



000322
Cientos Veintidos

Santiago, veintitrés de mayo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

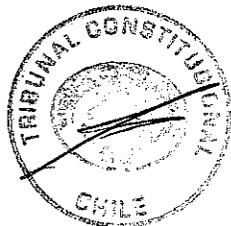
Con fecha 18 de mayo de 2018, Eduardo Avello Concha, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 441 y 445, en relación a los artículos 440 a), 405 y 430, todos del Código Orgánico de Tribunales, y artículo 193 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 1510012131-7, RIT N° 3506-2015, seguido ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 2750-2018.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

"Código Orgánico de Tribunales

(...)



Artículo 405. *Las escrituras públicas deberán otorgarse ante notario y podrán ser extendidas manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que leyes especiales autoricen. Deberán indicar el lugar y fecha de su otorgamiento; la individualización del notario autorizante y el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad, salvo en el caso de extranjeros y chilenos radicados en el extranjero, quienes podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país.*

Además, el notario al autorizar la escritura indicará el número de anotación que tenga en el repertorio, la que se hará el día en que sea firmada por el primero de los otorgantes.

El reglamento fijará la forma y demás características que deben tener los originales de escritura pública y sus copias.

Artículo 430. *Todo notario llevará un libro repertorio de escrituras públicas y de documentos protocolizados en el que se dará un número a cada uno de estos instrumentos por riguroso orden de presentación.*

Cuando se tratare de escrituras, se dejará constancia en este libro de la fecha en que se efectúa la anotación; de las partes que la otorgan, a menos que sean más de dos, pues en este caso se indicarán los nombres de los dos primeros comparecientes, seguidos de la expresión "y otros", del nombre del abogado o abogados si la hubieren redactado y de la denominación del acto o contrato.

Tratándose de documentos protocolizados, se dejará constancia de la fecha en que se presenten, de las indicaciones necesarias para individualizarlos, del número de páginas de que consten y de la identidad de la persona que pida su protocolización.



Sin embargo si la protocolización se indicare en una escritura pública, bastará la anotación ordenada en el inciso segundo.

El libro repertorio se cerrará diariamente, indicándose el número de la última anotación, la fecha y firma del notario. Si no se hubiere efectuado anotaciones, se expresará esta circunstancia.

La falta de las anotaciones señaladas en el inciso segundo, no afectará la validez de una escritura pública otorgada, sin perjuicio de la responsabilidad del notario.

Artículo 440. *El notario que faltare a sus obligaciones podrá ser sancionado disciplinariamente con amonestación, censura o suspensión, según sea la gravedad del hecho.*

Sin embargo, podrá aplicarse la sanción de exoneración del cargo al notario que fuere reincidente en el período de dos años en los hechos siguientes:

a) Si se insertare en el protocolo escrituras o instrumentos sin haberse dado fiel cumplimiento a las exigencias de los artículos 405 y 430;

(...)

Artículo 441. *Si en alguno de los hechos descritos en las letras a), b), c) y e) del artículo 440 mediare malicia del notario, éste será castigado con la pena que señala el artículo 193 del Código Penal.*

Artículo 445. *Toda sanción penal impuesta a un notario en virtud de este párrafo, lleva consigo la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad al Código Penal.*

"Código Penal

(...)

Artículo 193. *Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:*

- 1. Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.*
- 2. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.*
- 3. Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.*
- 4. Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.*
- 5. Alterando las fechas verdaderas.*
- 6. Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.*
- 7. Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.*
- 8. Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial."*



000323
Trescientos Veintitrés

Síntesis de la gestión pendiente

Refiere el actor que cuenta con una larga trayectoria como notario público. Todas sus obligaciones se encuentran reguladas en el Código Orgánico de Tribunales y leyes pertinentes, estando sujeto al control disciplinario y eventuales sanciones por la Corte de Apelaciones respectiva.

La gestión pendiente se enmarca en actividades propias del ejercicio de su cargo y, en particular, con el otorgamiento de una escritura pública. Estos hechos, comenta, han significado una sanción tanto administrativa como penal en su contra, con base en los preceptos cuestionados.

La acción penal nace por una querrela deducida en su contra en mayo de 2015 por el delito previsto en el artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales, así como en contra de un hermano de las presuntas víctimas por uso malicioso de instrumento público falso previsto en el artículo 196 del Código Penal y presentación de prueba falsa en juicio de que trata el artículo 207, acción luego ampliada a otro de los hermanos.

Refiere que, en síntesis, los hechos materia de la querrela señalarían que se habría obtenido de forma subrepticia y engañosa una escritura pública de revocación de un mandato general otorgado en 2010 por la madre de los querellantes, por la cual ella recovaba el poder otorgado a una sus hijas, dejando sólo subsistente el mandato a favor del coimputado.

Expone que en el libelo se sostuvo que el engaño estaba dado porque la mandante no pudo haber otorgado tal escritura, ya que no se encontraba en condiciones de salud para "comprender la trascendencia de un acto como el otorgado".

En razón de la querrela fue iniciada una investigación penal por el Ministerio Público por delito de falsificación de instrumento público. Luego de narrar latamente el desarrollo de la indagatoria, expone a fojas 13 que ésta permitió sólo vislumbrar un conflicto familiar entre hermanos, de común ocurrencia ante el otorgamiento de poderes para la administración de bienes. En caso alguno ello pudo generar de su parte responsabilidad penal.

Luego de ser formalizado y mutando el procedimiento, fue requerido en procedimiento simplificado por los delitos de falsificación de documento público (193 N° 4 del Código Penal) e inserción maliciosa en protocolo de escritura pública no otorgada ante notario. Ambos en grado de desarrollo consumado en régimen de concurso ideal.

Acordada la suspensión condicional del procedimiento, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo en alzada un recurso de apelación interpuesto por la parte querellante, revocó dicha salida alternativa y dispuso la realización efectiva del juicio oral simplificado.



Luego de su celebración, expone que el 8º Juzgado de Garantía de Santiago dictó veredicto absolutorio a su respecto en octubre de 2017. A esta decisión, tanto el Ministerio Público como la parte querellante recurrieron de nulidad, arbitrio acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, disponiéndose la realización de un nuevo juicio oral.

En éste, realizado en abril de 2018, fue absuelto de la imputación por el delito previsto en el artículo 193 N° 4 del Código Penal y condenado por el artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales.

Luego de la lectura de sentencia, su parte recurrió de nulidad para ante la Corte de Apelaciones de esta ciudad, instancia suspendida.

Comenta que existe un escaso desarrollo doctrinal en torno a la responsabilidad penal de los notarios. El notario es un ministro de fe pública, un auxiliar de la administración de justicia. El notario no guarda en su archivo todos los instrumentos que ante ellos se otorgan, sino que sólo los que ostentan la calidad de escritura pública y los que se protocolizan.

Acto seguido, analiza la forma de extenderse las escrituras públicas, comenzando por su concepto, firma, registro en repertorio y protocolización. Comenta que la escasa doctrina nacional, más bien, ha estudiado su responsabilidad civil y, en particular, la responsabilidad por el hecho del dependiente, la que operaría bajo ciertas hipótesis, mas, una conclusión en dicho sentido no es viable en sede penal.

Sostener lo contrario, implica contradecir gravemente el principio de que la responsabilidad penal es siempre personal, proscribiéndose la responsabilidad objetiva en la Constitución.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Refiere en su presentación diversos capítulos para alegar la vulneración a la Constitución.

1. *Infracción al principio de legalidad penal, taxatividad y mandato de determinación.* Refiere que la figura penal que contemplan los preceptos invocados, aplicada al caso concreto, no cumpliría con los requisitos y exigencias para ser considerado un delito porque no determina con exactitud cuáles serían las conductas sancionables penalmente o prohibidas para el destinatario de la norma en este caso el Notario.

Las exigencias de cumplir fielmente con las extensas y difusas obligaciones contempladas para los Notarios en los artículos 405 y 430 del Código Orgánico de Tribunales y la vaguedad de su descripción para configurarlas como normas prohibitivas y asignarle –por su incumplimiento [omisión]- una pena punitiva y accesoria como la inhabilitación perpetua para el ejercicio del cargo, no satisface el



000324
Trecientos Veinticuatro

mandato de determinación y certeza jurídica que la Constitución impone al legislador en el artículo 19 N° 3.

El déficit en cuanto a técnica legislativa empleada habilitan en este caso una imputación penal con absoluta arbitrariedad para el órgano judicial o persecutor penal. La norma prohibitiva del artículo 441 en relación a las otras normas invocadas en el caso de ser aplicada al caso particular, no es clara para su destinatario dada su grado de vaguedad y falta de taxatividad en la descripción de la conducta punible.

2. *Infracción a la garantía del debido proceso penal: vulneración del principio ne bis in idem.* Señala que la aplicación de las normas invocadas en la gestión pendiente que provocan una evidente contradicción con un proceso previo legalmente tramitado, racional y justo, y una doble incriminación por los mismos hechos en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado (*ius puniendi*), conflicto constitucional que no es posible subsanarlo en el caso de nuestro representado por la vía de la interpretación judicial, sino únicamente con una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos al caso concreto.

Con la aplicación de las normas penales incuestionadas se verificaría una doble persecución procesal en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, tanto en su versión sancionatoria administrativa como penal.

En el caso concreto de los hechos imputados en la gestión judicial penal pendiente, se configura la triple identidad de sujeto (personal), objeto y fundamento que dicho principio de las constituciones moderna proscribiera.

3. *Vulneración al principio de culpabilidad penal: nulla poena sine culpa,* presunción de derecho de la responsabilidad penal. Comenta que se está presumiendo -con la posibilidad de aplicar las normas penales invocadas de forma definitiva en la gestión pendiente- su responsabilidad penal, instrumentalizando su condición y dignidad para fines penales arbitrarios.

En efecto, la responsabilidad penal por el hecho de otro está proscribida en el Derecho penal, ya que el juicio de reprochabilidad se dirige contra el acto individual doloso en el caso de imputación de un delito como el establecido en las normas invocadas.

Podría establecerse un tipo de responsabilidad extracontractual de carácter civil por el hecho de un dependiente -en este caso del funcionario de la notaría- y se respondería eventualmente en caso de establecerse un daño y una víctima directa, situación que no fue determinada en el juicio penal de la gestión pendiente.

En tal sentido, imputarle responsabilidad penal por el supuesto fáctico de la gestión pendiente, significaría presumir de derecho su responsabilidad penal -con malicia- en un hecho ejecutado por un tercero que habría autorizado el Notario en razón de la confianza depositada y en el desempeño de las funciones notariales y por lo tanto suponer un estatuto de responsabilidad penal objetiva proscribida por las normas constitucionales ya referidas.



4. *Infracción al principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas.* Expone que las normas materia de la imputación no son vía idónea para sancionar actos carentes de dolo. En el caso de la exigencia de necesidad, existe una medida menos gravosa para los derechos fundamentales que la criminalización de una conducta por medio de la aplicación de los preceptos legales invocados, como fue la medida disciplinaria adoptada por la Corte.

A su vez la pena impuesta en la sentencia de mayo de 2018 por aplicación inconstitucional de los preceptos legales invocados, produce una exageración punitiva que nos resulta proporcional con la gravedad del supuesto de hecho de la gestión judicial pendiente y en este caso concreto significa una privación significativa y afectación a los derechos de nuestro representado, reparable únicamente por la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos que se invocan.

Por estas consideraciones solicita sea acogida la acción deducida a fojas 1 de estos autos.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 16 de mayo de 2018, a fojas 62. Posteriormente, fue declarado admisible el día 21 de septiembre del mismo año, resolución rolante a fojas 210.

A fojas 128, con fecha 31 de mayo de 2018, se hace parte la querellante en la gestión pendiente.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuadas las presentaciones que a continuación se indican.

Observaciones del Ministerio Público

A fojas 194 solicita el rechazo del requerimiento.

Señala dos cuestiones previas:

Primero, que la gestión pendiente invocada por el requirente consiste en la resolución de un recurso de nulidad apoyado en las causales del artículo 374 letra e) y f) del Código Procesal Penal, por las que se denuncian supuestos defectos de fundamentación de la sentencia, e infracciones del deber de congruencia entre el requerimiento y la sentencia. Por ello, expone, que ninguna de las cuestiones que ahora se plantean en el requerimiento es objeto de examen en la gestión pendiente, y más precisamente, están excluidos en virtud del art. 360 del código procesal penal que limita la competencia del tribunal que conoce de un recurso, para sólo poder pronunciarse sobre las solicitudes expresamente formuladas por los recurrentes y,



000325,
Ciento veinticinco

Segundo, añade que según lo ocurrido en el juicio, como por el contenido del recurso, las normas cuestionadas por inconstitucionalidad no provocaron los supuestos conflictos denunciados. En efecto, mientras el recurso de nulidad da cuenta del tratamiento que se hizo en la sentencia acerca del dolo del requerido en procedimiento simplificado, en el requerimiento de inaplicabilidad se afirma que hay una presunción de derecho de la responsabilidad penal, existiendo un contraste entre juicio – recurso de nulidad- y requerimiento de inaplicabilidad, que deja claro que los capítulos del requerimiento corresponden a críticas puramente teóricas sin una relación con el caso concreto.

En cuanto al fondo, expone que no existen contravenciones constitucionales:

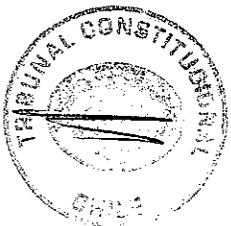
1. *No hay infracción al principio de legalidad*. Refiere que esta magistratura ha resuelto en diversos fallos que resultan constitucionalmente admisibles aquellas leyes cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, así como aquellas que señalen expresamente la norma de remisión, aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo esencial de la conducta. Para el caso en concreto, los preceptos impugnados cumplen tales parámetros enunciados en cuanto las labores de los Notarios se encuentran altamente reguladas siendo la regulación contenida en los artículos 405 y 430 del Código Orgánico de Tribunales precisa y detallada.

Añade que el hecho de que se castiguen en el artículo 441 del COT aquellas faltas o incumplimientos de las exigencias contenidas en los aludidos preceptos, cuando mediare malicia, sólo da cuenta de la utilización de un reenvío a normas de la misma jerarquía incluidas en el mismo cuerpo de normas, cuestión que no plantea problemas de constitucionalidad.

2. *No hay infracción al debido proceso*. Nuevamente refiere que la deficiencia alegada en torno a la existencia de una doble sanción no tiene expresión en el recurso de nulidad que constituye la gestión pendiente, por lo que tal cuestión resulta puramente abstracta.

No obstante, añade que la cuestión que concretamente se plantea, relacionada con la existencia de una sanción administrativa previa, es un aspecto cuya resolución debe resolver el Juez del fondo, no conteniendo por lo demás el requerimiento de una mínima explicación acerca de cómo los preceptos cuestionados inciden sobre algún parámetro o garantía integrante del debido proceso.

3. *No se infringe el principio de culpabilidad*. Sostiene en tal punto que la alegación del requirente se funda en que supuestamente se le habría condenado por las conductas desplegadas por un tercero, tratándose de una presunta responsabilidad objetiva. No obstante, tal presupuesto de hecho no ha sido establecido de ninguna forma en el contexto del proceso penal. En cualquier caso, señala que no existe responsabilidad objetiva, desde que el precepto penal del art.





441 del COT exige malicia del notario - cuestión considerada como acreditada por el juez de instancia -, por lo que malamente los preceptos atacados contemplan una presunción de culpabilidad.

4. *No se infringe el principio de proporcionalidad.* Refiere que no es efectivo que se esté en presencia de un caso en que exista sanción por “actos carentes de dolo”, en cuanto el requirente fue acusado por un ilícito doloso y condenado por un ilícito doloso, añadiendo, por último que en, cuanto a la existencia de posibles medios menos lesivos para alcanzar los objetivos propuestos por el legislador, el actor incurre más bien en una crítica legislativa en relación al uso del procedimiento administrativo o penal para solución de un conflicto, excediendo el marco de lo discutido en una acción de inaplicabilidad.

Por lo expuesto solicita el rechazo de la acción de fojas 1.

Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 9 de enero de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos por la parte requirente, del abogado don Cristián de Feudis Wilson; por la parte querrelante en la gestión pendiente, del abogado don Ignacio Schwerter Eckholt; y por el Ministerio Público, del abogado don Pablo Campos Muñoz.

En Sesión de Pleno de igual fecha fue adoptado acuerdo de rigor, conforme certificó el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO,

I. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL QUE DEBE RESOLVER ESTA MAGISTRATURA

PRIMERO: Que, don Eduardo Avello Concha, ha comparecido ante esta Magistratura Constitucional solicitando se declaren inaplicables los artículos 441 y 445 en relación a los artículos 440 a), 405 y 430, todos del Código Orgánico de Tribunales y también el artículo 193 del Código Penal, por estimar que la aplicación de dichas normas en la causa RIT N°3506-2015 y RUC N° 1510012131-7 seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, actualmente tramitada ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 2750-2018, resultaría contraria a la Constitución;

SEGUNDO: Que las normas impugnadas del Código Orgánico de Tribunales expresan:

“Art. 441. Si en alguno de los hechos descritos en las letras a), b), c) y e) del artículo 440 mediare malicia del notario, éste será castigado con la pena que señala el artículo 193 del Código Penal”.



000326
Trecientos veintiseis

"Art. 445. Toda sanción penal impuesta a un notario en virtud de este párrafo, lleva consigo la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad al Código Penal".

Por su parte, la norma impugnada del Código Penal es del siguiente tenor:

"Art. 193. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:

- 1.º Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.
- 2.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.
- 3.º Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
- 4.º Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.
- 5.º Alterando las fechas verdaderas.
- 6.º Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.
- 7.º Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.
- 8.º Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial".

A su vez, debe tenerse presente que el artículo 440 establece las sanciones de que puede ser objeto el notario que falte a sus obligaciones, y en su letra a) indica que se podrá aplicar la sanción de exoneración del cargo al notario que fuese reincidente en el período de dos años de: "Si se insertare en el protocolo escrituras o instrumentos sin haberse dado fiel cumplimiento a las exigencias de los artículos 405 y 430", estos últimos artículos se refieren al contenido formal de las escrituras públicas y al libro de repertorio de escrituras públicas, respectivamente;

TERCERO: Que, en el libelo que contiene la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se denuncian varias infracciones a disposiciones constitucionales que se verificarían en el proceso reseñado. Al respecto se expresa que la primera vulneración sería a los incisos octavo y noveno, del numeral tercero del Artículo 19 constitucional, dado que las disposiciones legales censuradas infringirían el principio de legalidad penal, el de taxatividad y mandato de determinación.

También existiría, a juicio del requirente, una trasgresión a la garantía del debido proceso penal consagrado en los incisos quinto y sexto, del numeral tercero del Artículo 19 de la Constitución en cuanto las normas legales objetadas vulneran el ne bis in ídem. Agrega que, además concurriría en la especie una infracción al principio de culpabilidad penal en cuanto el inciso séptimo, del numeral tercero del Artículo 19 de la Carta Fundamental prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. Finalmente, señala que concurriría una vulneración al principio de proporcionalidad considerando que los artículos del Código Orgánico de Tribunales





impugnados y el artículo 193 del Código Penal no contienen la idoneidad requerida para castigar acciones carentes de malicia o dolo;

II ALCANCE DEL DERECHO NOTARIAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

CUARTO: Que, previo a resolver el conflicto de constitucionalidad denunciado en estos autos, se hace necesario referirse al derecho notarial y a la naturaleza jurídica de la función de Notario, atendido que la gestión pendiente dice directa relación con dicha actividad;

QUINTO: Que, la función de Notario se ejerce dentro de un marco de principios y reglas que en su conjunto forman el régimen jurídico de esta actividad, que ha originado lo que se denomina el "Derecho Notarial" y que la doctrina clásica define como "aquella rama científica del Derecho Público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del Poder Público" (Mengual y Mengual José María (1931) "Elementos del Derecho Notarial", , Ed. Bosch, vol. I-II, Barcelona, p. 16). En este sentido, alguna doctrina afirma que el derecho notarial no es otra cosa que la conducta del notario como notario en cuanto autor de la formalidad pública notarial;

SEXTO: Que, el contenido de este derecho no es pacífico en cuanto existen criterios diversos, los que sólo enunciaremos. Así encontramos la doctrina instrumentalista, que centra la actividad notarial en la elaboración del instrumento notarial; la funcionalista, en cuanto sitúa a la función notarial como una obligación de resultado; los enciclopedistas que advierten que tal actividad tiene normas de organización y otras referidas a las reglas sobre la expedición de los documentos notariales y está también la doctrina subjetivista, que refiere que el Notario tiene en su función relaciones con el Estado, en cuanto determina las condiciones de ese funcionamiento, y el interés de la sociedad por contar con un funcionario que dé fe de ciertas actuaciones que sus integrantes le requieran acreditar con su sello y firma;

SÉPTIMO: Que, el sistema notarial chileno recoge en parte todas las teorías esbozadas precedentemente y que da lugar a que las normas jurídicas que regulan la función notarial y por ende el derecho notarial tienen como propósito regular la conducta del Notario como tal, esto es, como un ministro de fe cuyo atestado puesto en un instrumento otorga certeza de haberse otorgado y de la fecha del mismo (artículo 1700 Código Civil);

OCTAVO: Que, el Párrafo 7 del Título XI del Código Orgánico de Tribunales denominado "Los Notarios" contiene las reglas sobre esta función, párrafo inserto dentro del título "Los Auxiliares de la Administración de Justicia". Para el objeto del posterior análisis de constitucionalidad de las normas jurídicas impugnadas y su efecto en el caso concreto, se hace menester resaltar dos conceptos legales. En



000327
Cientos veintisiete

primer lugar está el artículo 399 del citado Código que es del siguiente tenor "Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende."

Por su parte, el artículo 403 del mismo cuerpo legal expresa "Escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público". Similar definición de escritura pública establece el artículo 1699 del Código Civil;

NOVENO: Que, conforme a lo anterior quien desempeña la función de notario es un ministro de la fe pública, esto es, con potestad fedante en cuanto acredita que el documento de que trate consta su autenticidad y pureza, respecto a los hechos allí establecidos y la persona que comparece en él con su firma y sello de manera que le da seguridad y fijeza a dicho documento;

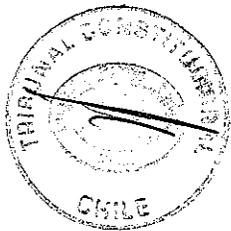
DÉCIMO: Que, tratándose de escrituras públicas, el instrumento para que tenga tal calidad, además de ser otorgado por el Notario Público, debe haberse incorporado en el registro público o protocolo, que lleva el Notario, donde consta la firma del o los otorgantes, los testigos instrumentales, en su caso, y la del Notario que la autoriza. Así la esencia de la función notarial y el carácter auténtico de un documento, incorporado en el registro público constituyen un haz inseparable e interconectado;

DÉCIMO PRIMERO: Que, la investidura de Notario Público exige de quien la ostenta un cuidado máximo en el ejercicio del cargo, "de esta magna calidad, emana la importancia de FE DATARIOS que alcanza a todas sus actuaciones y que las eleva de categoría-por así decirlo- tanto en lo solemne, como en el respeto-erga omnes-;respeto en el sentido de darles crédito, seriedad, permanencia, seguridad y veracidad a los negocios jurídicos realizados ante notario, haciendo notoria la presunción de plena fe que adquieren en materia probatoria"(Norman Cruz (1984) "Curso de Derecho Notarial", UCN ex UN,p.185-186);

III EL CASO CONCRETO Y LAS DISPOSICIONES LEGALES OBJETADAS

DÉCIMO SEGUNDO: Que, según se expresa en el considerando primero de la sentencia de fecha 2 de mayo de 2018, dictada por la Juez Titular del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, doña Irene Rodríguez Chávez, agregada a fojas 69 de estos autos constitucionales, los hechos en que se funda el requerimiento del Ministerio Público en contra del Notario Público, Eduardo Avello Concha son los siguientes:

"El día 17 de marzo de 2015 el Notario Público de la 27 Notaría de Santiago ubicada en Orrego Luco N°0153 Providencia, don Eduardo Avello Concha encargó al funcionario de su dependencia José Felipe Sandoval Raipan concurrir al domicilio de





la víctima doña María Isabel Williamson Dávila de 93 años a la fecha de los hechos, ubicado en Eliodoro Yañez n°2050 Departamento 82 Providencia para obtener la firma por parte de la Sra. Williamson de la escritura pública repertorio N°7101-2015 denominada "revocación de mandato general. María Isabel Sofía del Rosario Williamson Davila a María Verónica Eckholt Williamson", documento que ya llevaba impresa como fecha de otorgamiento "dieciocho de marzo de 2015".

El otorgamiento de la referida escritura pública había sido encomendado en días previos por uno de los hijos de la Sra. Williamson don Arturo Eckholt Williamson, quien para esos efectos se había apersonado en la 27 Notaría de Santiago.

El funcionario José Felipe Sandoval Raipan siguiendo las instrucciones impartidas por el Notario Sr. Avello Concha, concurrió al inmueble señalado, y una vez ahí fue informado por Arturo Eckholt sobre que la Sra. Williamson había salido a dar un paseo. Acto seguido Arturo Eckholt acompañó al funcionario Sandoval Raipan hasta una plaza próxima al domicilio llamada "Pedro de Valdivia" ubicada en Avenida Pedro de Valdivia frente al N°963, Providencia lugar donde se encontraba la Sra. Williamson junto a su cuidadora doña Mirta Parra quien empujaba su silla de ruedas, y en dicho lugar sin que la otorgante tomara conocimiento del contenido y alcance del documento que se le estaba presentando, a petición del Sr. Sandoval estampó en él su huella digital y su firma, acción que ejecutó ante el funcionario de la notaría José Felipe Sandoval Raipan sin la presencia del Requerido don Eduardo Avello Concha.

Al día siguiente, 18 de marzo de 2015 esta escritura, ya firmada el día anterior por la Sra. Williamson, fue firmada por el Notario don Eduardo Avello Concha, dando fe de esta manera en su calidad de Ministro de Fe que la escritura había sido firmada el 18 de marzo de 2015 en su presencia por la Sra. Williamson en circunstancias que la firma del documento había tenido lugar el día anterior en presencia de José Felipe Sandoval Raipan y sin la presencia del Notario, quien además la insertó en su protocolo de escrituras públicas con el n° de repertorio 7101-2015, circunstancias todas conocidas por el requerido.";

DÉCIMO TERCERO: Que, las normas jurídicas impugnadas, establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, esto es, los artículos 441 y 445 consagran un tipo punitivo cuyas penas, en un caso se remite al artículo 193 del Código Penal, disposición también censurada constitucionalmente, y en la otra impone la inhabilitación especial perpetua del cargo de Notario para el caso en que dicho funcionario haya sido castigado criminalmente;

Artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 193 del Código Penal

DÉCIMO CUARTO: Que, tanto el tipo penal del artículo 441 del citado cuerpo legal como, asimismo, la sanción que lleva consigo el actuar doloso del



000328

trecientos veintiocho

Notario Público responden a la necesidad de castigar severamente a quienes son depositarios de la fe pública. Tal como se manifiesta ut supra, la función notarial es tan delicada y exigente que requiere de quien la desempeña una esmerada diligencia, debiendo ejercer el cargo como un profesional juicioso y fiel cumplidor de las obligaciones que le impone el estatuto notarial, evitando incurrir en algunas de las conductas reseñadas especialmente en el artículo 440 del Código Orgánico de Tribunales;

DÉCIMO QUINTO: Que, particular cuidado y atención debe prestar el Notario Público a todo aquello que pueda afectar el cabal y legal otorgamiento de una escritura pública cuando exista algún indicio de conflictos entre personas ligadas por vínculos de parentesco, como fue el caso concreto de autos, donde a petición de un integrante de una familia determinada se requiere una escritura pública de revocación de mandato, diligencia en que el Notario requirente no actúa en los términos de exigencia señalados anteriormente;

DÉCIMO SEXTO: Que, el legislador al consagrar el tipo del artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales tuvo que considerar, para efectos de la pena, la hipótesis del artículo 193 del Código Penal, delito cuyo bien jurídico protegido es la fe pública, por ser coincidente con el delito especial con sujeto activo calificado en cuanto, precisamente, ambos sancionan el falseamiento de la verdad al decir de Garrido Montt en su conocida obra sobre Derecho Penal;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, finalmente, y antes de entrar al control de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas referidas al caso concreto, cabe consignar alguna consideración de la teoría de los actos propios en relación con la situación específica que afecta al Notario Público requirente.

El estatuto legal a que están sujetos los notarios sanciona, entre otras conductas, aquellas establecidas en el artículo 440 del Código Orgánico de Tribunales, consagrando en el inciso primera una genérica al expresar "El notario que faltare a sus obligaciones" y en el inciso siguiente describe proceder negligentes, estableciendo prohibiciones que constituyen verdaderos imperativos jurídicos negativos de tal forma que disponen la obligación de inactuar de una manera específica. Así, cuando la letra d) del artículo citado impone la obligación de no perder un protocolo por su culpa o negligencia o bien cuando la letra e) de la misma norma legal, expresa que lo sancionará si no otorgare "certificados o testimonios de los actos celebrados ante ellos o protocolizados en sus registros" (Art.401 N°8 COT), ambas disposiciones consagran deberes de comportamiento negativo, y "La infracción de la norma que impone un deber de tipo negativo constituye un acto de incumplimiento, como tal antijurídico y generador de una responsabilidad. La infracción de la norma que impone una limitación a un derecho subjetivo constituye una 'extralimitación' La extralimitación es también antijurídica y genera responsabilidad, pero da lugar, además a la inatendibilidad o a la ineficacia de lo realizado." (Díez-Picazo, Luis (2014) La Doctrina de los Actos Propios. Ed. Thomson Reuters, p.251);



DÉCIMO OCTAVO: Que, conforme a lo expresado precedentemente, concordando la prohibición como deber y lo obrado por el requirente en su calidad de notario, en el caso específico de ha originado su responsabilidad ministerial y penal concurre una omisión, un dejar de hacer que configura, de acuerdo a la teoría de los actos propios, el incumplimiento de un deber jurídico, lo que origina las sanciones correspondientes y la respectiva responsabilidad de no actuar como el derecho le exigía. En este caso concreto, el Notario debió concurrir al lugar donde se encontraba la persona que revocaba el mandato, tomándole personal y directamente la firma. Pero también incumplió el inciso segundo del artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales que dispone que “el notario al autorizar la escritura indicará el número de anotación que tenga en el repertorio, la que se hará el día en que sea firmada por el primero de los otorgantes”, puesto que la escritura pública la firmó la compareciente el día 17 de marzo de 2015, registrándose el día siguiente, es decir el 18 de marzo de 2015, aduciendo el requirente que ello se debió a fuerza mayor. Al respecto, esta Magistratura no le empece pronunciarse acerca de ello, dado que hacerlo es de competencia del juez de la instancia;

DÉCIMO NOVENO: Que, la referencia, en la acción de inaplicabilidad deducida, al artículo 440 a) debe entenderse como reproche constitucional por ser una de las conductas que configura el delito del artículo 441 del mismo Código, siempre que ella se ejecute con dolo o malicia, como expresa la norma. Y respecto a la impugnación de los artículos 405 y 430 del citado cuerpo legal por constituir obligaciones que se le imponen al notario atendido la relevancia de sus funciones;

VIGÉSIMO: Que, el artículo 193 del Código Penal castiga al empleado público que, abusando de su oficio, falsifique documentos públicos o auténticos con la pena de presidio menor en su grado en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de tres años y un día a diez años de presidio.

El tipo penal del artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales establece que las penas señaladas en el ilícito penal antes referido serán las que se aplicaran al notario en el caso de incurrir en las conductas que en la hipótesis criminal se indican, y por lo tanto la censura al artículo 193 del citado Código debe entenderse sólo a la pena que el delito lleva consigo y no en relación con las conductas descritas en él;

Artículo 445 del Código Orgánico de Tribunales

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, otra de las disposiciones impugnadas, esto es, el artículo 445 del mencionado código establece una pena de carácter copulativo al señalar que al ser sancionado penalmente un notario por algunas de las infracciones reseñadas en el párrafo denominado “Los Notarios” se le impone también la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo. Respecto de esta sanción cabe señalar que la expresión “lleva consigo” que utiliza la norma legal hace que la pena sea copulativa y no accesoria, como lo dice el propio precepto, atendido



000329
Cien veintinueve

que agrega al final "sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad al Código Penal";

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, resulta particularmente prudente impedir el ejercicio de su cargo al notario que ha sido condenado criminalmente por acciones desplegadas en el desempeño de sus funciones propias, de aquellas señaladas en el párrafo 7 del Título XI del COT considerando que es un ministro de la fe pública que cumple una función de tal entidad consistente en "dar fe pública respecto del otorgamiento de actos y sus intervinientes, de circunstancias relacionadas con actuaciones ejecutadas por los interesados o terceros, o bien de hechos en los que intervienen a solicitud de parte" (Bosso, Gian Franco (2018) "Reforma a la Institucionalidad notarial: hacia una nueva configuración jurídica de los establecimientos notariales", Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes) N°30, P.29);

VIGÉSIMO TERCERO: Que, esta disposición legal está constitucionalmente estrechamente vinculada al principio de probidad consagrado en el artículo 8° constitucional en cuanto, el desempeño en el cargo de notario requiere de una actuación honrada, con máximo celo y fiel cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo. De tal manera que, una persona que desempeñe el cargo de notario ciertamente no puede tener sanciones penales, por lo que el legislador actuó acorde al principio reseñado;



IV CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES LEGALES IMPUGNADAS

Infracción al Principio de Legalidad e indeterminación de la conducta en el ilícito penal

VIGÉSIMO CUARTO: Que, argumentando la petición de inaplicabilidad de los artículos 441 y 445, ambos del Código Orgánico de Tribunales, el requirente expresa que ellos adolecerían de una vaguedad en su descripción que harían a tales normas jurídicas una forma imprecisa para tenerlas como disposiciones prohibitivas. Agregando, respecto de los artículos 440 letra a), 405 y 430 del Código Orgánico de Tribunales, que ellas contienen un amplio abanico de obligaciones que, en la práctica, hacen imposible su cumplimiento por una sola persona. Es decir, un notario, a juicio del requirente, no está en situación de realizar todos los actos que el estatuto legal dispone. Asimismo indica que el tipo penal que impugna contiene un déficit normativo, infringiendo el principio de legalidad y máxima taxatividad que establece el numeral tercero del artículo 19 constitucional;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, lo que la Constitución exige en relación con el tipo penal, es que este contenga una descripción suficiente del hecho punible en términos que sea inteligible en la esfera del profano, por lo cual debe estar redactado en un lenguaje sencillo y claro, de manera que toda persona lo entienda. En cuanto a la taxatividad, tal principio requiere que el legislador estructure la



norma criminal en forma determinada y nítida. Como expresa la propia Carta Fundamental "que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella";

VIGÉSIMO SEXTO: Que, es del caso reiterar lo expresado por esta Magistratura en cuanto al principio de legalidad en orden a señalar que dicho principio constitucional "constituye un supuesto básico de legitimidad de la potestad punitiva del Estado, por consiguiente el orden constitucional lo recoge en los incisos octavo y noveno, del numeral tercero del artículo 19 del código político, y respecto del cual esta Magistratura tiene frondosa jurisprudencia (STC Roles N°1352, 1432, 1443, 1872, 2615, entre otras.)" (STC Rol N°4476 c.11);

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en relación con el principio referido, esta Magistratura ha expresado que "la estructura del tipo se subdivide en tipo objetivo y tipo subjetivo: siendo el primero de los citados, en los delitos de actividad, la acción u omisión y los elementos concomitantes a la acción específica del delito. Al analizar el tipo objetivo, no sólo hay que hacer la subsunción de la conducta en la descripción del resultado específico del delito. En cambio, en el delito de resultado, como regla general, la causación del resultado es descriptiva del vocablo de actividad, por ejemplo, matar, maltratar, lesionar, encerrar, sustraer, etcétera.

A su vez, existe el referente subjetivo del tipo penal, consistente en que "el ilícito de un delito doloso se caracteriza por la decisión consciente del autor en favor del acontecer descrito en el tipo objetivo" (Helmut Frister, Derecho Penal. Parte General, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 219). Del mismo modo, puede presentarse la imprudencia como conocibilidad. Sólo se lo emplea para denominar la relación de una persona con un hecho valorado negativamente. El componente valorativo contenido en el concepto de la imprudencia, propio del lenguaje coloquial, ha conducido a que, en los delitos imprudentes "a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos-, no se distinga hasta hoy, de modo suficientemente claro, entre el acontecer objetivo presupuesto para la punibilidad y la relación, necesaria para la imprudencia, del autor con ese acontecer (Helmut Frister, op. cit., p. 250). La opinión dominante ve la esencia de la imprudencia en una "lesión al deber de cuidado", es decir, en una conducta contraria al deber en relación con el bien jurídico protegido (Código Civil Alemán, §276, II, BGB, que dice: "actúa imprudentemente quien no presta el cuidado requerido en el ámbito de relación") (STC Rol N°3052 prevención c.12);

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, acorde con lo anterior el artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales es un tipo penal estructurado en conductas descritas en otras normas legales referidas al comportamiento de un sujeto activo calificado, pues el delito sólo lo puede cometer aquella persona que ostente la calidad de Notario Público, las cuales son descritas con total claridad; más aún cuando ellas van dirigidas a personas letradas, quienes las entienden meridianamente, y que en el caso del requirente, al ejercer el cargo de Notario Público desde el año 1989 se hace palmario su real entender y saber, pues como señala en el libelo que contiene la acción de inaplicabilidad, ha ejercido dicho cargo con rigurosidad y dedicación.



000330
Trecientos treinta

La hipótesis penal impugnada establece como pena aquella asignada al delito de falsificación documental, según se expresa ut supra;

VIGÉSIMO NOVENO: Que, el legislador, usando una apropiada técnica en la dictación del precepto penal distinguió las conductas culposas del notario respecto de las dolosas, incorporando en el artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales la expresión "mediare malicia del notario" manifestando con ello un reforzamiento de la parte subjetiva del tipo ;

TRIGÉSIMO: Que, contrastada la disposición legal impugnada, que contiene un ilícito penal, con el principio constitucional esgrimido como vulnerado, no resulta aquel contrario a la Carta Fundamental en el caso concreto de que tratan estos autos constitucionales, por estar perfectamente establecida la conducta y su sanción;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, desde la perspectiva constitucional no resulta contraria a la Carta Fundamental que el precepto objetado tenga penas copulativas, aunque ellas estén en disposiciones distintas. Al respecto, el sistema penal, en materia de penas contiene varias hipótesis con sanciones copulativas. Así el artículo 148 del Código Penal al criminalizar la detención ilegal o arbitraria impone al empleado público que la comete la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios;

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, el aserto señalado en el considerando anterior encuentra el fundamento constitucional en el artículo 8 del Código Político que consagra el principio de probidad y su estricto cumplimiento en el ejercicio de la función pública que para el caso de Notario Público tiene plena vigencia y aplicación por ser delegatarios de la fe pública y desempeñar, precisamente, una función de esa naturaleza .Por eso, es que resulta ineluctable que el legislador haya considerado que el castigo penal de un notario debe llevarle a la pérdida del cargo, lo que implica que el juez penal llamado a juzgar la imputación criminal que se le haga debe ser extremadamente riguroso en la valoración de la prueba y su convicción acerca de la responsabilidad penal del notario;

Infracción al debido proceso y vulneración del principio *ne bis in idem*

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, otra censura que efectúa el requirente a las normas jurídicas señaladas dicen relación con que su aplicación en el caso concreto infringirían, además, el debido proceso y el principio *ne bis in idem* conculcándose los incisos quinto y sexto del numeral tercero del artículo 19 constitucional, los que disponen "Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecida por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho" y "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos";



TRIGÉSIMO CUARTO: Que, tanto la falta de un debido proceso como la doble incriminación, la parte requirente la fundamenta en que se le ha sancionado por los mismos hechos en sede penal y en sede disciplinaria con responsabilidades diferentes. Así, en el proceso penal se le castiga a título de dolo, en que se habría cometido el ilícito del artículo 441 del COT y, por su parte, el superior jerárquico, esto es, la Corte de Apelaciones de Santiago le impone sanción a título de culpa, configurándose, según, el requirente la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento, con lo cual en la especie se daría una doble persecución procesal;

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, como ha reiterado esta Magistratura en relación con la Institución del debido proceso, la Constitución no precisa lo que debe entenderse por ello. No obstante la exigencia que ella le impone al legislador en cuanto a establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, es la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional la que ha ido delimitando el marco de la referida institución en términos de explicitar los elementos que lo componen. Se estará ante un debido proceso si a la parte o persona interesada puede ejercer acciones o bien, siendo sujeto pasivo de ella, defenderse, se respete la bilateralidad de la audiencia, exista término probatorio que permita presentar las evidencias, ora acrediten los hechos que fundamentan la acción judicial, ora desvirtúan tales hechos inculpativos, que la sentencia razone adecuadamente respecto a los hechos y fundamentos de derecho, y que el procedimiento contemple la posibilidad de impugnar dicha sentencia mediante los recursos pertinentes que posibilite la revisión al tribunal superior del fallo dictado por el inferior;

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, la doctrina y sentencias de tribunales extranjeros advierten que el debido proceso tiene un aspecto formal compuesto por los elementos señalados precedentemente, y otro aspecto material que consiste en que el Estado asegure, a través del proceso respectivo, el cumplimiento de los objetivos para el cual fue consagrado en el ordenamiento jurídico;

En el caso concreto ambos aspectos han sido plenamente cumplidos, puesto que el requirente ha podido oponer todas las excepciones y defensas que ha estimado del caso hacer valer en el proceso, ha podido producir prueba y también ha podido impugnar la sentencia dictada, y desde la perspectiva material el proceso ha sido eficaz en ponderar y ajusticiar debidamente los hechos que lo originaron;

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, el reproche de constitucionalidad que formula el requirente, en cuanto estima que ha carecido de un debido proceso, se centra en la vulneración del principio ne bis in ídem, dado que fue amonestado por la Corte de Apelaciones y juzgado por un tribunal del orden penal por los mismo hechos. Ante tal denuncia esta Magistratura debe examinar si es efectivo que se ha vulnerado dicho principio atendido que es un aspecto básico en el orden penal, pues está constitucionalmente prohibido categóricamente que un mismo hecho sea sancionado dos veces. Aunque la Constitución no consagre expresamente tal principio, el Tribunal Constitucional considera que es un elemento esencial en la



000331
Trescientos treinta y uno

existencia del debido proceso acorde a lo dispuesto en el inciso sexto, del numeral tercero del artículo 19 constitucional;

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, en el caso concreto el requirente fue sancionado disciplinariamente por la Corte de Apelaciones de Santiago en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 537 del Código Orgánico de Tribunales con la medida de amonestación, en el proceso administrativo ingreso Rol N°1653-2015 . Por otra parte, los particulares que se vieron afectados por las acciones del Notario, dedujeron querrela criminal por delitos contra la fe pública, ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, que dio origen al proceso penal que constituye la gestión pendiente;

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, resulta ilustrativo, para efectos de esta sentencia, considerar la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional de España sobre el principio non bis in ídem en que "sólo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (STC159/1987, de 26 de octubre; ATC 1001/1987, de 16 de septiembre), de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores – administrativo y penal- que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho (STC 98/1989, de 1 de junio; AATC 600/1987, de 20 de mayo; 413/1990, de 26 de noviembre).STC 2/2003. Ello encuentra justificación en que "los bienes jurídicos protegidos por cada tipo de sanción son distintos: mientras la sanción penal protege valores comunes al conjunto de la sociedad, la sanción disciplinaria protege el orden interno de ciertas instituciones"(Diez-Picazo Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales, 3ª Ed. Thomson Civitas, 2008, p.475)

CUADRAGÉSIMO: Que, en el caso concreto, mientras el proceso disciplinario dirigido contra el requirente por la Corte de Apelaciones de Santiago se sanciona el obrar descuidado de un ministro de fe pública, conducta ministerial por la cual debe velar dicha Corte: en el caso penal existe un tipo que protege el bien jurídico fe pública, castigándose el falseamiento de la verdad. De tal manera que no existe un doble ajusticiamiento al requirente sino que el hecho censurado tiene relevancia administrativa y también penal, existiendo intereses comprometidos distintos, por lo que no se divisa una vulneración al principio *ne bis in idem*;

Infraacción al principio de culpabilidad

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, junto a las impugnaciones referidas precedentemente, el libelo que contiene la acción de inaplicabilidad expresa que los preceptos legales invocados vulneran el principio de culpabilidad establecido en el inciso séptimo, del numeral tercero del artículo 19 constitucional, y que la forma concreta en que se ha producido la infraacción es que se ha presumido la responsabilidad penal del requirente, instrumentalizando su condición y dignidad para fines penales arbitrarios;



CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, el principio de culpabilidad requiere en forma absoluta que el ius puniendi del Estado esté perfectamente delimitado, especialmente en lo que dice relación con la culpabilidad del imputado” siendo el principio de culpabilidad uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional, el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, al expresar que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, está consolidando el principio de “dignidad humana”, en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión “principio de culpabilidad” pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva. En sentido procesal, sólo es “culpable” quien no es “inocente”, y la enervación de la “presunción de inocencia” – una garantía constitucional fundamental proclamada en el artículo 19, N° 3°, incisos octavo y final, de la Constitución requiere la prueba de la “culpabilidad” del imputado, que en este sentido incluye la prueba de todos los elementos del delito. En el Derecho Penal material, el principio de culpabilidad tiene un sentido más restringido, puesto que no se refiere a la necesidad de la lesión típica, pero en su sentido la posibilidad de “culpar” a alguien de dicha lesión (Santiago Mir Puig, Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 2011, págs. 125-126).

En resumen, el principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, en un sentido preciso, al exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten “culpar”, esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto del delito” (STC Rol N°3141-16, voto de minoría c.12);

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que, en el caso concreto, la norma jurídica que se aplica al requirente, en el proceso penal en que inciden estos autos, es el tipo penal del artículo 441, del Código Orgánico de Tribunales que contiene el elemento subjetivo de requerir que el notario que despliegue algunas de las conductas sancionadas en el mismo obre con malicia, esto es, que actúe con dolo, lo que indudablemente exige del juez del fondo justificar tal proceder a través de la prueba rendida en el proceso respectivo;

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, en el proceso penal pertinente, el cual constituye la gestión pendiente, la juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, absuelve al requirente del delito de falsificación de instrumento público y lo condena como autor del delito previsto y sancionado en la disposición legal citada precedentemente, justificando dicha sanción, según se expresa en el considerando décimo de la sentencia dictada, no advirtiéndose en consecuencia, que el principio de culpabilidad haya sido infringido como lo denuncia el requirente ni mucho menos se haya presumido de derecho su responsabilidad penal;



000332
Ciento treinta y dos

Infraacción al principio de proporcionalidad

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, también el requirente manifiesta que las disposiciones legales impugnadas originan en su aplicación una infraacción al principio de proporcionalidad por no ser la vía idónea establecida por el legislador para sancionar actos carentes de dolo, concurriendo en la especie una exageración punitiva que resulta desproporcionada con la gravedad del supuesto hecho por el que se le sanciona;

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que, la idea del principio de proporcionalidad se encuentra determinada, en cuanto a su expresión en el sistema penal, en la matriz de la provisión de exceso que se justifica con criterios de lógica y de justicia material. Este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal al daño social causado por el hecho, concepto vinculado al bien jurídico lesionado y a la pena impuesta en concreto a la medida de culpabilidad del autor (Sergio Politoff Lifschitz, Derecho Penal, Tomo I, Conosur Editores, Santiago de Chile, 2001, p.20);

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, atendida la consideración anterior, es decir, el principio de proporcionalidad en el ámbito penal, cabe señalar lo que expresa la doctrina en relación con la actividad del notario, en cuanto tal función "supone una evidente ampliación de los riesgos que ella conlleva, los cuales de hipotéticos se pueden convertir en "riesgos concretos" punibles. El notario es participe en actos jurídicos de gran importancia detrás de los cuales puede haber delitos tales como: blanqueo de capitales, estafas, delitos societarios, etc., en los que puede verse acusado" (De Urbano Castrillo Eduardo (2016) "La Responsabilidad Penal del Notario", El Notario del Siglo XXI – Revista del Colegio Notarial de Madrid Nº68, España);

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, en la gestión pendiente, el requirente en su calidad de notario no actuó en la forma prevista exigida por el Estatuto aplicable, a dichos funcionarios, lo que ha significado un juicio de reproche que tanto administrativamente como penalmente ha sido adecuado a los fines previstos por el legislador en esta materia, ejerciéndose por parte de quienes han juzgado dicha conducta los medios adecuados para respetar los derechos fundamentales del enjuiciado. Además, como ha expresado esta Judicatura "solo le incumbe pronunciarse sobre la proporcionalidad de una sanción penal en casos de extrema gravedad en que se pueda concluir que se está en presencia de una discriminación arbitraria explícita o encubierta" (STC Rol Nº 2022, c.30), cerciorándose de que la sanción responda a fines constitucionales lícitos, y que se respeten los límites que la misma constitución ha impuesto como lo sería establecer penas prohibidas por la propia Carta Fundamental;

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, el test de proporcionalidad efectuado entre el tipo penal y la sanción impuesta al requirente, la que se encuentra impugnada ante el tribunal superior, resulta adecuada a la gravedad del hecho y a las circunstancias que presenta el mismo, observándose el debido equilibrio entre la conducta que se imputa y la pena que el delito lleva consigo;



V CONSIDERACIONES FINALES

QUINCUÁGESIMO: Que, de las consideraciones precedentes se desprende que la función de Notario se encuentra sujeta a las disposiciones legales contenidas en el Código Orgánico de Tribunales sobre la materia, entre las cuales están las normas jurídicas impugnadas en el requerimiento. Ellas buscan dar la seguridad jurídica de que aquellos que se encuentran revestidos de la calidad de Notarios como depositarios de la fe pública, en cada acto en que intervienen en ejercicio de su ministerio efectivamente ese acto es cierto, real o verdadero tal como ellos lo certifican. Por consiguiente, la fidelidad y el rigor de tan delicada función requiere de quien la desempeña el mayor cuidado posible;

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que, según se colige de lo expresado ut supra el legislador ha configurado jurídicamente un sistema notarial que otorga a la comunidad nacional plena certeza de los documentos por él autorizados, sistema riguroso que, sin lugar a dudas, le ha dado prestigio de seriedad al país, lo que es de suyo importante atendido el contexto mundial en materia económica y comercial en que está inserto Chile. Por eso, es que la responsabilidad del Notario en el cumplimiento de sus deberes es superior a otras actividades. Se le exige más porque cualesquiera acción que dañe dicho sistema no sólo afecta a los terceros interesados sino que también puede perjudicar la credibilidad de la fe pública, a la cual los notarios están llamados a preservar y cuidar;

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que, de todo lo expuesto anteriormente surge con nitidez que las disposiciones legales objetadas en el marco de un proceso penal, donde se juzga la conducta del requirente en el ejercicio de su cargo de Notario, se ajustan a la Constitución, y que en la gestión judicial pendiente han tenido lugar todos los principios y reglas constitucionales señalados por el requirente en la acción de inaplicabilidad incoada;

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL, DE FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.** OFÍCIESE.



000333
Trecientos treinta y tres

- III. **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIA

Acordada la sentencia de rechazo con la disidencia de los Ministros Sres. Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes votaron por acoger la impugnación dirigida contra el artículo 445 del Código Orgánico de Tribunales, por los motivos que exponen a continuación:

1º) Que, en el marco del principio de proporcionalidad que recoge la Carta Fundamental, la cuestión que suscita el presente requerimiento es si una falta administrativa, que el legislador sanciona además con una pena privativa de libertad, puede traer aparejada siempre -inexorable e indiscriminadamente- la inhabilitación especial perpetua para desempeñar un determinado cargo público.

Es el caso de los Notarios en el Código Orgánico de Tribunales: "Toda sanción penal impuesta a un notario en virtud de este párrafo, lleva consigo la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad al Código Penal" (artículo 445).

Dicha inhabilitación perpetua -aplicable directa e inmediatamente por la ley- solo se contempla respecto a los notarios (artículo 465, N° 1), sin que se observe la existencia de una norma semejante para disciplinar el desempeño de otras funciones análogas, como es el caso de los Archiveros y de los Conservadores. Tratándose de auxiliares de la administración de Justicia, solo respecto a los Receptores se prevé un impedimento semejante, pero únicamente para el caso en que consignent alguna falsedad en un testimonio (artículo 393);

2º) Que, de otra parte, el Código Penal y otras leyes especiales reservan la inhabilitación perpetua para repeler delitos de los más graves cometidos por servidores públicos en el desempeño de sus funciones.

La Ley N° 18.118, sobre el ejercicio de la actividad de Martillero Público, contempla la inhabilitación a su respecto (artículo 23) para castigar conductas abyectas en extremo (artículo 17);

3º) Que la sobriedad con que el legislador ha adjudicado directamente la aplicación de la inhabilitación perpetua de que se trata, en otros casos equivalentes, se explica por la necesidad de adscribirla a la comisión de injustos específicos y de los más graves, sin asociarla a la imposición de "toda sanción penal", dado que esta fórmula indiferenciada amaga de suyo la proporcionalidad con que debe obrar el legislador penal, derivada de la exigencia de racionalidad que debe hacerse presente en toda ley por igual.





En la STC Rol N° 1423 consta una disidencia donde se precisa, en este mismo sentido, que la proporcionalidad requiere que la descripción de la conducta sea formulada con mayor precisión cuando más grave sea la pena amenazada. Y del mismo modo -añade- en la medida en que la descripción típica adolezca de una relativa indeterminación, a fin de incluir conductas de muy diversa gravedad, la escala punitiva habrá de ser ampliada para permitir adecuar la conducta concreta a las diferentes manifestaciones de la conducta realizada, sopesando la magnitud de la infracción y las atenuantes que concurran (María M. Ossandón Widow, La formulación de tipos penales, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 469-470, con cita a Eser-Burkhardt, "Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito", Madrid, 1995, pág. 58).

Es que, así como el juez no debe administrar justicia con pretensiones de generalidad, tampoco el legislador debe arbitrar lo que es justo en particular;

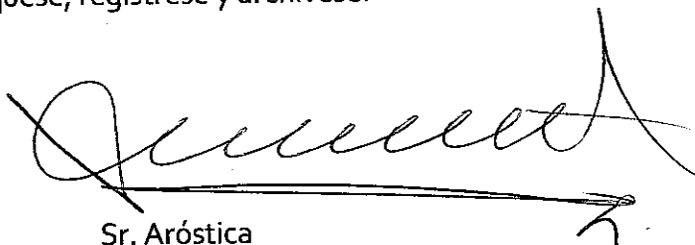
4º) Que una distorsión de este tipo se produce en la especie, ya que el notario afectado viene siendo sancionado administrativamente con una amonestación privada y condenado a la pena de prisión de 41 días en sede penal, a la que se sumaría este castigo de inhabilitación perpetua, atribuida inmediatamente por el legislador para reprimir un espectro indeterminado de actuaciones -aún leves como aquí acontecería-, sin mediar juicio ni moderación por parte del correspondiente tribunal.

Lo cual infringe la garantía reconocida en el artículo 19, N° 3, inciso final, de la Carta Fundamental, de la manera antes señalada y como se explica en el requerimiento de autos.

Redactó la sentencia el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar y la disidencia, el Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

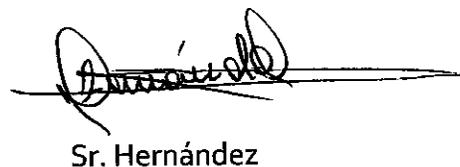
Rol N° 4767-18-INA.



Sr. Aróstica



Sr. García



Sr. Hernández



000334

trescientos treinta y cuatro

[Signature]
Sr. Romero

[Signature]
Sra. Brahm

[Signature]
Sr. Letelier

[Signature]
Sr. Pozo

[Signature]
Sr. Vásquez

[Signature]
Sr. Fernández



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Se certifica que la Ministra señora María Pía Silva Gallinato concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicio institucional.

Autoriza el Secretario (s) del Tribunal Constitucional, señor José Francisco Leyton Jiménez.

[Signature]

