

III

*Malversación de caudales públicos.*A) *Sentencia anulatoria*

Santiago, 6 de diciembre de 1985.

Vistos:

Seguido este proceso contra el reo Rafael Moyano Candia por malversación de caudales públicos, el juez de la causa lo condenó por sentencia de 7 de febrero pasado, conforme al inciso 3º del art. 235 del Código Penal, a las penas de dos años de suspensión del empleo en su grado medio y multa del diez por ciento de la cantidad sustraída, como autor del delito de distracción de fondos públicos cometido en perjuicio del Servicio Nacional de Obras Sanitarias de Río Negro; y apelado este fallo por el Fisco, fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Valdivia por sentencia de 12 de agosto último, con declaración de que el susodicho reo queda condenado como autor del delito previsto en el Nº 3º del art. 233 del Código Penal, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias consiguientes.

Contra esta sentencia de alzada, el procesado Moyano ha interpuesto el recurso de casación en el fondo por la causal 2ª del art. 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por habersele aplicado una pena conforme a una calificación equivocada del delito, con infracción de los arts. 233 y 235 del Código Penal.

Durante la vista del recurso se advirtió un posible vicio de casación en la forma, pero no se oyó sobre este punto a los abogados de las partes por no haber concurrido a alegar.

Con lo relacionado y considerando:

1. Que como bien anota la sentencia recurrida en su fundamento 5º letra d), la diferencia esencial entre la modalidad de malversación que castiga el art. 233 y la que reprime el art. 235 del Código Penal radica en el elemento subjetivo: en el primer caso la intención del agente es apropiarse con ánimo de señor y dueño de los bienes puestos a su cargo, en

el segundo, su intención es reintegrar o usar sólo temporalmente dichos fondos.

2. Que un índice altamente significativo para determinar la intención que ha animado al agente al sustraer los caudales a su cargo, lo constituye de ordinario la oportunidad en que efectuó el reintegro —si lo ha hecho—, pues como fácilmente se comprende, es diversa la denotación que implica una restitución según se efectúe con prontitud o con tardanza, o según sea realizada antes del comienzo o en las postrimerías de la investigación judicial.

3. Que el fallo recurrido determinó en su fundamento 6º letra d) que no existió de parte del procesado la intención de aplicar transitoriamente a usos propios o ajenos los caudales que sustrajo, sino que tuvo el propósito de apropiárselos con ánimo de señor y dueño; y para arribar a esta conclusión consideró que el reo no había destinado los dineros sustraídos a los fines que declaró y que tampoco los había devuelto íntegramente al instruirse el sumario administrativo, como lo sostuvo; pero ninguna consideración le mereció el hecho de que un altísimo porcentaje del caudal sustraído hubiera sido reintegrado por el reo aun antes de iniciarse el sumario administrativo y que sólo una reducida fracción estuviera insoluta al disponerse la instrucción del sumario en este proceso, la que antes de su conclusión también fue reintegrada, según resulta de los datos que consignan el acta de fojas 45 y el certificado de fojas 152, conjugados con los instrumentos de fojas 1 y 33; y siendo así, en mérito a tales antecedentes la sentencia quizás habría llegado a una conclusión opuesta a la que obtuvo y, consiguientemente, habría cabido mantener la calificación dada al delito por el fallo de primer grado.

4. Que, por otra parte, la sentencia desestimó la atenuante del Nº 7º del art. 11 del Código Penal, invocada por el reo en la contestación a la acusación, en atención, según expresa en su fundamento 8º, a que si bien reintegró —extemporáneamente— los valores sustraídos, no está evidenciado el celo necesario para estructurar la circunstancia alegada, sino que, por el contrario, del mérito de autos

aparece que los reintegros fueron motivados sólo para configurar un delito distinto del que determina el fallo o para conseguir una disminución de responsabilidad, sin que se observe de su parte un real arrepentimiento respecto de la acción que origina su juzgamiento.

5. Que para resolver acerca de la mencionada atenuante tampoco la sentencia tomó en cuenta lo que se ha dejado dicho en la segunda parte del considerando 3º precedente, pues de haberlo hecho tal vez no habría estimado que los reintegros fueron realizados morosamente y sin el necesario celo, y acaso tampoco habría juzgado que del mérito de autos se desprende que, al restituir los valores sustraídos, el reo lo hiciera movido sólo por el propósito de lograr una calificación distinta del delito o una disminución de su responsabilidad.

6. Que, en conclusión, dicha sentencia no ha dado cabal cumplimiento a los requisitos exigidos por los N.ºs. 4º y 5º del art. 500 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto ha omitido toda consideración acerca de antecedentes probatorios cuya ponderación lleva a establecer hechos que han podido determinar una calificación diversa del delito cometido por el reo o la aceptación de la atenuante invocada a su favor.

7. Que la omisión de que se ha hecho mérito es constitutiva de la causal de casación en la forma contemplada en el N.º 9º del art. 541 del Código recién citado, esto es, la de no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley; y puesto que los antecedentes del recurso deducido manifiestan la existencia del referido vicio, este tribunal está autorizado para invalidar de oficio el fallo recurrido.

Y atendido, además, lo dispuesto en los arts. 776 del Código de Procedimiento Civil y 535 y 544, incisos 3º y 4º, del de Procedimiento Penal, se anula de oficio la sentencia de 12 de agosto último, escrita a fojas 161 y siguientes, y se la reemplaza por la que seguidamente se emite.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo formalizado a

fojas 167 en representación del reo Rafael Moyano Candia.

Regístrese.

Pronunciado por los ministros señores José M. Eyzaguirre E., Israel Bórquez M., Marcos Aburto O., Abraham Meersohn S. y el Abogado Integrante señor Sergio de Ferari J. No firma este último no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

Rol N.º 24.782.

B) *Sentencia de reemplazo*

Santiago, 6 de diciembre de 1985.

En cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada de fojas 138 con las salvedades y modificaciones que se indican: ¹

¹ Se transcriben a continuación los considerandos más relevantes del fallo de primera instancia, dictado por el juez subrogante del Juzgado de Letras de Río Negro, señor Juan C. Urrutia P. (7-2-85).

“Sexto: Que al haber existido por parte del reo Moyano una sustracción y posterior reintegro de los dineros apropiados, determina que en definitiva haya existido aplicación para uso propios caudales o efectos puestos a su cargo; uso indebido que tuvo lugar sin daño ni entorpecimiento del Servicio Nacional de Obras Sanitarias.

“Séptimo: Que los hechos precedentes expuestos son constitutivos del delito previsto y sancionado en el inciso 3º del art. 235 del Código Penal ya que se dan todos los elementos típicos de la figura penal infringida, esto es, existencia de un empleado público calidad que se encuentra acreditada en el proceso y que cae dentro de la presunción establecida en el art. 260 del mismo código. Igualmente el procesado tenía a su cargo caudales o efectos puesto que se desempeñaba como Jefe de la Oficina de Sen-

a) en el considerando 1º se suprimen las siguientes frases: en el acápite 1) la frase final que comienza con las palabras "Termina expresando..."; en el acápite 2) la que dice "dinero que fue devuelto totalmente por Rafael Moyano"; y en el 3) la frase final que empieza con las palabras "suma que fue reintegrada...";

b) en el fundamento 5º se sustituye el párrafo inicial por el siguiente: "Que, por otra parte, mediante los antecedentes que a continuación se indican, está acreditado pues el Servicio afectado no sufrió entorpecimiento en su función con motivo de la malversación de que se trata"; además, se suprime en su acápite b) su parte final, a partir de las palabras "habiendo dejado la Fiscalía...";

c) se eliminan los considerandos 2º y 12, así como las citas de los arts. 21 y 25 del Código Penal y 108 y 505 del de Procedimiento Penal, que figuran en la parte resolutive; y

d) se suprime asimismo en lo resolutive, en el párrafo en que se sanciona al sentenciado, la locución "durante el tiempo de la condena".

Y teniendo además presente:

1. Que aparte de la cantidad de \$ 362.811,73 a que se refiere el fundamento 3º del fallo en alzada, el funcionario encargado de la oficina Sendos de Río Negro también hizo indebido uso de otros \$ 18.623,48 que habían sido puestos a su cargo, según pudo verificarse después que hubo terminado el sumario administrativo efectuado en dicha oficina, como se acredita con el

dos de esta ciudad, y aprovechando su condición de tal procedió a apropiarse de dineros que cancelaban usuarios y que no le pertenecían, aplicándolos a fines propios. Que, en todo caso, el reo hizo restitución de los fondos en su totalidad no habiendo sufrido el Servicio afectado daño o entorpecimiento en su función.

"Octavo: Que, el delito reseñado precedentemente se encuentra previsto y sancionado en la disposición legal antes referida con las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro" (art. 278, inciso 2º).

certificado de cargos agregado a foja 152, el informe pericial de fojas 155 y la declaración de Eduardo Vyhmeister de fojas 79. De consiguiente, el monto total de lo malversado asciende a \$ 381.435,31, como lo señala el citado peritaje.

Debe anotarse que la suma que aquí se adiciona fue también repuesta al Servicio, según lo prueba el certificado del delegado provincial de Sendos agregado a fojas 136, la nota puesta al pie del certificado de cargos ya aludido y el antedicho peritaje.

2. Que la apropiación de la aludida partida de \$ 18.623,48 por parte del acusado Moyano está comprobada con los siguientes indicios graves, precisos y concordantes: a) la declaración del jefe provincial de Sendos, Eduardo Vyhmeister, de fs. 79, en cuanto expresa que el nombrado Moyano se comprometió ante él a devolver ese faltante; b) lo manifestado por el apoderado del propio reo en su escrito de fojas 137, en que señala que su representado reintegró la totalidad de lo malversado, incluso la diferencia aparecida con posterioridad al sumario administrativo, y c) el hecho mismo de que el procesado Moyano se hubiere avenido a efectuar el reintegro de la anotada suma.

3. Que establecido que el monto de los fondos malversados alcanzó a la suma global de \$ 381.435,31, resulta de interés señalar en qué términos el reo Moyano procedió a su reintegro.

En el acta N° 1 del sumario administrativo efectuado en Sendos de Río Negro, corriente a fojas 45, el Fiscal instructor determinó que los dineros ocupados en beneficio propio por el funcionario Moyano correspondían a los siguientes Resúmenes de Recaudación (R.R.): N° 38, de 30.08.83, por \$ 94.293,30; N° 43, de 13.09.83, por \$ 231.180,83, y N° 45, de 03.10.83, por \$ 37.337,70, lo que arroja un total de \$ 362.811,83, a lo que hay que agregar la cantidad de \$ 18.623,48 a que se refiere el certificado de cargos de fojas 152, resultando así la suma global anteriormente apuntada.

Según la misma acta N° 1, los reintegros efectuados por el reo aparecen registrados en los "listados de pagos por caja" en las siguientes fechas: el 03.09.83 el correspondiente al R.R. N° 38; el

17.09.83 el que corresponde al R.R. N° 43, y el 08.10.83 el correspondiente al R.R. N° 45, y según el antedicho certificado de cargos, la partida que ahí se indica fue reintegrada el 15.01.85.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el 22 de septiembre de 1983 el Director Regional de Sendos X Región dispuso una investigación sumaria en la administración de Río Negro a cargo del funcionario Moyano (fojas 1); que a raíz de esa investigación el mismo Director Regional, junto con poner término a ella con fecha 5 de octubre siguiente, ordenó instruir un sumario administrativo contra el susodicho Moyano (fojas 33); que en mérito a dicho sumario el aludido Director denunció el 14 de febrero de 1984 los hechos investigados al Juzgado del Crimen de Río Negro, dando lugar a la incoación de este proceso (fojas 74); y que, por último, si se repara que por resolución de 8 de diciembre de 1984 se declaró cerrado el sumario en esta causa (fojas 123 vuelta), habrá de concluirse que aún antes de disponerse la investigación sumaria en la Administración de Sendos de Río Negro, ya el expresado Moyano había repuesto los fondos correspondientes a los R.R. Nos. 38 y 43, vale decir, la cantidad de \$ 325.474,13, equivalente a un 85,32% del total sustraído; que a poco de iniciado el sumario administrativo restituyó lo tocante al R.R. N° 45, esto es, vísperas del cierre del sumario en esta causa, repuso el saldo de \$ 18.623,48, o sea, el 4,88% restante.

4. Que esta relación denota que el designio del procesado Moyano, al sustraer los caudales puestos a su cargo, no fue ciertamente el de adueñárselos en forma definitiva, sino el de aplicarlos sólo transitoriamente en su propio beneficio para reintegrarlos con posterioridad, como efectivamente lo hizo, y en significativa proporción aún antes de que se detectara la existencia del delito cometido.

5. Que con arreglo al inciso 2° del art. 238 del Código Penal, tratándose de delitos de malversación de caudales públicos, cuando el valor de lo malversado excediere de 400 sueldos vitales, como aquí ha acaecido, deberá aplicarse el máximo del grado si la pena señalada al

delito consta de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso 3° del art. 67 del mismo ordenamiento.

Y atendido, además, lo dispuesto en los arts. 26, 50 y 56 del Código Penal y 514 y 527 del de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia enalzada de 7 de febrero pasado, escrita a fojas 138, entendiéndose que el monto de la multa impuesta al sentenciado Moyano asciende a la suma de \$ 38.143.

Se declara que los 79 días de presidio que el fallo apelado da por cumplidos por parte del reo Rafael Moyano Candia para completar la pena de 320 días que se le impuso por sentencia del Juzgado de Río Negro en el Proceso N° 5.369 por manejo en estado de ebriedad, se computan desde el 3 de octubre de 1984, fecha de su ingreso al Centro de Detención Preventiva de la indicada ciudad, según certificado de fojas 103 vuelta, hasta el 20 de diciembre del mismo año, en que enteró dicho periodo de 79 días; y que el tiempo que con posterioridad a esta fecha ha permanecido preso le servirá de abono a la pena de 2 años de suspensión del empleo que se le aplica por la sentencia en alzada.

Atendida la naturaleza de la pena impuesta al sentenciado, oficiese telegráficamente para su inmediata libertad, si no estuviere privado de ella por otro motivo.

Los Ministros señores Eyzaguirre y Bórquez estuvieron por observar a los jueces de la alzada la falta de estudio de los antecedentes del proceso para expedir el fallo que esta Corte invalida y el descuido con que apreciaron los hechos que dieron lugar a la formación de esta causa.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro señor Meersohn.

Pronunciado por los ministros señores José M. Eyzaguirre E., Israel Bórquez M., Marcos Aburto O., Abraham Meersohn S. y el Abogado Integrante señor Sergio de Ferrari J. No firma este último no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

Rafael Moyano Candia
Casación en el fondo
Rol N° 24.782 (Valdivia).

COMENTARIO

La sentencia anulatoria y la de reemplazo insertadas precedentemente abordan una serie de aspectos de alto interés técnico en lo relativo a la estructura del delito de Malversación de Caudales Públicos y a la sistemática seguida por nuestra Ley en su tratamiento.

Como un primer aspecto digno de destacarse, puede mencionarse la expresa declaración del fallo en el sentido de que la diferencia esencial entre las figuras del art. 233 del Código Penal (apropiación de caudales públicos) y las del art. 235 del mismo Código (distracción de caudales públicos), es eminentemente subjetiva: en el primer caso, la intención del agente es apropiarse definitivamente de los caudales puestos a su cargo; en el segundo, la intención de reintegrar o de usar sólo temporalmente los fondos distraídos predomina en la voluntad del sujeto.

La interpretación expuesta por el fallo es la predominante entre nuestros autores y ha sido certeramente expuesta por Alvaro Bunster¹. Así, la distinción entre uno y otro tipo penal radica en la intención del sujeto, es decir, en el dolo: sólo si se acredita que el sujeto empleó los caudales puestos a su cargo con ánimo de reintegrarlos, es decir, el reintegro está comprendido por el dolo del sujeto, se realizará el tipo del art. 235; en caso contrario, estaremos frente a la figura del art. 233. Sin perjuicio de lo anterior, y para el caso de la hipótesis en que exista daño o entorpecimiento de servicio público (inc. 1º del art. 235), será necesario, además, que el reintegro efectivamente se verifique, ya que de otro modo operará el inc. 2º de esta última disposición que hace aplicable las penas del art. 233. En este mismo orden de cosas, si el sujeto quiere apropiarse definitivamente de los caudales (dolo de apropiación) y ocurre que después se arrepiente del hecho y procede a su restitución, el delito cometido será el previsto en el art. 233 y el reintegro, con-

curriendo los demás requisitos, podría configurar la atenuante de reparar con celo el mal causado (art. 11 Nº 7 del C.P.). El problema se radica así en el tipo subjetivo.

Otro aspecto que merece destacarse lo constituye el hecho de que la sentencia sigue el criterio defendido por Alvaro Bunster², en el sentido de que en la hipótesis de distracción de fondos públicos tipificada en el inc. 3 del art. 235, el reintegro no es un elemento caracterizante del delito, sino: "la causa de una prestación futura a que queda obligado el reo", de modo que no es estrictamente necesario que se haya verificado el completo reintegro de los fondos distraídos para que se perfeccione esta figura delictiva. Este punto de vista aparece implícito en el fallo al admitirse que al menos una parte de los fondos distraídos —que en el caso era infima— pudo restituirse después de iniciado el respectivo proceso criminal y antes de la dictación del fallo definitivo.

En tercer término, la sentencia que aquí se comenta interpreta correctamente a nuestro juicio la expresión "substraer" del art. 233 como sinónimo de "apropiación", ya que el funcionario tiene en el caso concreto la previa posesión o disponibilidad de los caudales; este criterio se desprende en forma clara del texto legal y es afirmado en estos mismos términos por Muñoz Conde³. El concepto de apropiación debe entenderse en sentido estricto: el sujeto tiene "a su cargo" los fondos o caudales en razón de sus funciones. Los fondos objeto del delito pertenecen a la entidad o repartición pública del respectivo funcionario y se encuentran bajo su esfera de vigilancia y cuidado en razón de las funciones propias de su cargo; el delito consiste entonces en "sacar" indebidamente estos fondos, ya sea con un ánimo apropiatorio definitivo o simplemente con la intención ulterior de restituirlos. En este sentido, subyacerá normalmente como delito tipo, un delito de apropiación indebida (art. 470 Nº 1 C.P.) que es

¹ ALVARO BUNSTER BRICEÑO, "La Malversación de Caudales Públicos". Estudio de doctrina y jurisprudencia, Memoria de Prueba, 1948.

² ALVARO BUNSTER B., op. cit., Nº 33, pp. 80 y ss.

³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Derecho Penal", p. 721.

calificado como malversación de caudales públicos en razón del carácter público del sujeto activo y de la naturaleza del objeto material del delito. Por eso, como señala Bunster⁴, si el funcionario substraer caudales públicos en una repartición que no es aquella en que desempeña sus funciones, podrá cometer un hurto o un robo agravado por el abuso de las funciones públicas (art. 12 N^o 8 C.P.), pero no comete malversación de caudales públicos.

Finalmente, y en el orden del derecho procesal penal, resulta interesante el razonamiento de la sentencia en el sentido de darle al reintegro efectuado por el reo de la causa el carácter de un indicio, de una presunción de que el agente no tenía la intención de apropiarse definitivamente de los caudales, sino tan sólo de emplearlos para ser posteriormente restituidos. Se anula así la sentencia de segunda instancia que daba por configurado el delito del art. 233 y se declara en la sentencia de reemplazo que el delito realmente cometido es el del inc. 3^o del art. 235.

Juan Domingo Acosta
Abogado