

Señora Presidenta y demás miembros de la Comisión.

Agradezco la invitación que me han cursado. Entiendo que les interesa conocer mi opinión sobre los hechos materia de la acusación constitucional que se ha presentado en contra del Presidente de la República.

En lo que sigue, me referiré a algunos aspectos que llamaron especialmente mi atención como abogada penalista, y espero que sean de ayuda en el análisis que deben efectuar de la referida acusación.

I. Introducción

Una de las primeras interrogantes que se formularon cuando se hicieron públicos los detalles de la venta celebrada el año 2010 entre una sociedad ligada a la familia del entonces Presidente de la República y un fondo de inversión privado, relativa a la participación en el proyecto minero Dominga, fue cómo reaccionaría el Ministerio Público frente a estos hechos.

Ello, debido a que ya el año 2016 la Fiscalía había investigado al Presidente por inversiones financieras realizadas durante su primer mandato presidencial por sociedades ligadas a él, una de las cuáles decía relación precisamente con el proyecto minero Dominga.

Hasta donde sé, tales hechos fueron objeto de una investigación, que estuvo a cargo del ex Fiscal Regional Metropolitano Oriente Manuel Guerra, la cual concluyó con el sobreseimiento total y definitivo de la causa, solicitado incluso por el Ministerio Público, el cual luego fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

El sobreseimiento definitivo corresponde a una resolución que poner término a la investigación. Las razones por las cuáles un tribunal puede decretar el sobreseimiento definitivo son varias y están previstas en el artículo 250 del Código Procesal Penal. En el referido caso, es conocido que el tribunal aplicó la causal prevista en letra a) y b) del referido artículo. Es decir, el tribunal estimó que los hechos que fueron materia de esa investigación no eran constitutivos de ningún delito y que el imputado no tenía participación.

Ahora bien, lo importante en este caso es que la resolución que decreta el sobreseimiento definitivo, por la razón que sea, es jurídicamente equivalente a una sentencia absolutoria. Por lo mismo, se trata de una resolución que produce excepción de cosa juzgada e impide que una persona pueda volver a ser investigada por el mismo hecho.

II. ¿Hay cosa juzgada?

Es un hecho público que existió una causa iniciada por querrela del entonces Diputado Hugo Gutiérrez que imputaba delito de Negociación Incompatible y Uso Información privilegiada:

A saber “Bancard” había comprado acciones de “Exalmar”, empresa peruana que se abrió a la bolsa mediante asesoría de la Corredora de Bolsa Larraín Vial. La Querrela sostenía que el Sr. Piñera actuó con conflicto de interés, ya que conocía de esta inversión y tenía información privilegiada sobre Conflicto limítrofe con Perú.

También es un hecho público que El 27 de febrero 2017, el Portal de Noticias Bío Bío publicó un reportaje que planteaba la tesis de que el Presidente Piñera, habría “bajado” el proyecto Barrancones, porque tenía interés en favorecer el proyecto Dominga, y que por eso habría intervenido.

A los pocos días de esa publicación, el entonces Diputado Hugo Gutiérrez presentó una ampliación de querrela copiando textualmente el reportaje de Bio Bio el que imputaba intervención de éste en el Servicio de Evaluación Ambiental a favor de proyecto Dominga.

- En dicha investigación, según ha trascendido, aparece acuerdo de 4 de octubre de 2010 que tiene la cláusula 3.03, que establece un pago de USD 150 MM, con una cuota final de USD 9,9 MM si durante un año una declaración ambiental no hacía completamente imposible el proyecto Dominga.

Ahora el 3 Agosto 2017 el 4º J. de G. decreta a solicitud del MP y defensa el sobreseimiento definitivo, total, por letras a y b del Art. 250 CPP

A dicha resolución el Querellante interpuso recurso de apelación ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago la que con fecha 21 agosto 2017 confirma el Sobreseimiento Definitivo con costas.

el Querellante va de queja a la E. Corte Suprema, y la que fue declarada inadmisibile 6 Sept. 2017

La proscripción de persecución penal múltiple, ya sea simultánea o sucesiva, es una garantía fundamental de las personas, que goza de un amplio

reconocimiento en el derecho internacional¹ y comparado. En el caso chileno, tal institución se encuentra expresamente consagrada en el artículo 1° del Código Procesal Penal, cuyo inciso segundo establece que: *“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”*.

Esta además Obliga a los demás Poderes del Estado (Art. 76 CPR)

En general, la doctrina afirma que existirá la identidad a la que se refiere esta norma y, por tanto, se habrá infringido la garantía básica prevista en el artículo 1° del Código Procesal Penal, cuando concurren tres identidades o correspondencias: (i) de persona; (ii) de objeto; y (iii) de motivo de persecución.

La identidad de persona existirá cuando el mismo individuo tiene la calidad de imputado en ambos procesos; y la identidad de motivo o causa siempre que estemos frente a dos procesos penales. Así, la mayor dificultad siempre radica en determinar si existe realmente identidad objetiva o de hecho.

Por cierto, la identidad de hecho prescinde de cualquier valoración jurídica. Es decir, es irrelevante que en la primera causa se califique el hecho como constitutivo de un delito, y en la segunda se le otorgue una calificación jurídica distinta, ósea otro delito. El problema de determinar si existe o no el mismo hecho reside, más bien, en determinar si se exige una correspondencia total o absoluta, o bien, si también comprende aquellos casos en que existen algunas diferencias en los hechos materia de ambos procesos.

¹ Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país” (Artículo 14.7). En términos análogos, la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos” (Artículo 8.4). Ambas disposiciones tienen plena aplicación en Chile, ya que forman parte del bloque de constitucionalidad que establece el artículo 5° de la Constitución.

En última instancia determinar si ambos hechos comparten o no una estructura básica que permita verificar la identidad objetiva es una cuestión valorativa. En todo caso, la doctrina ha señalado que la identidad debe ser comprendida en los términos más amplios posibles, sobre todo “en aquellos casos en los que se ha ejercido el poder estatal con suficiente intensidad y, además, ha existido la posibilidad de completar la descripción del hecho, aunque ello no se haya producido por carencias de la propia investigación” (Horvitz & López, I, 2002, p. 89).

Lo anterior puede tener relevancia en este caso, si se considera que, durante la investigación llevada a cabo por el ex Fiscal Regional Manuel Guerra, se habrían allegado diversos antecedentes que daban cuenta de los mismos hechos relatados en los reportajes realizados en octubre de este año. La minuta remitida a esta Comisión por la Unidad Especializada Anticorrupción del Ministerio Público reconoce explícitamente aquello indicando que, dentro de los antecedentes de la carpeta investigativa analizados, habían algunos “*que habrían permitido al fiscal a cargo llegar a indagar las sospechas relevadas en la actualidad por la prensa*” (p. 20).

Sobre el particular creo necesario destacar que, de acuerdo a su ley orgánica constitucional, el Ministerio Público se rige por el principio de unidad. Esto significa que las actuaciones procesales realizadas por cualquier fiscal del Ministerio Público son imputables al órgano persecutor como institución. Por ello, a mi juicio no resulta atendible sostener que un determinado “hecho” no fue investigado, por la sola consideración de que aquel no constituyó la “principal línea investigativa” desarrollada por un fiscal. Lo relevante, en cambio, será determinar si el hecho constaba fehacientemente o no en antecedentes allegados a una investigación penal

y si pudo ser investigado por el fiscal en cuestión. En otras palabras, es irrelevante si tal hecho no fue “debidamente” investigado, ya sea por impericia o desidia del fiscal a cargo de la investigación. Tal defecto en ningún caso podría permitir que el órgano persecutor vulnere la garantía de prohibición de doble persecución prevista en el artículo 1º del Código Procesal.

Fue precisamente debido a todo a lo anterior que la comunidad legal debatió inicialmente si es que el Ministerio Público podría realmente iniciar una nueva investigación sobre los hechos relatados en los reportajes de Ciper y Labot. En concreto, lo que se señalaba era que si existían antecedentes de esos hechos en la investigación que llevó a cabo el Ministerio Público a partir del año 2016, la cual fue sobreseída definitivamente, con confirmación de la Corte de Apelaciones, entonces el Ministerio Público se encontraba legalmente impedido de abrir una nueva investigación.

Debo aclarar que no conozco el detalle el contenido completo de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público a partir del año 2016 en contra del Presidente, pero es un hecho público que el Sobreseimiento se produce SIN que exista formalización por lo que debe entenderse necesariamente que abarca los hechos imputados en la querrela y la ampliación de la misma ósea la arista conocida como Dominga, ahora por los antecedentes de la época se sabe que Los fundamentos principales en que el Ministerio Público basa su solicitud radican en que el imputado:

- No tuvo acceso a información privilegiada en el litigio ante La Haya

.

Imputado no conocía ni manejaba sus negocios mientras ejercía como presidente, según señaló el entonces Fiscal Guerra en el tribunal de Garantía y ante la prensa

Entonces volviendo a la cosa Juzgada en cuanto a identidad objetiva o de hecho al parecer nos encontramos en esa hipótesis pues la resolución del tribuna señaló expresamente ésta circunstancia .

- *“El tribunal está por acceder a la solicitud del MP y la defensa, en relación a sobreseer total y definitivamente (...), por no ser constitutivos de delito, misma resolución se aplica en lo que dice relación con la Minera Dominga, pues tampoco es constitutiva de delito.”*

Según entiendo, la posición de la Fiscalía a este respecto es que no habría ningún impedimento para esta nueva investigación. Ello, básicamente porque los hechos ahora revelados no habrían sido parte de las líneas de investigación desarrolladas en su oportunidad por el ex Fiscal Guerra y porque, en un análisis preliminar, de ser efectivos los referidos hechos ellos podrían dar lugar a los delitos de cohecho agravado y soborno previstos respectivamente en los artículos 248 bis y 250 del Código Penal.

A mi juicio, la posición de la Fiscalía en esta materia presenta al menos dos problemas. El primero de ellos se refiere a la fundamentación inicial del carácter delictivo del hecho. El segundo, se refiere a la posibilidad real que tiene el Ministerio Público de llevar a cabo una investigación que le permita luego ejercer y sustentar una acción penal pública.

III. ¿Puede ser realmente el hecho constitutivo de delito?

Se sostiene que, en este caso, el Presidente de la República podría haber cometido un delito de cohecho agravado, al solicitar o aceptar *“recibir un beneficio*

económico [...] para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo” (CP 248 bis, versión 2010).

Lo primero es que No pueden abordarse ninguno de los hechos aludidos en la ampliación de querrela pues ya fueron Sobreseídos (Art. 250 a, 251, 1 CPP), con efecto de cosa Juzgada y ya no se puede contradecir el contenido de esa resolución en cuanto estableció que El imputado, a saber el Presidente *“no conoció ni intervino en el negocio de Dominga”*

Lo segundo es que para fundamentar que existiría una “omisión” de un “acto debido propio del cargo” del Presidente de la República, el Ministerio Público se limita a indicar que el Presidente tendría potestades o competencias para declarar una zona geográfica como *“reserva natural, parque nacional o zona de exclusión ambiental”*.

Desconozco si la normativa ambiental vigente a la época permitía al Presidente de la República otorgar directamente, a su solo arbitrio, y sin intervención de otras autoridades ambientales, alguna de las referidas categorías ambientales a una zona geográfica. Ello escapa a mis competencias profesionales. Pero sobre lo que sí quisiera llamar la atención de ustedes es que, de acuerdo a la opinión absolutamente mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia penal especializada, para poder apreciar una “omisión” típicamente relevante no basta con que una persona *tenga la posibilidad fáctica de actuar* o que tenga competencias normativas para intervenir en un determinado asunto.

Más bien, para estar frente a una omisión, el sujeto debe ser garante y estar jurídicamente *obligado* a actuar en la situación concreta, de modo tal que solo en ese caso su abstención podría ser considerada una omisión.

La minuta que remitió a esta Comisión la Unidad Especializada Anticorrupción del Ministerio Público en ningún momento se hace cargo de este asunto. Al contrario, dicho documento desprende una eventual omisión solo por el hecho de constatar que el Presidente de la República tiene potestades en materia ambiental y puede nombrar a algunos de los integrantes de órganos con competencia ambiental, como el consejo de ministros.

A mi juicio, si no existen antecedentes que den cuenta que, entre marzo de 2010 y diciembre de 2011, el Presidente estaba jurídicamente obligado a declarar la zona geográfica en que se emplazaría el proyecto Dominga como una reserva natural, parque nacional o zona de exclusión ambiental, entonces en ningún caso podría apreciarse una omisión de su parte, al menos no en los términos en que el derecho penal entiende este concepto y adicionalmente No corresponden a “actos” “de la administración” del actual período presidencial (Art 52 N°2 CPR)

Según la información pública que se conoce hay al menos un antecedente que abonaría la tesis de que dicha obligación jurídica no existía. A saber, que la zona geográfica en que se emplazaría el proyecto minero Dominga tampoco habría sido declarada como reserva natural, parque nacional o zona de exclusión ambiental entre los años 2014 a 2018, durante el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, circunstancia que habla por sí misma.

IV. ¿Puede realmente investigar el Ministerio Público en este caso?

Sin perjuicio de lo anterior, se podría afirmar que lo normal es que el Ministerio Público realice un análisis muy superficial de la tipicidad del hecho, para justificar el inicio de una investigación. Y que el objeto de la investigación es precisamente dilucidar los aspectos relevantes del hecho imputado. En este caso: determinar si el Presidente estaba jurídicamente obligado a decretar la zona donde se emplazaría el proyecto Dominga como una zona ambientalmente protegida; identificar si aquel incurrió realmente en una omisión típicamente relevante, si aquello era un deber propio de su cargo, si actuó de forma dolosa, si existió realmente una vinculación entre esa eventual omisión y el pago de la tercera cuota de la compraventa, entre otros aspectos relevantes para la aplicación del respectivo delito.

Todas esas interrogantes pueden parecer relevantes. Sin embargo, a mi juicio hay algo fundamental que el Ministerio Público debió resolver antes, y es: si es que, de encontrar antecedentes que dieran cuenta de un eventual delito, podría realmente ejercer y sostener la respectiva acción penal. A fin de cuenta, este es el mandato constitucional y legal del Ministerio Público.

En efecto, el Ministerio Público no investiga hechos por simple DELECTACIÓN intelectual o histórica. Más bien, aquel solo investiga hechos en la medida en que puedan conducir a la aplicación de la ley penal. Es decir, al establecimiento de un reproche de culpabilidad por la realización de un hecho típico y antijurídico, que habilita la consiguiente imposición de una pena.

Para resguardar el debido ejercicio de esa función pública es que el legislador establece fases de admisibilidad para el inicio de investigaciones penales. Una de las más habituales corresponde al análisis de admisibilidad de querellas que deben

realizar los jueces de garantía. Si durante este análisis el juez determina que los hechos denunciados no son constitutivos de delito o que la responsabilidad penal de los eventuales involucrados se ha extinguido por cualquier razón legal, entonces debe declarar inadmisibile la respectiva querella, evitando así el inicio de una investigación que, en ningún caso, podría conducir a la imposición de una pena.

Pues bien, uno de los casos paradigmáticos de extinción de la responsabilidad penal corresponde a la prescripción de la acción penal. Sobre el fundamento y justificación de esta institución se ha escrito mucho. Pero, a grandes rasgos, existe acuerdo en que se trata de un mecanismo que busca resguardar la paz social. En efecto, el conflicto social que genera cualquier delito debe recomponerse en algún momento, ya sea porque el individuo responsable ha cumplido el castigo correspondiente, ya porque ha dejado de existir, ya porque ha transcurrido mucho tiempo desde la ocurrencia del hecho.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha indicado que la prescripción “representa una institución cuya presencia obedece a consideraciones político-criminales determinadas por la necesidad de consolidar y poner término a los conflictos, siendo su presupuesto el transcurso del tiempo, de modo que ocurrido esto último y cumpliéndose los demás requisitos legales, cesa el derecho del Estado a demandar el castigo por la responsabilidad criminal que dicha comisión origina” (SCS Rol 4490-2012, c. 3°).

Es cierto que en el último tiempo ha existido una tendencia legislativa que busca limitar el alcance de la prescripción para ciertos delitos. Así primero con los delitos de lesa humanidad y recientemente con los delitos sexuales. Sin embargo, más allá de si uno está en contra o a favor de esta institución, lo cierto es que ella

constituye una institución actualmente vigente para la mayor parte de los delitos previstos en la legislación nacional, incluidos aquellos que el Ministerio Público ha considerado preliminarmente podrían llegar a aplicarse en el caso del Presidente.

Así, en tanto se trata de una norma legal vigente, es una obligación de todos los órganos del Estado, y, en especial, de aquellos vinculados al sistema de justicia penal, dar aplicación a ella.

A mi entender, este es otro gran escollo del que tendría que haberse hecho cargo el Ministerio Público antes de abrir una nueva investigación, pues se trata de hechos que, según los antecedentes públicos que se conocen hasta ahora, habrían tenido lugar entre fines del año 2010 y fines del año 2011.

Los delitos de cohecho y soborno no requieren que el pago se materialice sino que basta el mero ofrecimiento/solicitud/aceptación. Sin embargo, la materialización del pago puede ser en todo caso tomada como el “último” acto ejecutivo. Por lo tanto, en el peor de los casos, el plazo de prescripción de tales hechos comenzaría a contarse desde diciembre de 2011.

A la fecha en que habrían ocurrido los hechos, el delito de cohecho agravado era sancionado con presidio menor en su grado medio (es decir, de 541 días a 3 años), multa del 100% al 200% de lo solicitado o aceptado, e inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales, en cualquier de sus grados.

Por su parte, el delito de soborno era sancionado con las mismas penas, salvo cuando el sujeto consentía en dar un beneficio económico al funcionario

público, pues en tal caso la pena privativa de libertad era de 61 días a 540 de presidio menor en su grado mínimo.

Es decir, en ambos casos, se trataban de simples delitos. Por lo que, con arreglo al artículo 97 del Código Penal, la acción penal para perseguir tales delitos habría prescrito irremediabilmente en diciembre del año 2016.

Es cierto que la ley contempla mecanismos que hacen que el plazo de prescripción se suspenda o interrumpa. Paradigmáticamente, el plazo de prescripción se suspende o detiene cuando la persona es investigada penalmente, pero si tal investigación concluye sin condena, el plazo de prescripción se reanuda como si nunca se hubiera suspendido.

Por ello es que, en ningún caso, la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público el año 2016 podría suspender la prescripción de hechos ocurridos en 2011.

Si los hechos no fueron materia de esa investigación –como sostiene ahora el Ministerio Público–, entonces el procedimiento nunca se dirigió en contra del Presidente por esos hechos y, por lo mismo, la prescripción de la acción penal por ellos nunca se habría suspendido.

Ahora bien, si se estima que los referidos hechos sí fueron investigados el año 2016 –como han afirmado públicamente los abogados del Presidente–, sí se habría suspendido la prescripción de la acción penal, pero esta se habría reanudado una vez que el tribunal decretó el año 2017 el sobreseimiento total y definitivo de la referida causa. En este último caso además, una segunda investigación estaría

prohibida por el artículo 1° del Código Procesal Penal, ya que tales hechos ya habrían sido juzgados y se beneficiarían del efecto de cosa juzgada que produjo la resolución de sobreseimiento definitivo dictada en el denominado caso “Exalmar” y su arista Dominga.

Mas allá de si el Ministerio Público actuó correctamente en 2017 o lo hace ahora, lo relevante en éste caso son las RESOLUCIONES JUDICIALES

Ellas NO permiten en un Estado de Derecho que una autoridad imponga un castigo (privación del cargo, inhabilitación absoluta para cargos públicos de 5 años) contradiciendo lo fallado con autoridad de Cosa Juzgada.

Ergo penalmente en mi opinión éstos hechos según ha sido establecido por nuestros Tribunales de Justicia, no son constitutivos de delito ni pueden ser investigados nuevamente.

Es todo cuando puedo señalar, y agradezco nuevamente la invitación a participar en esta instancia.