

Santiago, treinta de septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos:

En los autos Rol N° 382-2007 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, ingreso Corte Suprema N° 3.763-2018, por sentencia de treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, escrita a fojas 6187, se condenó a los acusados **Asher Gustavo Gruen Risopatrón, Bernardo Inzunza Bustamante, Miguel Ángel Llévanes Rebolledo y Jaime Claudio Alejandro Barra Velásquez**, a sufrir, cada uno de ellos, la pena de tres (3) años de presidio menor en su grado medio, más accesorias legales y las costas del juicio, como autores del delito de Fraude al Fisco, descrito y penado en el artículo 239 del Código Penal, ocurrido durante el año 2006, en la ciudad de Valparaíso, concediéndoles la pena sustitutiva de la remisión condicional por el mismo lapso de tiempo (tres años).

El mismo fallo, sentenció al acusado **Barra Velásquez** a una pena de tres (3) años y día (1) de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales y las costas del juicio, como autor del delito de Falsificación de Instrumento Privado Mercantil, previsto y penado en el inciso segundo del artículo 197 del Código Penal, en relación al artículo 193 N° 1 del mismo cuerpo legal, acaecido los días 10 y 11 de enero de 2007, también en la ciudad de Valparaíso, otorgándole la pena sustitutiva de la libertad Vigilada intensiva por igual período (tres años y un día).

Impugnada esa sentencia tanto por los cuatro sentenciados, como por el Consejo de Defensa del Estado –todos vía recurso de apelación-, la Corte Marcial, por sentencia de quince de febrero de dos mil dieciocho, a fojas 6355, la confirmó, con declaración que los acusados **Gruen Risopatrón, Inzunza Bustamante, Llévanes Rebolledo y Barra Velásquez**, quedan condenados, como autores del ilícito de malversación de caudales públicos, por un importe superior a cuarenta



(40) Unidades Tributarias Mensuales, previsto y sancionado en el N° 3 del artículo 233 del Código Penal, a la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, y multa de once (11) Unidades Tributarias Mensuales y accesorias legales.

Contra ese fallo las defensas de los sentenciados dedujeron sendos recursos de casación en la forma y en el fondo.

A fojas 6473, y con fecha once de mayo de dos mil dieciocho, se evacuó el informe respectivo por la Sra. Fiscal Judicial de esta Corte Suprema.

Por decreto de fecha veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, rolante a fojas 6462, se ordenó traer los autos en relación.

**Considerando:**

**I- Recursos de casación en la forma:**

**PRIMERO:** Que como causal de casación formal, común a los cuatro recurrentes, se ha hecho valer la contemplada en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo dispuesto en los artículos 500 N°s 4 y 5 del mismo cuerpo de normas y 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la sentencia impugnada, modificó la calificación jurídica que de los hechos efectuó el tribunal de primer grado (de fraude al Fisco a malversación de caudales públicos), sin señalar cuáles fueron los fundamentos de hecho y de derecho tenidos en cuenta para arribar a tal conclusión.

**SEGUNDO:** Que de la lectura de los considerandos primero y segundo del fallo en revisión, aparece de manifiesto que la afirmación efectuada por los impugnantes en sus arbitrios carece totalmente de sustento, toda vez que en dichos motivos los sentenciadores del grado explicitaron los fundamentos conforme a los cuales decidieron recalificar jurídicamente los hechos atribuidos a



los acusados, motivo por el que se desestimará la causal de nulidad formal en análisis.

**TERCERO:** Que la defensa del sentenciado Llévenes Rebolledo, invocó, además, la causal de casación en la forma contemplada en el artículo 541 N° 10 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto los juzgadores del grado, al modificar los hechos que se dieron por probados, habrían incurrido en el vicio de ultra petita, impidiéndole con ello efectuar una defensa efectiva de sus intereses.

**CUARTO:** Que como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, entre otros en los autos Rol N° 12.165-2017, de fecha 29 de abril de 2019, el vicio de ultra petita se produce cuando la sentencia, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones y excepciones, altera el contenido de éstas, cambiando de objeto o modificando su causa de pedir; también cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes en sus respectivos escritos que fijan la competencia del tribunal o cuando se emite un pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo.

**QUINTO:** Que sobre la causal de nulidad formal en desarrollo, es necesario precisar que del análisis del fallo recurrido, no es posible colegir que se hayan modificado, de modo alguno, los hechos fijados por el tribunal de primera instancia, sino que únicamente se efectuó una calificación jurídica distinta de los mismos, careciendo de sustento, por ende, la fundamentación dada por el impugnante.

Si lo anterior no bastare para rechazar la causal en estudio, debe tenerse en consideración, además, que la calificación jurídica de los hechos fue materia de debate tanto en la etapa de investigación, como en la fase de plenario, así como también ante el tribunal de apelación, por lo que mal podría sostenerse –*como lo*



*hace el recurrente Llébenes Rebolledo-* que al entenderse los hechos como constitutivos del ilícito de malversación de caudales públicos, se incorporó un elemento nuevo a la discusión, lo que le habría impedido defenderse adecuadamente.

Por tales motivos, el acápite de nulidad formal relativo a la ultra petita, tampoco prosperará.

## **II.- Recursos de casación en el fondo:**

**SEXTO:** Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Gruen Risopatrón se funda, en primer término, en la causal N° 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 1 y 233 del Código Penal; 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y; 9.1 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, por cuanto en la sentencia impugnada se habría efectuado una errada aplicación del derecho, pues no se configuraría en la especie el delito de malversación de caudales públicos, en cuanto no concurre el elemento del tipo "*tener a su cargo caudales públicos*", ya que no dispuso jamás de ellos. Se trataba –expone el actor- de un funcionario subalterno, un subteniente, a cargo de la cuenta fiscal interna, correspondiéndole la administración de los fondos al prefecto jefe.

Refiere que no se acreditó del dolo a su respecto, sino que sólo la existencia de un desorden administrativo para efectuar el pago de viáticos al personal.

Idéntica causal –y con iguales fundamentos- se sostuvo por la defensa del encartado Barra Velásquez, la que además, en lo tocante al delito de falsificación documental que se le atribuye, arguyó que consta en autos un peritaje caligráfico en el que se señala que no existe certeza que la firma puesta en el voucher que



respaldaba la emisión de unos de los cheques cuestionados, haya sido obra de su representado, lo que descartaría su participación en el citado ilícito.

En el mismo acápite de nulidad sustancial fundó sus alegaciones el impugnante Llévanes Rebolledo, quien sostuvo que existió una errada calificación de delito, pues no se configuró en la especie el delito de malversación de caudales públicos, en cuanto no concurre el elemento del tipo “*tener a su cargo caudales públicos*”, ya que no por ser quien estaba a cargo de la prefectura, se le puede atribuir dicha conducta contraria a derecho.

**SÉPTIMO:** Que, siguiendo con el análisis de los recursos de casación en fondo deducidos en autos, las defensas de los sentenciados Gruen Risopatrón, Inzunza Bustamante y Barra Velásquez, hicieron valer la causal N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 109, 110, 111, 456 bis, 481, 482 y 488 del Código de Procedimiento Penal.

Al efecto, denuncian genéricamente la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, toda vez que con aquella rendida en el proceso, no pudo arribarse a una decisión condenatoria a su respecto.

En el caso del encartado Gruen Risopatrón, se sostuvo que se infringió el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto erradamente se estimó que la declaración del acusado constituía una confesión judicial, sin que se den los supuestos para ello, máxime si en autos lo único que se acreditó fue un desorden administrativo.

Tratándose del acusado Inzunza Bustamante, se denunció como infringida la norma reguladora de la prueba relativa a la inspección personal del tribunal sin indicar cómo se habría producido tal conculcación.



Finalmente, respecto del sentenciado Barra Velásquez, no se realizó un análisis específico de cuáles fueron las leyes reguladoras de la prueba que fueron vulneradas.

**OCTAVO:** Que el acusado Gruen Risopatrón, en carácter de subsidiaria, invocó la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto si se considerase que su actuar es constitutivo de delito, debió necesariamente hacerse aplicación a su respecto de la circunstancias minorante de responsabilidad penal contemplada del art 214 del Código de Justicia Militar y, consecuentemente, rebajársele la sanción a imponer, toda vez que cometió el delito en cumplimiento de una orden.

Misma causal interpone la defensa del encartado Inzunza Bustamante, sosteniendo que con el mérito de la prueba rendida no pudo tenerse por establecida su participación en el delito de malversación de caudales públicos, pues nunca tuvo a su cargo caudales públicos.

**NOVENO:** Que los recurrentes Gruen Risopatrón e Inzunza Bustamante, finalizan sus exposiciones solicitando que se anule el fallo impugnado y que, en su reemplazo, se dicte una sentencia de carácter absolutorio. En subsidio, el impugnante Gruen Risopatrón *–de acuerdo con las causales subsidiarias incoadas–* pide que se le rebaje la sanción a imponer.

Por su parte, la defensa del acusado Barra Velásquez, solicitó la nulidad de la sentencia recurrida y que se dicte una sentencia de reemplazo que lo condene *“haciendo una correcta aplicación del supuesto delito imputado a mi representado y dar la justa aplicación del artículo 233 del Código Penal concluyendo la atipicidad de la conducta, con costas”*.



Finalmente, la defensa del encartado Llévanes Rebolledo, pidió invalidar el fallo de segundo grado y dictar sentencia de reemplazo que califique correctamente los hechos y rebajar la pena impuesta.

**DÉCIMO:** Que previo al análisis de los recursos, es conveniente recordar que el tribunal del fondo *–en el considerando quinto del fallo de primer grado, que se tuvo por reproducido en la sentencia de segundo grado–*, ha tenido por establecidos los siguientes hechos:

*“I.- Sistema para obtener beneficios fraudulentos de viáticos*

*Un Coronel de Carabineros que se desempeñaba como Prefecto de la Prefectura de Valparaíso, junto a un Mayor de intendencia de Carabineros a cargo de la Unidad de Contabilidad y Finanzas de la misma Repartición y dos Tenientes de Intendencia que prestaban servicios en la misma Unidad Financiera, uno de ellos a cargo de la Cuenta Fiscal de Gastos Operacionales y el otro, a cargo de la Cuenta Fiscal Interna de la repartición, percibieron regularmente durante el año 2006, dineros provenientes de viáticos por Comisiones de Servicios.*

*Sin embargo, lo efectivamente acreditado es que las referidas comisiones de servicios eran falsas. Para obtener el pago fraudulento de este beneficio, se confeccionaba documentación oficial de Carabineros tendiente a dar una apariencia legal y reglamentaria a la realización de Comisiones de Servicios -inventadas por cierto—y luego, la documentación necesaria para justificar y devengar el pago del viatico, y aun así, en muchos caos, esta documentación era incompleta, carente de firmas y discorde entre la información registrada en las solicitudes, resoluciones y planillas, llegando en algunos casos, a aparentar la realización de cometidos funcionarios en Cuarteles Policiales dependientes de otra Repartición, esto es, donde no tenían jurisdicción. Esta situación fraudulenta, generó un perjuicio imputable a estos funcionarios por la suma de \$ 7.0214.344*



que provenían de la Cuenta Corriente Fiscal de la Prefectura de Carabineros de Valparaíso N° 23909061814 del Banco Estado. De este valor, los imputados percibieron fraudulentamente las siguientes sumas: El coronel la cantidad de \$1.440.695; el Mayor (I) la suma de 2.203.734; el Teniente (I) a cargo de la cuenta de Gastos Operaciones la suma de \$1.917.598; y el otro de igual grado, percibió la cantidad de \$1.452.317, según se acreditó con los diversos elementos de juicio allegados al proceso y especialmente de los Informes Periciales Contables N° 02-2011, 03-2011 rolantes de fojas 41 a 239 del Cuaderno N° 2 de Documentos y en el Informe Pericial Contable N° 07-2014 rolante a fojas 5827 a 5834 de autos.

#### *II.- Falsificación de Firma en Cheques Fiscales.*

Un Teniente (I) que se desempeñaba en la Unidad de Contabilidad y Finanzas de la Prefectura de Carabineros de Valparaíso, los días de 10 y 11 de Enero de 2007, libró los cheques el N° 8251683 y 825691 de la Cuenta Corriente Fiscal N° 23909061814 del Banco estado y el Cheque N° 79 15570 de la Cuenta Corriente Fiscal N° 239092122960 del Banco estado, falsificando la firma del Coronel Miguel Llévanes Rebolledo en su calidad de Prefecto de la repartición. Los Cheques N° 8251683 por \$617.345 y N° 825691 por \$ 501.891 fueron cobrados por Mauricio Daza y el Cheque N° 7915570 por la suma de \$478.800 fue cobrado por Asher Gruen Risopatrón”.

Los sucesos así descritos fueron calificados por la sentencia en revisión como constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 N° 3 del Código Penal, pues se estimó, en sus motivos segundo y tercero, que: “la figura de malversación de caudales públicos, contemplada en el artículo 233 del Código Penal, se ajusta de una forma más completa a los hechos antes establecidos y a las responsabilidades funcionarias de cada uno de dichos acusados (a diferencia del Fraude al Fisco). En efecto,





*comete malversación el funcionario público que sustrae caudales "teniéndolos a su cargo" (mayor disvalor), en tanto el Fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal, no señala un modo particular de comisión, pudiendo entonces ejecutarse por abuso de confianza, por engaño, por incumplimiento de deberes o por cualquier otro medio; tampoco exige al funcionario acusado el "tener a su cargo" dichos fondos".*

*"(...) Que, resultando además demostrado en autos, que uno de los acusados era el Prefecto de Valparaíso, es decir quien ejercía la máxima jefatura policial uniformada respecto de las unidades territoriales bajo su dependencia, con plenas competencias de administración de personal, finanzas y de servicios policiales, y que los restantes acusados eran todos Oficiales de Intendencia, es decir directos e inmediatos asesores en procedimientos contables y ejecución financiera y presupuestaria (cada uno en el nivel de su jerarquía), no puede discutirse el hecho que todos estos encausados, en sus desempeños y competencias (uno en razón de su mando y los restantes por pertenecer a un escalafón cuya especialidad es precisamente la administración y control de fondos públicos), hayan "tenido a su cargo" los fondos defraudados, motivo por el cual no cabe calificar su conducta con arreglo al artículo 239 del Código Penal, como erróneamente lo hizo la sentencia de grado".*

**UNDÉCIMO:** Que como se advierte del mérito de autos, en el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Asher Gustavo Gruen Risopatrón, se han planteado subsidiariamente dos causales que son contradictorias entre sí. En primer término la del numeral 2° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y, en segundo lugar, la del N° 1 del citado precepto, lo cual hace que ellas se anulen entre sí, toda vez que la primera requiere que la calificación de los hechos no sea la correcta y, la otra, que dicha



calificación sí sea la adecuada, por lo cual formalmente no corresponde un pronunciamiento sobre ellas, ya que implicaría que la Corte Suprema debería seleccionar otra causal, lo que desde ya permite rechazar su libelo.

Así, por lo demás, lo ha sostenido esta Corte en los pronunciamientos contenidos en los Roles N° 1.941-2012, de nueve de agosto de dos mil doce; y N° 7.777-2011, de dieciséis de mayo de dos mil doce.

**DUODÉCIMO:** Que los recursos de casación en el fondo deducidos por los sentenciados Gruen Risopatrón, Inzunza Bustamante y Barra Velásquez, se fundan, también, en la causal N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto refieren que fueron vulneradas las normas reguladoras de la prueba, al tenerse por establecida su participación en el delito.

En primer término, cabe resaltar que en los recursos antes aludidos, no se menciona como norma infringida el artículo 15 del Código Penal y, en consecuencia, no se desarrolla ni motiva la existencia de algún error de los sentenciadores al estimar que la participación atribuida a los acusados Gruen Risopatrón, Inzunza Bustamante y Barra Velásquez se encuadra o subsume en dicho precepto, ya que sólo se cita, en un párrafo aislado del arbitrio deducido por Barra Velásquez (fojas 6429), la norma antes aludida. En efecto, los recurrentes no se detiene a cuestionar jurídica y fundadamente la aplicación de la mencionada disposición, exponiendo, por ejemplo, cuáles son, en su opinión, las situaciones que abarca y comprende, y por qué los medios probatorios en que se apoyan los sentenciadores para formar su convicción no permiten establecer hechos que se puedan incluir en alguna de dichas situaciones.

En un segundo orden de ideas, y como ya lo ha referido esta Corte, entre otros, en el proceso Rol N° 4568-2018 *-pronunciamiento de fecha dieciséis de mayo de dos mil diecinueve-*, el recurso de casación en el fondo procede sólo -y



*para los efectos que interesa a este examen-* cuando los sentenciadores han incurrido en errores de derecho que hayan influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado. De lo expuesto resulta clara la necesidad de que el recurrente, a través de la denuncia de todas las normas vulneradas, permita a esta Corte pronunciarse en los términos pretendidos, lo que no sucede en la especie, desde que ha omitido en los recursos, como ya se ha dicho, denunciar y desarrollar la vulneración de la norma en base a la cual se considera –por los juzgadores de la instancia- a los encausados Gruen Risopatrón, Inzunza Bustamante y Barra Velásquez como autores del delito de malversación de caudales públicos y, en el caso de Barra Velásquez, del ilícito de falsificación de instrumento privado mercantil, norma decisoria que resultaba imprescindible para decidir el fondo del asunto. Asimismo, lo anterior permite concluir que se considera que tal precepto omitido -artículo 15 del Código Penal-, que tiene la calidad de decisorio de la litis, ha sido correctamente aplicado en la forma ya señalada, y es por esta circunstancia que los citados recursos de casación en el fondo –*en lo que toca a la causal en estudio-* no pueden prosperar, puesto que aun en el evento de que esta Corte concordara con los recurrentes en el sentido de haberse producido los errores que denuncian en la aplicación de las normas reguladoras de la prueba –*lo que no ocurre como a continuación se dirá-*, tendría que declarar que esas infracciones no influyen en lo dispositivo de la sentencia.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, sin perjuicio de lo expuesto y concluido en el considerando que antecede, bastante ya para desestimar el recurso de casación en el fondo en análisis, no está demás consignar, en relación a la esgrimida vulneración de los artículos 109, 110 y 111 del Código de Procedimiento Penal por no haber cumplido los sentenciadores del grado con el deber que les imponen dichos preceptos, que éstos mismos no constituyen normas reguladoras de la



prueba, toda vez que no definen cuáles son la o las pruebas admisibles o inadmisibles en el proceso, ni su valor o prioridad para el establecimiento de los hechos, ni tampoco el onus probandi que regirá al efecto, sino sólo consagran el principio de objetividad como estándar imperante en la actividad investigativa del juez durante la etapa del sumario, motivo por el cual la denuncia acerca de su supuesta infracción debe ser desestimada.

El mismo razonamiento resulta aplicable tratándose de la vulneración del artículo 471 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que dicho precepto se limita a señalar los casos en que procedente la prueba pericial, la ampliación de la misma o la realización de una nueva pericia.

En el mismo sentido, las normas relacionadas con la diligencia de inspección ocular practicada por el juez, y su valoración, se encuentran contenidas en las disposiciones de los artículos 474 a 476 del Código de Procedimiento Penal y tienen el carácter de normas procedimentales para la ritualidad del proceso, por lo que el modo en que el juez haya dejado consignada la diligencia en las actas respectivas, y especialmente su valoración, no es constitutiva de un error de derecho respecto de una ley reguladora de la prueba.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en lo que dice relación con la supuesta conculcación de los artículos 481, 482, 488 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal, corresponde precisar que ellos se encuentran referidos a medios de prueba en particular: la confesión (481) su calificación o divisibilidad (482), la de presunciones (488), y a la convicción que debe tener el Juez para condenar (456 bis), disposiciones que no obligan al juez a valorar las pruebas realizadas del modo como lo requieren las partes recurrentes, pues éste, en virtud de la ley tiene un amplio margen para estimarlas o desestimarlas en su actividad de valoración



de aquellos medios; habiéndose pronunciado ya esta Sala sobre estos tópicos en decisiones anteriores.

Respecto a estos preceptos, en los respectivos arbitrios no se hace mención expresa y determinada de la forma cómo se habrían producido las infracciones, y no se señalan los motivos legales por los cuales en tales elementos de juicio no se han reunido las exigencias de la ley.

Cabe señalar que, como la ha sostenido reiteradamente esta Corte, las leyes reguladoras de la prueba cuya transgresión autoriza el recurso de casación en el fondo, están constituidas por aquellas normas básicas o fundamentales del juzgamiento, que inciden en una correcta decisión y que los sentenciadores no pueden desconocer, que si las aplican erróneamente influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que pueden provocar la nulidad de la sentencia.

Al respecto, siendo normas básicas que importan limitaciones de las facultades privativas de los sentenciadores en la valoración de la prueba, su infracción se produce cuando se ha invertido el peso de la prueba; se ha rechazado un medio de prueba o cuando se acepta uno que la ley ha repudiado; o cuando se altera el valor probatorio que el legislador asigna a los diversos medios de prueba.

En este caso, la problemática planteada en el recurso, no es indicativa que se haya invertido el peso de la prueba, no se han rechazado pruebas que la ley admite, ni se han aceptado otras que la ley rechaza, ni tampoco se ha desconocido el valor probatorio de las múltiples probanzas que se han producido en los autos. Se trata solamente de la apreciación de las pruebas, materia sobre la cual los jueces del fondo tienen un poder absoluto para juzgar, atendido lo dispuesto en el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.



Corresponde advertir que las disposiciones que se señalan como infringidas por los recurrentes, no establecen una obligación para los jueces de fondo de atribuir a los distintos medios de prueba un valor probatorio determinado, sino que importa una facultad de que se hallan revestidos para apreciar ese valor, de modo que si los sentenciadores, ponderándolos, no los consideran o los estiman prudencialmente de un modo distinto a como lo hacen los recurrentes, no las infringen, todo lo que lleva a desestimar la causal de nulidad sustancial en estudio.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, al estimarse por esta Corte que no se han vulnerado por los juzgadores de la instancia las normas reguladoras de la prueba, los hechos establecidos resultan inamovibles, de lo que se colige que las alegaciones de la defensa deben ser analizadas a la luz de tales hipótesis fácticas, por cuanto no es dable que esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado.

**DÉCIMO SEXTO:** Que una vez sentado lo anterior, y en lo tocante al recurso de casación en el fondo deducido por el encartado Inzunza Bustamante, en virtud de la causal del artículo 546 N° 1 Código de Procedimiento Penal, es menester precisar que la misma carece de desarrollo y que lo solicitado –*la absolución de dicho sentenciado*– es incompatible con la naturaleza de ese motivo de nulidad sustancial, el que parte justamente del supuesto de una adecuada calificación jurídica del ilícito y de la culpabilidad del acusado, razones por las cuales no cabe sino desestimarlos en lo que dice relación a dicho acápite.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, en lo que respecta al arbitrio de casación en el fondo deducido por el encartado Barra Velásquez, en cuanto ha invocado la causal del artículo 546 N° 2 Código de Procedimiento Penal, es preciso señalar que su petitorio –*en cuanto solicita que se declare la atipicidad de la conducta que*



*se le atribuye-*, es incompatible con la naturaleza de dicho motivo de nulidad sustancial, el que se basa en la imposición de una sanción desproporcionada proveniente de una errada calificación del delito (*siendo su pretensión, además, propia del numeral 3° del citado precepto*), argumentos que necesariamente implican su rechazo.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que siguiendo con el análisis de la causales de casación en el fondo hechas valer en autos, corresponde el análisis de aquella deducida por la defensa del encartado Llévenes Rebolledo, contemplada en el artículo 546 N° 2 Código de Procedimiento Penal, la que se hace consistir en la errada calificación del hecho atribuido a dicho encartado, toda vez que al no tener éste a su cargo caudales públicos, se trataría de una conducta propia del delito de fraude al Fisco y no del ilícito de malversación de caudales públicos como erradamente concluyeron los juzgadores de la instancia.

**DÉCIMO NOVENO:** Que para una adecuada decisión del asunto controvertido, conviene tener presente que el artículo 239 del Código Penal, sanciona al *“empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”*.

**VIGÉSIMO:** Que, por su parte, el artículo 233 N° 3 del Código Punitivo, castiga a *“El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraigiere o consintiere que otro los substraiga:*

*(...) 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.”*



**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que a su vez, es necesario también hacer presente que el artículo 468 del Código Penal, sanciona al que “*defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante*”.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, en el considerando QUINTO del fallo de primer grado se afirma que la comisiones de servicios eran **falsas**, que para obtener el pago **fraudulento** de este beneficio se confeccionaba documentación oficial de Carabineros tendiente a dar **una apariencia legal y reglamentaria a la realización de Comisiones de servicio -inventadas por cierto-** y luego, la documentación necesaria para justificar y devengar el pago del viático (...) llegando en algunos casos a **aparentar la realización de cometidos funcionarios en Cuarteles Policiales dependientes de otra Repartición (...)** **Esta situación fraudulenta generó un perjuicio imputable a estos funcionarios por la suma de \$7.014.344 que provenían de la Cuenta Corriente Fiscal de la Prefectura de Carabineros de Valparaíso** (lo enmarcado en negrita es de esta sentencia).

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que el pronunciamiento del Juez Militar habla de “*Sistema para obtener beneficios fraudulentos de viáticos*”, agregando, para fundamentar la concurrencia del tipo penal de fraude al Fisco, que “*el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o para un tercero*”.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que es conveniente tener en cuenta que, para los efectos del tipo penal del artículo 239 del código punitivo, no reviste mayor trascendencia si el o los funcionarios públicos tenían o no los caudales a su cargo o bajo su custodia, pues lo que imprime el carácter de fraude (estafa) a la





conducta que perjudica el patrimonio fiscal es la maniobra defraudatoria, el ardid de que habla el sentenciador de primera instancia, esto es, el despliegue de falsas apariencias para inducir a error al destinatario de la acción engañosa (en este caso el Fisco) y ocasionarle un perjuicio pecuniario.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, los conceptos “ *pago fraudulento*”, “ *apariencia legal y reglamentaria de comisiones de servicio inventadas*”, “ *comisiones de servicio inventadas*”, “ *sistema para obtener beneficios fraudulentos*”, son todos significativos de las mismas conductas ilícitas que describe el artículo 468 del Código Penal, que, como es sabido, tipifica los “ *fraudes por engaño*”, en que el medio para ocasionar el perjuicio es el despliegue de “ *falsas apariencias*”, esto es, de un ardid o maquinación engañosa.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que la doctrina enseña que en el tipo penal del artículo 239 del Código Punitivo, el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o a favor de un tercero. Tratándose de una forma de defraudación por engaño, exige para su consumación precisamente el engaño y también el perjuicio propio de la estafa. (Matus-Ramírez, Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 3ª edic. actualizada, pág. 448).

Que esta Corte Suprema ha invocado en anteriores pronunciamientos la opinión de autores representantes de la doctrina especializada en este ilícito penal, que lo caracterizan como una “ *estafa que se produce desde dentro de la Administración, lo que conduce a una mayor vulnerabilidad del patrimonio público*”. “ *La descripción de la conducta es totalmente abierta, ella puede consistir en utilizar cualquier medio o artificio defraudatorio, cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar. El ardid debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio (...)*” (Rodríguez-Ossandón, Delitos contra la función pública, Edit. Jdca., 2011, pp. 416 y 418) (SCS, Rol 29891-2014).



**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que las conductas atribuidas a los acusados, reproducidas en los motivos vigésimo segundo y vigésimo quinto de esta decisión, indiscutiblemente vinculadas a los descripciones contenidas en el artículo 468 del texto punitivo, permiten a esta Corte concluir, sobre la base de los hechos establecidos, que el delito perpetrado es el de fraude al Fisco, que, por la especificación de la conducta punible – “*defraudación*”, “*ardid*”, “*maquinación engañosa*”- desplaza a la figura penal del artículo 233 del código punitivo, que castiga el hurto y la apropiación indebida en perjuicio del patrimonio fiscal, sin intervención de maniobras o despliegues propios del fraude patrimonial, es decir, de la estafa.

Que, en estas condiciones, no está demás *-ante el razonamiento del tribunal adquem-* insistir en que lo decisorio no es que el agente tenga bajo su custodia directa o a su cargo los dineros, exigencia del tipo penal de malversación, sino lo que otorga el carácter típico al hecho es la intervención del funcionario en operaciones propias de su esfera de actuación y el empleo del fraude en su modalidad de engaño (ardid, artificio, maquinación engañosa, despliegue de falsas apariencias) para ocasionar perjuicio al peculio fiscal. Se trata, como apunta la doctrina ya citada en anteriores sentencias de esta Sala, de “*una estafa desde el interior de la Administración*”

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, como consecuencia de todo lo anterior, los sentenciados deben ser responsabilizados como autores del delito de fraude al Fisco, habiendo la Corte Marcial incurrido en un error jurídico al condenarlos como responsables de malversación de caudales públicos, error que debe ser enmendado en esta sede, a través de la anulación del veredicto impugnado y la dictación de la correspondiente sentencia de reemplazo.



Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 535, 546 N° 2 547 y, 548, inciso 2°, del Código de Procedimiento Penal; y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

A.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el letrado don Samuel Saavedra Avilés, en representación del sentenciado **Asher Gustavo Gruen Risopatrón**, en lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 6358, en contra de la sentencia de quince de febrero de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 6355

B.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el abogado don Luis Alfredo Acevedo González, en favor del sentenciado **Bernardo Inzunza Bustamante**, en lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 6396, en contra de la sentencia de quince de febrero de dos mil dieciocho, que rola a fojas 6355.

C.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la abogado doña Jacqueline Barahona Assicie, en representación del sentenciado **Jaime Claudio Alejandro Barra Velásquez**, en lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 6410, en contra de la sentencia de quince de febrero de dos mil dieciocho, que consta a fojas 6355.

D.- Que **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por el apoderado don Juan Carlos Manríquez Rosales, por el acusado **Miguel Ángel Liévenes Rebolledo**, en lo principal de fojas 6437, en contra de la sentencia de quince de febrero de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 6355, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

E.- Que encontrándose los sentenciados **Asher Gustavo Gruen Risopatrón, Bernardo Inzunza Bustamante y Jaime Claudio Alejandro Barra Velásquez**, en la misma situación que el recurrente **Liévenes Rebolledo** y,



siéndoles aplicables los motivos alegados para declarar la nulidad de la sentencia impugnada, el nuevo fallo también les aprovechará.

Acordada con el **voto en contra del Ministro Sr. Dahm**, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del encartado Llévanes Rebolledo, también en lo tocante a la causal contemplada en el artículo 546 N° 2 Código de Procedimiento Penal, en virtud de las siguientes consideraciones:

1°- Que se tuvo por establecido como un hecho de la causa que uno de los acusados era el Prefecto de Valparaíso, vale decir, quien ejercía la máxima jefatura policial uniformada respecto de las unidades territoriales bajo su dependencia, con plenas competencias de administración de personal, finanzas y de servicios policiales, y que los restantes encartados eran todos Oficiales de Intendencia, es decir, directos e inmediatos asesores en procedimientos contables y ejecución financiera y presupuestaria.

Conforme a ello, no es posible controvertir que los recurrentes, en sus desempeños y competencias (uno en razón de su mando y los restantes por pertenecer a un escalafón cuya especialidad es precisamente la administración y control de fondos públicos), hayan "*tenido a su cargo*" los fondos defraudados.

2°- Que también se encuentra asentado en autos, que éstos confeccionaron y suscribieron documentación oficial de Carabineros tendiente a dar una apariencia legal y reglamentaria a la realización de comisiones de servicio inventadas, para luego forjar la documentación necesaria para justificar y devengar el pago de viáticos por aquellas pretendidas comisiones de servicio, generando con ello el consecuente perjuicio fiscal.

3°- Que, en consecuencia, la conducta atribuida a los acusados, en cuanto se ha establecido en la especie que, por su investidura, estaban a cargo de



dineros públicos de los que dispusieron sin justificación, se encuentra enmarcada dentro del tipo penal descrito por el artículo 233 del Código Penal, precepto que sanciona, justamente, a *“El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga”*, siendo ajustada a derecho a tal calificación jurídica.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller, y de la disidencia, su autor.

**Rol N° 3.763-2018.**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G., y el Auditor General del Ejército Sr. Rodrigo Sandoval C. No firma el Ministro Sr. Dolmestch y el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.



En Santiago, a treinta de septiembre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

