos fundamentales de las personas (como es el caso del sistema procesal penal que nos rige actualmente). Justamente es éste el razonamiento que inspira

la regla relativa a la suspensión de la prescripción actualmente vigente en el CPP: el efecto suspensivo se encuentra vinculado a la formalización de la investigación, que es precisamente el acto por medio del cual el Estado comunica al imputado las razones que fundamentan su persecución. Se podrá objetar que el caso aquí comentado fue conocido y fallado conforme a las reglas del antiguo procedimiento y que dichas reglas deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo a los principios que históricamente informaron dicho sistema. Ello, sin embargo, no es correcto.

El Derecho procesal penal de la República de Chile contempla la aplicación del antiguo procedimiento penal a los hechos que se hayan cometido con anterioridad a la vigencia del CPP, de lo que, como es obvio, se sigue que el CPP es Derecho vigente en el país. De ello no se sigue, sin embargo, que los principios en los que lo informaron históricamente sigan estando vigentes, en tanto éstos sean incompatibles con los principios constitucionales en los que se fundamenta el nuevo sistema procesal penal. Y el caso aquí comentado de la suspensión de la acción penal es uno en el que claramente no se puede aplicar otra lógica que la del nuevo sistema, ya que lo contrario significaría aplicar una ley procesal penal sustancialmente más desfavorable al imputado sometido a las reglas del antiguo procedimiento, que aquella vigente en el CPP, lo que a su vez implicaría una abierta vulneración de la prohibición de exceso, ya que no existen razones legítimas para dispensar un trato más desfavorable a unos imputados que el dispensado a los demás en virtud de una mera cuestión de temporalidad. Una aplicación del CPP fiel a los principios constitucionales vigentes en la República de Chile, que legitiman y limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, exige que la suspensión de la acción penal se produzca en un momento funcionalmente equivalente al de la formalización de la investigación, es decir, uno que importe la toma de conocimiento por parte de la persona sospechosa de que el Estado dirige una persecución penal en su contra, lo que se traduce en la realización de imputaciones concretas por parte del órgano persecutor. Esto se verifica con toda claridad en el auto de procesamiento, si bien cabe la posibilidad de que actos anteriores del procedimiento también comporten dicha toma de conocimiento (por ejemplo, la declaración indagatoria). En cualquier caso, se requiere de imputaciones concretas contra personas determinadas, lo que difícilmente se verifica en el caso de una orden de investigar general y anónima, como la que el máximo tribunal considera decisiva para suspender la prescripción de la acción penal en el caso en comento.

I. ANULACIÓN DE OFICIO

Santiago, treinta de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 1649-2004 (Cuaderno Reservado denominado

“Tanques Leopard”) de la Corte de Apelaciones de Santiago, conocidos en primera instancia por un Ministro de Fuero, según sentencia de 4 de septiembre de 2014, escrita a fojas 8.338 y ss., se acogió la excepción de prescripción

opuesta por uno de los condenados y, como consecuencia de tal decisión, se absolvió a los acusados Luis Iracabal Lobo y Gustavo Latorre Vásquez de las acusaciones formuladas en su contra como autores del delito de malversación de caudales públicos previsto y sancionado en el artículo 233 N° 3 en relación con el artículo 238 ambos del Código Penal. En atención a lo decidido en la parte penal, se determinó que no era posible acoger la demanda civil indemnizatoria deducida en contra de los acusados, la que, en consecuencia, se desestimó en todas sus partes.

La mencionada sentencia fue apelada por la parte querellante y confirmada con declaración de mayoría por una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, como se lee a fojas 8.594 y ss., señalando que los acusados Luis Iracabal Lobo y Gustavo Latorre Vásquez quedan absueltos de la acusación fiscal y particular por no haberse comprobado el delito de malversación de caudales públicos que le fuera imputado.

Contra esta última decisión, a fojas 8.612 y ss., doña Irma Soto Rodríguez, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, en representación del Consejo de Defensa del Estado, querellante en estos autos, dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo, el que se trajo en relación por decreto de fojas 8.653.

Considerando:

Primero: Que concluida la vista y mientras se adoptaba acuerdo en este proceso, se advirtió la existencia de un vicio que pudiera ser constitutivo de causal de invalidación de la sentencia impugnada y al que aludió en estrados

el abogado que compareció en representación de la parte querellante, toda vez que si bien se interpuso casación en la forma fundado en la causal prevista en el artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, contener decisiones contradictorias, aplicable en materia penal por remisión de los artículos 535 y 541 inciso final del Código de Procedimiento Penal, los fundamentos en que sustentó tal impugnación dicen relación más bien con la causal prevista en el artículo 541 N° 9 del Código Procesal Penal, esto es, que la sentencia no fue extendida en la forma dispuesta por la ley.

Segundo: Que, en efecto, según se lee del motivo tercero de la sentencia de primera instancia, reproducido por la que ahora se revisa, los jueces del fondo tuvieron por establecidos como hechos —en lo que interesa— los siguientes:

a) Oscar Aitken Lavanchy encarga a abogados panameños crear en 1991 la sociedad Cornwall Overseas Corp. y en 1992 la sociedad Eastview Finances, ambas registradas en las Islas Vírgenes Británicas (III).

b) Oscar Aitken Lavanchy a través de la empresa Cornwall Overseas Corp. recibió una comisión de 3% del total de la venta de los tanques Leopard V-1 (VIII).

c) El 6 de noviembre de 1997 se firma contrato entre Famae representada por Luis Iracabal Lobo y RDM Technology por la compra de 200 tanques Leopard 1-V, donde acordaron el pago del 20% del total una vez que el contrato entrara en vigencia (IX).

d) El 16 de febrero de 1998 se firma el contrato de compraventa respecto de

los tanques entre el Fisco-Ejército de Chile y Famae (XII).

e) El 13 de mayo de 1998 Famae da la orden al Bank of América de convertir el 10% del dinero autorizado a invertir por parte del Gobierno de Chile a florines holandeses para depositarlos en la cuenta del ABN Ambro Bank de RDM Technology lo que se ejecuta el 1° de junio del mismo año. Para completar el 20% acordado el 12 de junio de 1998 Famae ordena al Banco Santander la liquidación anticipada de US\$ 10.000.000.- y con parte de ese monto se transfieren a la misma cuenta los florines holandeses necesarios para cubrir el porcentaje aludido.

f) El 23 de junio de 1998 Cornwall Overseas Corp., emite boleta de honorarios a RDM Holding NV por US\$ 1.600.000.- (XIII).

g) El 24 y 25 de junio de 1998 RDM Holding, dueña de RDM Technology realiza dos depósitos en la cuenta del Coutts Bank de la empresa Cornwall Overseas Corp, por un total de US\$ 849.982,5.- (XVI).

h) El 26 de junio de 1998 se efectuaron los siguientes flujos de dinero (XVII):

– Se transfieren US\$ 600.000.- desde la cuenta de Cornwall Overseas a la cuenta de Eastview Finances S.A. del Coutts Bank, suma obtenida por la primera de los depósitos efectuados los días anteriores por RDM Holding.

– Con ese mismo dinero se tomó el depósito a plazo N° 087483 con fecha de vencimiento 30 de junio de 1998 por US\$ 450.000.-

– El saldo de US\$ 150.000.- se destinó a una cuenta de Gustavo Latorre.

i) El 30 de junio de 1998 al vencimiento del depósito N° 087483 se efectuaron las siguientes transferencias (XVIII):

– Al vencimiento del depósito ingresan nuevamente a la cuenta de Eastview US\$ 450.225.- monto con el cual se toma un nuevo depósito por US\$ 302.104,06.- número 087594 con vencimiento al 3 de julio siguiente.

– El saldo US\$ 148.090,06 fue transferido a una cuenta de Gustavo Latorre.

j) El 3 de julio de 1998, al expirar el depósito 087594 se efectuaron las siguientes transferencias:

– Al vencimiento del depósito ingresan nuevamente a la cuenta de Eastview US\$ 302.217,35.-

– De esa suma de dinero se transfirió el mismo día a una cuenta de “Luis Lobo” la suma de US\$ 298.120,94. “Luis Lobo” corresponde a Luis Iracabal Lobo, ex Director de Famae.

k) Que de lo expuesto en los tres números anteriores y haciendo las sumas correspondientes, se concluye que Luis Iracabal Lobo (“Luis Lobo”) recibió desde Eastview Finances la suma de US\$ 298.120,94 y Gustavo Latorre Vásquez recibió desde Eastview Finances la suma de US\$ 298.090,94, las que en conjunto dan un total de US\$ 596.211,88 monto que proviene de los US\$ 600.000.- que Cornwall había depositado en Eastview y que a su vez aquella obtiene de los depósitos efectuados por la empresa RDM Holding dueña de RDM Technology, empresa a la cual Famae sólo diez días antes del

inicio de las operaciones descritas, había enterado la totalidad del pago de la cuota contado acordada por la venta de los tanques Leopard 1-V que corresponde al 20% del total del precio.

Tercero: Que, sin embargo, el motivo cuarto de la sentencia que ahora se revisa, al referirse a los hechos establecidos en la causa, afirmó que “Lo único que se ha dado por establecido es que los dineros fueron depositados en diversas cuentas, en favor de los procesados...” y en el fundamento sexto, agregó que “... la conclusión a la que se llega por esta Corte es que la investigación no fue suficiente, en términos de aclarar el título por el cual los dos procesados recibieron, en sendas cuenta, las cantidades de dinero que se han mencionado más arriba y, en tal eventualidad, no puede presumirse, como lo ha hecho la sentencia de primer grado, que correspondería a dineros previamente pagados por el Estado chileno en virtud de las negociaciones relativas a la compra de los tanques”.

Por consiguiente, como se advierte de la sola lectura del razonamiento tercero del fallo de primer grado, que tuvo por establecidos los hechos de la causa constitutivos de una compleja cronología de sucesos, entre ellos el recorrido que efectuó el dinero desde el pago por parte de Famae de una parte de los fondos autorizados a invertir por el Estado de Chile para la adquisición del material bélico hasta su llegada, luego de unos pocos días y tras algunas triangulaciones, a las cuentas de los acusados; existe una evidente contradicción con lo afirmado en los considerandos cuarto y sexto del fallo de segunda ins-

tancia, los que sólo dan por establecido como hecho de la causa el depósito de una cierta cantidad de dinero en las cuentas de los acusados y ponen en duda que tales dineros correspondan a aquellos pagados por el Estado de Chile en el marco de la negociación para la adquisición de los tanques Leopard 1-V.

Cuarto: Que como ya ha sido reiteradamente resuelto por este tribunal, la existencia de consideraciones contradictorias conlleva que ellas se anulen entre sí y dejen el fallo desprovisto de fundamentos, lo que constituye la causal de invalidación del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 500 N°s. 4 y 5 de ese mismo cuerpo normativo, razón por la cual se procederá de oficio, invalidándose el fallo y dictando uno de reemplazo.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo prevenido en los artículos 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y 535, 541 N° 9 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se invalida de oficio la sentencia de veintidós de junio de dos mil quince, escrita a fs. 8594 y ss., la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por así ordenarlo el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se tiene por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido a fs. 8612.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Juan Eduardo Fuentes B., Carlos Aránguiz Z., Carlos Cerda F., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

Rol N° 9341-2015.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, treinta de marzo de dos mil dieciséis.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y a lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivaciones décimo octava a vigésimo sexto, y trigésima, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1° Que se ha interpuesto en estos autos apelación por parte del Consejo de Defensa del Estado, rolante a fojas 8538 contra la decisión de la Sra. Ministra de Fuero que estuvo por acoger la excepción perentoria de prescripción interpuesta por los encartados Luis Iracabal Lobo y Gustavo Latorre Vásquez, consecuencia de lo cual se les absolvió de su participación en calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 3, en relación con el artículo 238, ambos del Código Penal, del que venían acusados, de conformidad con los hechos asentados y calificados como tales en los considerandos tercero y cuarto de

la sentencia recurrida, como asimismo se rechazó la demanda civil interpuesta por tales hechos.

2° Que no se ha controvertido por los encausados la existencia de los hechos asentados en el considerando tercero de la sentencia recurrida ni su calificación jurídica.

3° Que ello tampoco ha sido cuestionado por la Sra. Fiscal Judicial de la Cuarta Fiscalía Judicial de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, quien en su informe de fojas 8546 opina que correspondería confirmar en lo apelado la sentencia recurrida y aprobarla en lo consultado, en cuanto en ella se ha decidido la absolución de los encartados por haberse acogido la excepción perentoria de prescripción que alegasen en su oportunidad.

4° Que, en consecuencia, debe tenerse por no discutido en estos autos que entre los años 1995 y julio de 1998, los encartados Iracabal Lobo y Latorre Vásquez, en su calidad de funcionarios públicos que tenían a su cargo caudales o efectos públicos y que se desempeñaban en los cargos de Director de Famae y Gerente Comercial de Famae, correspondiéndoles, en tal virtud, un rol fundamental en las negociaciones de adquisición de los 200 Tanques Leopard I-V, sustrajeron la suma de US\$ 298.120,94 y US\$ 298.090,94, respectivamente, hechos que constituyen el delito de malversación de caudales públicos descrito y sancionado por los artículos 233 N° 3 y 238 inciso segundo del Código Penal.

5° Que examinados los antecedentes recabados en autos, no existe al parecer

de esta Corte ninguno que permita desvirtuar los hechos que se han tenido por establecidos por la Sra. Ministra de Fuego y su calificación jurídica, salvo precisar que si bien las operaciones que culminaron en la sustracción de los caudales públicos que se trata habrían comenzado en el año 1995, la fecha en que ella se consumó corresponde a los días 13 de mayo y 12 de junio de 1998, cuando Famae ordenó las conversiones y traspasos necesarios para que RDM recibiera los pagos por los tanques Leopard, de cuyo monto obtuvieron los encausados Iracabal y Latorre las cantidades señaladas en el considerando anterior.

6° Que en cuanto a la excepción de prescripción interpuesta por los encartados, que viene entonces a resultar la única materia discutida en esta instancia, se debe señalar que, tal como se ha expresado en el considerado 4° anterior, los hechos por los cuales se ha deducido acusación fiscal se cometieron los días 13 de mayo y 12 de junio de 1998, fecha esta última desde la cual se ha de contar el término de la prescripción de diez años establecido en el artículo 94 del Código Penal, por tratarse los hechos investigados de aquellos que merecen pena de crimen.

7° Que, por otra parte, el artículo 96 del Código Penal establece que la prescripción “se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él”.

8° Que, por una parte, del mérito de los antecedentes reunidos en el

proceso queda de manifiesto que, con posterioridad al mes de julio de 1998, los encartados no han cometido algún otro crimen o simple delito que interrumpiese su cómputo.

9° Que, por otra, dilucidar si el término de la prescripción se ha suspendido o no, por haberse o no dirigido el procedimiento en contra de los responsables, es de parecer de estos sentenciadores que es una cuestión de hecho, que no puede resolverse recurriendo únicamente a un acto formal del procedimiento, como sería el sometimiento a proceso en el contexto del Código de Procedimiento Penal de 1906. De este modo, una querrela o una denuncia admitidas a tramitación por un juez, o incluso la apertura de oficio de una investigación criminal, tienen el mérito de suspender la prescripción, siempre que se dirijan contra personas determinadas, que es el único requisito establecido en el artículo 96 del Código Penal.

En efecto, la literalidad del artículo 96 del Código Penal así lo establece, pues en ella no se hace referencia a ningún acto procesal concreto, como sería, por ejemplo, el procesamiento de un inculcado para que la suspensión opere, sino exclusivamente al hecho de que el procedimiento se dirija en contra del responsable.

A ello se suma el hecho de que el contexto histórico de la promulgación del Código Penal, el año 1874, permite también descartar que su sentido pueda determinarse por referencia a un trámite procesal establecido dos décadas más tarde, en 1906; trámite que hoy no existe en el Código Procesal Penal de 2000, sin

que ello haya conducido a la derogación del texto sustantivo.

10° Que respecto a la existencia en el proceso de antecedentes que acrediten que éste se ha dirigido contra los encartados previo al término del plazo de diez años antes señalado, cabe mencionar los siguientes:

a) A fojas 17.282 del tomo 35 de la investigación principal de la cual se ha desprendido como cuaderno separado la que aquí se falla, rola escrito del Consejo de Defensa del Estado de fecha 2 de septiembre de 2005, en que se imputa a los encartados Iracabal y Latorre responsabilidad por los hechos descritos en el considerando 4° anterior;

b) A fojas 99 de autos rola resolución de 28 de septiembre de 2005 que da origen a este cuaderno separado, decretando su formación con la declaración de fojas 7 de Pedro del Fierro Carmona, de fecha 27 de septiembre y dando “orden de investigar para ser cumplida por la Jefatura de Inteligencia Judicial”, en relación, entre otros antecedentes aportados por dicha declaración, con la compra de tanques Leopard a precios que habrían correspondido al doble de su valor, presumiendo el declarante que ello correspondería a un doble pago por los mismos vehículos bélicos;

c) A fojas 100 el entonces Sr. Ministro de Fuego ordenó con fecha 17 de octubre de 2005 se mantuviera en carácter “permanente” la orden de investigar referida en la letra b) anterior, precisando que se practiquen las diligencias que allí se indican, en especial, respecto a “las relaciones entre el Ejército, funcionarios de esa Institución

y las empresas RDM, IKA y British Aerospace y el pago de comisiones que [ha] efectuado el Ejército o alguno de sus funcionarios”;

d) A fojas 150 rola copia de la orden de investigar N° 420 del entonces Sr. Ministro de Fuego, de fecha 17 de noviembre de 2005, dirigida precisamente respecto de la persona de Luis Iracabal Lobo, con relación a los delitos investigados en esta causa; y

e) A fojas 121 rola Informe Policial N° FT-64-IR, de 10 de mayo de 2006, dando cuenta de las investigaciones realizadas en cumplimiento de dicha orden. Allí se detalla la forma cómo el mencionado Iracabal y el también encartado Gustavo Latorre Vásquez recibieron fondos provenientes de la operación de compra de tanques Leopard a la empresa RDM.

11° Que los antecedentes referidos en el considerando anterior permiten establecer a esta Corte que desde el mes de septiembre del año 2005 se ha instruido este procedimiento, dirigiéndose desde sus comienzos contra los funcionarios de Famae que intervinieron en la operación de compra de tanques Leopard que se investigan y que dichos funcionarios resultaron ser los encartados Iracabal y Latorre, individualizados ya desde el escrito de 2 de septiembre de 2005 y también en el informe policial de 10 de mayo de 2006.

12° Que, por lo tanto, habiéndose suspendido de ese modo el término de la prescripción, no cabe sino rechazar la excepción interpuesta por los procesados, como se dirá en lo resolutive de esta sentencia, discrepando de este modo de

la opinión emitida por la fiscal judicial Clara Carrasco Andonei a fs. 8.546, en orden a que los hechos materia de la investigación se encontrarían prescritos por lo que –a su juicio– correspondería confirmar la sentencia de primer grado.

13° Que, en cambio, habiendo transcurrido al momento de dirigirse el procedimiento contra los encartados más de la mitad del tiempo exigido por la ley para la prescripción de los hechos investigados, corresponde acoger en su beneficio las defensas subsidiarias de media prescripción que alegasen oportunamente, con base a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal y, en consecuencia, imponer la pena considerando el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, como se hará en la resolutive, determinándose, en consecuencia, rebajar la pena prevista para el delito en dos grados.

14° Que, habiéndose acogido la defensa de media prescripción, no corresponde pronunciarse respecto de las atenuantes alegadas, dado que el mencionado artículo 103 ordena perentoriamente hacer caso omiso de ellas.

15° Que, en lo que se refiere a la demanda civil indemnizatoria deducida por el Consejo de Defensa del Estado, hay que estarse a lo dispuesto en el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal norma que indica que la prescripción de la acción civil se regirá por la regla contenida en el artículo 2332 del Código Civil el cual prescribe que las acciones dirigidas a perseguir la responsabilidad civil extracontractual originada por la existencia de delitos o

cuasidelitos prescribe en 4 años contados desde la perpetración del acto ilícito. Sin perjuicio, de estarse además a lo dispuesto en los artículos 103 bis y 450 bis del Código de Procedimiento Penal.

16° Que según se estableció en el motivo 5° precedente el delito que se atribuye como fundamento de la responsabilidad civil de los acusados se consumó los días 13 de mayo y 12 de junio de 1998, sin perjuicio que los actos preparatorios del mismo se comenzaron a ejecutar a partir del año 1995.

Que, en ese orden de ideas, el plazo aludido en el artículo 2332 del Código Civil se encuentra cumplido, toda vez que la demanda civil en la especie fue interpuesta el 26 de noviembre de 2012 y se notificó a los acusados Iracabal y Latorre de la misma, con fecha 30 de noviembre de 2012, por intermedio de sus apoderados, como se desprende de los estampados receptoriales de fs. 8078 y 8080, respectivamente.

Que, a mayor abundamiento, imposible resulta dar aplicación a lo estatuido en el inciso primero del artículo 103 bis del Código Procesal Penal, en cuanto que el ejercicio de la acción civil durante el sumario tiene efecto interruptivo sobre el plazo de prescripción, puesto que ni en el presente cuaderno denominado “Tanques Leopard” ni en la causa principal caratulada “Riggs” es posible asilarse en gestión alguna del querellante y demandante civil, anterior al cumplimiento del plazo de prescripción de la acción civil, que dé cuenta de algún modo de su pretensión indemnizatoria, puesto que el proceso sólo tuvo su inicio el año 2004, esto es,

6 años después de consumados los delitos materia de la presente arista, por lo que si bien puede hacerse efectiva la responsabilidad penal de los acusados no será posible igual resultado respecto de la reparación civil.

17° Que, en virtud de lo expuesto, en el acápite civil no cabe otra decisión que acoger la excepción de prescripción deducida por las defensas de los demandados Iracabal y Latorre.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo previsto en los artículos 41, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal; artículo 239 del Código Penal, artículo 2332 del Código Civil, se declara:

A.- Que se revoca la sentencia de cuatro de septiembre de dos mil catorce, escrita a fs. 8.338 y siguientes, sólo en cuanto su decisión penal y en su lugar, se declara:

I.- Que se rechaza la excepción de prescripción opuesta por las defensas de los acusados Luis Iracabal Lobo y Gustavo Latorre Vásquez.

II.- Que se condena a los acusados Luis Iracabal Lobo y Gustavo Latorre Vásquez a sufrir cada uno la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos y multa de once unidades tributarias mensuales, en su calidad de autores del delito consumado de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 N° 3 del Código Penal, en relación con el artículo 238 del mismo cuerpo legal, hecho ocurrido en esta ciudad en el mes de junio de 1998.

III.- Que reuniendo los sentenciados los requisitos establecidos en el artículo 4° de la ley N° 18.216, se suspende el cumplimiento de la pena corporal impuesta en el numeral anterior, sustituyéndola por la pena alternativa de remisión condicional de la pena. Al efecto, quedarán sujetos a la vigilancia y observación discreta del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile correspondiente a su domicilio, por el lapso de la condena. En el evento, que la presente pena sustitutiva sea revocada, deberán cumplir la pena en forma efectiva o a través de una pena sustitutiva más rigurosa, evento en el cual se reconocerá como abono el tiempo que permanecieron en prisión preventiva desde el 3 de agosto de 2009 al 7 de octubre de 2009, el sentenciado Latorre, y desde el 3 de agosto de 2009 al 9 de octubre de 2009, el sentenciado Iracabal.

IV.- Que se condena en costas a los sentenciados.

B.- Que se confirma la referida sentencia en cuanto rechaza la acción civil.

Acordado con la prevención y disidencia del ministro Cerda, quien estuvo:

A.- Por prevenir que: a) concurre a la decisión signada A.- II.-, con declaración que Iracabal y Latorre quedan condenados a siete años de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias que por ley ello lleva aparejado, y b) no comparte el resuelvo A.- III.-

B.- Por discrepar de la confirmatoria de la letra B.- de lo resolutivo y en su lugar está por acoger la demanda civil deducida por el Fisco de Chile, en sus términos y propósitos, para lo cual:

a) en el considerando 9º elimina la parte final del párrafo primero desde donde se lee “, siempre que...” y el epílogo del párrafo segundo desde donde expresa “, sino exclusivamente...”, añadiendo como último párrafo: “Por lo tanto, basta que la actividad jurisdiccional del Estado se haya abierto en relación con hechos que, a la postre, resultan ser objeto de reproche penal, este sí recaído ineludiblemente sobre personas determinadas, para gatillar la suspensión del artículo 96 del estatuto punitivo. Los hechos sobre los que recayó la pesquisa son los ya conocidos, ocurridos en Famae en las épocas aquí determinadas, de los que resultaron ilícitos por los que se persigue a Iracabal y Latorre, de lo que sigue que la prescripción extintiva se suspendió en su contra desde el inicio de la investigación”.

Y tiene, también, en consideración que: en las acciones indemnizatorias cuya causa de pedir es el daño provocado por los ilícitos en que derivaron los hechos respecto de los cuales fue abierta la investigación, la prescripción se suspende con la querrela. No se encuentra cuestionado que lo presente es un

cuaderno surgido de una investigación mayor, nada más por haberse entendido que sus circunstancias y especificidad obligaban a la reserva que impone el Código de Justicia Militar, lo que hace que, en rigor de verdad, no haya de desatenderse cuanto procesalmente obrado en lo originario, donde aparece que el aquí demandante Fisco de Chile fue actor permanente, como denunciante y querellante. Por lo demás, tal parecer armoniza con el esquema del Código Procesal Penal vigente desde que conforme a su artículo 7º, el procedimiento se ha iniciado desde las primeras actuaciones tales como diligencias, gestiones, investigaciones, cautelas y otros.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A. y de la prevención y disidencia su autor.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Juan Eduardo Fuentes B., Carlos Aránguiz Z., Carlos Cerda F., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

Rol N° 9341-2015.