

6. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

DELITO FUNCIONARIO DEL ARTÍCULO 235 DEL CÓDIGO PENAL

I. FUNCIONARIOS DE LA POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE ESTÁN SOMETIDOS A UN RÉGIMEN JERÁRQUICO Y DISCIPLINARIO ESTRICTO. EXISTENCIA DE DOS INVESTIGACIONES, NO EXCLUYENTES, RESPECTO DE IMPUTADO FUNCIONARIO PÚBLICO. DECLARACIÓN VOLUNTARIA DE LOS ACUSADOS EN AUDIENCIA DE JUICIO ORAL. DECLARACIONES PRESTADAS DENTRO DE LAS ATRIBUCIONES DISCIPLINARIAS DE LA PDI Y, DE FORMA PREVIA AL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL, NO AFECTARON EL DEBIDO PROCESO. II. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. SENTENCIA SE CORRESPONDE CON LA ACUSACIÓN. RECALIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DEL TRIBUNAL. CALIFICACIÓN DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL FUNCIONARIO RESPECTO DE LOS CAUDALES O EFECTOS PUESTOS A SU CARGO. AGRAVACIÓN DE LA PENA SI NO SE REINTEGRAN LOS FONDOS

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito funcionario previsto en el artículo 235 del Código Penal. Defensa de condenados recurre de nulidad. La Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *16947-2019, de 12 de agosto de 2019*

PARTES: *Ministerio Público con Rodrigo Quezada Suazo y otra*

MINISTROS: *Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Manuel Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O. y Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.*

DOCTRINA

- La parte recurrente denuncia infracción a la garantía del debido proceso al haberse obtenido declaraciones supuestamente autoincriminatorias por parte de los acusados sin lectura previa de derechos; incautación de evidencia de manera autónoma y sin autorización de juez ni de fiscal; y, el empleo de dicha evidencia para obtener declaraciones por parte de los acusados, no debe perderse de vista que como funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile los imputados estaban sometidos a un régimen jerárquico y disciplinario estricto, conforme lo establece el artículo 1° del*

D.L. N° 2.460, ley orgánica de la referida policía, cuyos deberes disciplinarios están contenidos en el Título III del Decreto N° 40, de 15 de junio de 1981. En ese orden de ideas, de los antecedentes expuestos confluyen claramente dos tipos de investigaciones –lo cual resulta común para todo tipo de funcionario público–. La primera, desde el punto de vista disciplinario y administrativo, a cargo de la propia institución y conforme al procedimiento disciplinario propio de dicha entidad; y, la segunda, desde el punto de vista penal, en manos del Ministerio Público, conforme a las normas contenidas en el Código Procesal Penal. Ambas investigaciones no resultan excluyentes y, claramente, no se rigen por las mismas normas procedimentales, teniendo únicamente como común denominador el respeto a la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental (considerando 3° de la sentencia de la Corte Suprema).

Durante la audiencia de juicio oral, ambos acusados prestaron declaración de forma voluntaria, lo que quedó refrendado en el fallo en estudio, de manera tal que no se advierte de qué forma las declaraciones prestadas el día de los hechos ante el superior jerárquico, dentro de las atribuciones disciplinarias de la propia Policía de Investigaciones de Chile y, de forma previa al inicio de la investigación penal, afectaron la garantía al debido proceso que finalizó con la sentencia condenatoria a su respecto (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *En el presente caso, la sentencia se corresponde con la acusación, toda vez que el contenido del fallo no se aleja del acontecimiento histórico imputado, sino que precisamente decide sobre él. De ninguna posibilidad de actuación fueron privados ni los imputados ni su defensa, la alteración que cuestiona no es más que la concreción de los hechos de la acusación al suceso particular probado, todo lo cual fue materia de debate y prueba, como se puede constatar del análisis del fallo, y ello es así pues la pretensión punitiva ha de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos que, en términos más abstractos, se contienen en la acusación. En efecto, si bien los hechos fijados por los sentenciadores del fondo resultan más acotados que aquellos contenidos en la acusación, no se ha alterado el núcleo fáctico de los hechos investigados (considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Los sentenciadores del fondo optaron por recalificar los hechos a la figura residual contemplada en el artículo 235 del Código Penal, en tanto los funcionarios no mantenían los caudales o efectos en depósito, consignación o secuestro, como exige el tipo del artículo 233, sino que solo a su cargo. Luego, el aspecto que guarda relación con la calificación de la posición jurídica del funcionario respecto de los caudales o efectos puestos a su cargo,

de acuerdo a la descripción que hace el artículo 235 en estudio, no debe olvidarse que la Ley N° 20.000, en su artículo 40 inciso 2°, a propósito de los bienes incautados en los delitos que regula dicha ley, establece que “los dineros se depositarán en el Banco del Estado de Chile, en cuentas o valores reajustables”, por lo que el yerro denunciado no se configura. Finalmente, en cuanto al cuestionamiento efectuado a la decisión de condena, con base al reintegro de los fondos antes de iniciarse la persecución penal, dicha argumentación responde únicamente a una interpretación doctrinaria, toda vez que la norma en estudio, o sea, el artículo 235 del Código Penal, no establece dicha circunstancia, consagrando únicamente una agravación de la punibilidad de la conducta en el evento de no verificarse el reintegro, por lo que no logra advertirse el yerro denunciado (considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CI/JUR/4620/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 233, 235 del Código Penal; 341, 374 letra f) del Código Procesal penal; 1° del Decreto Ley N° 2.460; Decreto N° 40, 15 de junio de 1981; Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile.

LA DELIMITACIÓN ENTRE LAS FIGURAS DE PECULADO Y DESVIACIÓN DE FONDOS

RAFAEL COLLADO GONZÁLEZ
Universitat Pompeu Fabra

La sentencia de la Corte Suprema que se comenta rechaza un recurso de nulidad presentado por dos funcionarios de la Policía de Investigaciones (“PDI”), contra el fallo del 4° Juzgado Oral de Santiago (“TOP”), que los condenó como encubridores del delito del artículo 235 del Código Penal.

El fallo de la Corte Suprema rechaza los 3 argumentos principales del recurso de nulidad. El primer reproche del recurso decía relación con infracciones procesales en la obtención de la prueba que habrían infringido el derecho constitucional al debido proceso, el que es desestimado por la Corte con base en jurisprudencia asentada de la 2ª Sala (considerando 5º) que exige a esta infracción un grado de relevancia, para considerarla real. Las infracciones a la lectura de derechos a funcionarios de la PDI, señala el fallo, no pueden afectar la validez de sus declaraciones, pues se trata de personas expertas en estas materias, al ser ellos los que mejor conocen la forma en que deben realizarse las declaraciones a

imputados. Añade que los funcionarios declararon voluntariamente en el juicio oral, ratificando sus declaraciones, por lo que ningún daño real a la defensa se ocasionó por las supuestas infracciones denunciadas.

En segundo lugar, se rechaza el argumento de congruencia expuesto por el recurso. El recurso reprocha que los dos condenados fueron acusados como autores del delito descrito en el artículo 233 del Código Penal (en adelante, y para efectos descriptivos, como *peculado*), pero el fallo termina condenándolos como encubridores del delito del artículo 235 del Código Penal (*desviación de fondos*)¹. La Corte rechaza este argumento con base en un principio ya asentado en su jurisprudencia: el principio de congruencia en materia penal impone respetar los hechos y sus circunstancias descritos en la acusación, pero el TOP es soberano para la determinación del derecho aplicable a esos hechos. La garantía de *inamovilidad*, por tanto, es solo en relación con los hechos. Sin embargo, como forma de respetar el derecho a la defensa, se exige al TOP (artículo 341 del Código Procesal Penal), avisar a las partes que se está pensando reconfigurar el delito propuesto en la acusación, para dar a los intervinientes la oportunidad formal de argumentar sobre la base de esta nueva información. El fallo expone los hechos de la acusación (considerando 2º), y demuestra cómo el fallo del TOP se toma de esos hechos (sin modificarlos) para fundar un fallo, en derecho, diverso al propuesto en la acusación.

Interesa resaltar lo expuesto en el recurso en relación con la alegación de falta de congruencia respecto de las normas de participación. Señala el fallo que estas reglas *puras* de imputación, en tanto dirigidas exclusivamente a los jueces, resultan ajenas al principio de congruencia, con base en el mismo argumento de libertad para la aplicación del derecho que utiliza para fundar su rechazo respecto de la modificación del delito. Sin embargo, en este punto el fallo del TOP y el de la Corte Suprema son ambiguos respecto de si el TOP, al dar la oportunidad de debatir la nueva configuración jurídica que estaban proyectando aplicar, incluyó en la comunicación esta modificación de la categoría de participación (véase considerando 8º).

Esta ausencia resultaría significativa, pues las reglas de participación, especialmente las referidas a la complicidad y el encubrimiento, contienen una norma de comportamiento que acompaña a la regla de imputación respectiva. En efecto, las normas de complicidad establecen el deber de evitar cualquier colaboración con un hecho punible, mientras que las normas contenidas en el

¹ Esta descripción de ambas figuras es la propuesta por MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al Fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, Vol. 7, N° 14 (2012), pp. 357-377. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A4.pdf.

artículo 17 del Código Penal establecen delitos de encubrimiento, con verbos rectores y deberes propios. Dicho esto, si el TOP solo comunicó su decisión de modificar el delito (de peculado a desviación de fondos), habría dejado a la defensa sin la posibilidad de rebatir la infracción de los deberes que establece este artículo para los encubridores, y en ese sentido, tendría plausibilidad el alegato de los condenados en orden a que fueron *sorprendidos* en el fallo con este cambio de calificación jurídica. La relevancia de esta modificación es que los encubridores necesariamente realizan actos diferentes del autor, y estos hechos deben estar reflejados en la acusación, pero también, deben ser objeto de una imputación normativa adecuada, pues solo de ese modo se evita la afectación material del derecho de defensa, que es fundamento descrito expresamente por el fallo comentado para rechazar este acápite del recurso (considerando 6°).

Pero quisiera dedicar los últimos párrafos de este comentario a la decisión del TOP, ratificada por la Corte Suprema en varios de los considerandos del fallo, en orden a modificar el delito propuesto por la acusación desde el delito de peculado al delito de desviación de fondos. En su considerando 9°, la Corte Suprema afirma que el TOP modificó la imputación normativa propuesta por la acusación, por considerar que los funcionarios de la PDI no se encontraban en ninguna de las posiciones que exige el artículo 233 para que se configure el delito de peculado, esto es, estar en posesión de caudales públicos en calidad de depositarios, consignatario o secuestrario. Señala la Suprema que los funcionarios habrían accedido al dinero que se repartieron, fruto de un allanamiento en el marco de una investigación sobre delitos de microtráfico, por lo que los dineros serían, en términos jurídicos, objetos incautados. Debido a esta configuración y a encontrarse actuando bajo el marco de la Ley N° 20.000, los funcionarios de la PDI deberían haber procedido a su depósito en una cuenta del Banco del Estado de Chile, en cuentas o valores reajustables (citando al efecto el artículo 40 de la Ley N° 20.000).

Si entendemos que los delitos de malversación de caudales públicos regulados en nuestro Código Penal se diferencian por la posición relativa del autor respecto de los caudales públicos, y no producto de la circunstancia que estos se hayan o no reintegrado al erario público, podemos concluir que el artículo 233 presupone a un empleado público que tiene deberes de conservación respecto de los caudales que tiene a su cargo, mientras que el artículo 235 presupone en el empleado público deberes de inversión correcta de caudales públicos².

Siguiendo esta clasificación, el peculado supone solo un deber de conservación, y por ello exige al sujeto activo especial evitar cualquier sustracción,

² Esta clasificación es la propuesta por MAÑALICH RAFFO, ob. cit., pp. 357-377.

entendiendo sustracción como el traspaso de la custodia pública del dinero a una custodia privada, y no una apropiación de dinero sin custodia previa³. Esta interpretación es la que mejor integra los contratos descritos en el tipo penal como fuente de este deber (depósito, consignación o secuestro), pues todos se refieren a contratos de los que emanan facultades meramente conservativas, respecto de dinero previamente adquirido (legalmente adquirido).

Por contraste, el artículo 235 supone un deber de administración o inversión de dinero público conforme a los criterios establecidos por el servicio público respectivo. Solo de esta manera es posible entender por qué esta versión del delito solo se refiere a dineros públicos⁴, y el verbo rector escogido por el legislador: *aplicar*⁵. Aplicar, a diferencia de *sustraer*, supone facultades de disposición sobre ese dinero, en tanto administrador de dinero puesto en sus manos de manera previa, por cualquier tipo de figura contractual no relevante para la determinación de este deber.

Llegados a este punto, resulta llamativo que el TOP y la Corte Suprema hayan optado por subsumir los hechos de la acusación en la figura del artículo 235, pues, salvo por la referencia al artículo 40 de la Ley N° 20.000, que obliga al depósito del dinero incautado en una cuenta del Banco del Estado, no existe en los hechos ningún indicio que parezca indicar que los funcionarios de la PDI que se repartieron el dinero incautado de un allanamiento, tuvieran el deber de invertir estos dineros de privados, sino que por contraste, parece ser más sensato pensar que la posición jurídica del policía que accede a dinero de privados producto de sus labores investigativas, es la de un depositario, y que respecto de este dinero tiene el deber de conservación, en los términos descritos en el artículo 233 del Código Penal. Solo así resultará posible, ante eventuales absoluciones, hacer devolución de iguales montos, o bien permitir la correcta separación entre el patrimonio fiscal y aquel dinero de particulares que el Fisco custodia.

Si bien, este punto no resulta relevante para el recurso ni el fallo de la Corte Suprema, pues estos discurren sobre otros asuntos del caso, me pareció una buena oportunidad, para mostrar las diferencias entre peculado y desviación de fondos, pues el caso presenta la problemática de manera bastante paradigmática.

Finalmente, resalto que la ausencia de reintegro, bajo esta interpretación de la normativa, se presenta como un delito diferente, pues en este delito se impone

³ MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 369.

⁴ Los dineros privados no pueden ser invertidos en fines públicos, pero sí custodiados por entidades públicas, como ocurre con los dineros utilizados para caucionar deberes procesales ante Tribunales.

⁵ MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 370.

a los empleados públicos que ya sustrajeron los caudales públicos o privados, el deber de devolverlos, y por tanto, este delito se configuraría siempre en un momento posterior a los delitos de peculado o desviación de fondos⁶.

⁶ Como señala MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 371, el delito de desfalco es un delito de omisión, en tanto se configura por la omisión de reintegro de los caudales sustraídos o incorrectamente invertidos, aun cuando los delitos de desviación de fondos y peculado harían las veces de actuar precedente que impone el deber de reintegración.

CORTE SUPREMA

Santiago, doce de agosto dos mil diecinueve.

VISTOS:

El 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC 1.600.819.373-1 y RIT 636-2018, por sentencia de cuatro de junio de dos mil diecinueve condenó, entre otros, a Rodrigo Antonio Quezada Suazo y a Francisca Carolina Morales Portu-guez, como encubridores del delito funcionario previsto en el artículo 235 del Código Penal, cometido en esta ciudad el 10 de agosto de 2016, cada uno a la pena de dos años y un día de suspensión de cargo u oficio público en su grado máximo y multa de \$ 46.200, con costas.

La defensa de los acusados dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el veintitrés de julio pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso invoca como causal de nulidad principal, la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es,

cuando en el procedimiento o pronun-ciamiento de la sentencia se hubieran infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitu-ción y tratados internacionales.

Refiere que una vez concluido el juicio oral y pese a que los acusadores no pudieron acreditar el tipo penal de malversación de caudales públicos del artículo 233 número 2 del Código Penal por el cual fueron acusados sus defendidos, los sentenciadores luego de una recalificación de los hechos, decidieron condenarlos como autores del delito funcionario previsto en el artículo 235 del Código Penal, en calidad de encubridores, infringiendo los derechos y garantías asegurados por la Constitución y los Tratados Inter-nacionales, consistentes en el derecho a un racional y justo procedimiento consagrado en el inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; el artículo 14 N° 2 y artículo 14 N° 3 letra g), ambos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8° N° 2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, al valorar prueba ilícitamente obtenida, al haberlo sido con inobservancia de garantías consti-

tucionales, fruto de actuaciones ilegales de la Policía de Investigaciones de Chile, fueron utilizadas para condenar a sus representados como encubridores del delito funcionario de desviación de fondos del artículo 235 del Código Penal.

Señala que durante el desarrollo del juicio oral quedó en evidencia que, en el marco de la actuación policial realizada por el jefe de sus defendidos, (ambos ex funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile) y sus subalternos, se produjeron sendas infracciones sustanciales de sus derechos y garantías reconocidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Estas infracciones consistieron en: 1) obtención de declaraciones autoincriminatorias de los acusados sin previa lectura de derechos, sin autorización de fiscal y ni de juez de garantía alguno; 2) realización de diligencias de incautación de evidencia de forma autónoma y sin autorización ni intervención de juez ni fiscal del Ministerio Público, al haberse obtenido grabaciones de video del procedimiento en que había participado el policía Manuel Torres y en el que aparecía tomando y guardando en su bolsillo una bolsa conteniendo dinero, obtenidas de otra unidad policial, ante la noticia de un delito, sin cadena de custodia, sin orden del Ministerio Público ni de juez de garantía, utilizadas en el interrogatorio del policía Manuel Torres, exhibiéndoselas hasta obtener su confesión, todo ello sin lectura de derechos y para incriminar a sus de-

fendidos; 3) utilización de evidencia obtenida sin autorización judicial ni orden de fiscal del Ministerio Público, en contra de los acusados para obtener declaraciones de su parte, ya que no solamente se limitaron a incautar sin orden ni autorización alguna evidencia incriminatoria consistente en registros de video y sumas de dinero, sino que utilizaron los videos que obtuvieron y en los cuales no aparecían sus defendidos.

Explica que, tratándose de prueba obtenida con violación de derechos y garantías reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales vigentes, no debió haber sido valorada por los sentenciadores, quienes debieron absolver a mis defendidos de la acusación presentada en su contra.

En subsidio, invoca la causal contenida en el artículo 374 letra f) cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341 del Código Procesal Penal, por cuanto la sentencia excedió el contenido de la acusación condenando por hechos y circunstancias no previstos en ella, por cuanto sus patrocinados habían sido acusados por el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 número 2 del Código Penal y, al no existir prueba que acreditara la comisión de dicho delito, los sentenciadores calificaron jurídicamente los hechos como constitutivos del artículo 235 del Código Penal pero, para ello, condenaron por hechos y circunstancias inexistentes en la acusación penal del Ministerio Público.

Explica que, para hacer partícipes en un delito diverso de aquel por el cual fueron acusados (233 N° 2) utilizaron el tipo penal del artículo 235 del Código Penal que exige que la conducta del agente tenga lugar “con entorpecimiento del establecimiento o servicio” circunstancia relevante que define el tipo penal por el que fueron condenados y que jamás formó parte de la acusación presentada en su contra, pues en ella jamás se habló de entorpecimiento de algún establecimiento o servicio, que permitiera a las defensas probar o discutir la existencia de dicho ilícito y participación penal respecto del mismo. Además, se les condenó en calidad de encubridores bajo la hipótesis del artículo 17 N° 1 del Código Penal, afirmando en su condena que con posterioridad a la ejecución de la conducta del acusado Manuel Torres, se aprovecharon por sí mismos de los efectos del delito, excediendo el contenido de la acusación que jamás contuvo en su descripción fáctica hechos o circunstancias subsumibles en la hipótesis de un encubrimiento, que hacía necesario describir e imputar la existencia de un aprovechamiento posterior a la ejecución de una conducta ilícita, de efectos de un delito.

Refiere que la sentencia se dictó realizando una calificación sobre la participación penal sin advertir a la defensa, ni haber permitido a la misma debatir sobre ello. Argumenta que, con ocasión de los alegatos de clausura de los intervinientes (Fiscalía, Consejo de Defensa del Estado y defensas de los acusados) el juez presidente consultó

sobre la concurrencia de la hipótesis del artículo 235 del Código Penal –no contenida en la acusación de forma alguna– ante lo cual los intervinientes se refirieron a ello rechazando la procedencia de dicho tipo penal, sin embargo, los sentenciadores en momento alguno advirtieron a la defensa y a ningún interviniente, sobre una diversa calificación de la participación criminal y menos aún sobre la hipótesis de encubrimiento del artículo 17 N° 1 del Código Penal, que apareció de manera sorpresiva y arbitraria consignada en la sentencia condenatoria dictada en contra de sus defendidos. Ni en el alegato de apertura del Ministerio Público y del querellante institucional, ni en sus alegatos de clausura ni réplicas se esgrimió la participación criminal del artículo 17 N° 1 del Código Penal.

En subsidio de las causales anteriores, invoca la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en tanto calificó erróneamente los hechos por los cuales fueron acusados sus defendidos, como constitutivos del delito funcionario previsto y sancionado en el artículo 235 del Código Penal cometido como encubridores del mismo, en circunstancias que de haberse realizado una correcta interpretación y aplicación del derecho, sus defendidos debieron haber sido absueltos de la acusación presentada en su contra toda vez que no solo no se configuró la hipótesis del artículo 233 N° 2 del Código Penal,

sino que menos aún la conducta descrita por el artículo 235 del Código Penal.

Estima que los hechos que se dieron por establecidos y probados más allá de toda duda razonable no son subsumibles en el tipo penal aducido por los sentenciadores, así como tampoco son subsumibles los hechos probados en otros tipos penales como el de la malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal invocada por el Ministerio Público en contra de sus representados. En efecto, la conducta de recibir dinero en un momento posterior al del procedimiento realizado el día 10 de agosto de 2016 y en el cual el acusado Torres tomó una bolsa con dinero del inmueble en que él ingresó, no es posible de ser subsumida en el artículo 235 del Código Penal que exige elementos distintos a la de la figura por la cual sus defendidos fueron llevados a juicio oral, ya que se les hizo partícipes a título de encubridores de un delito que exige aplicar a uso propio y ajeno caudales o efectos puestos a su cargo, circunstancias que no se tuvo por acreditado durante el juicio de forma alguna que ello hubiera acontecido, resultando totalmente errónea la aplicación del tipo penal del 235 del Código Penal a los hechos que se tuvieron por acreditados, respecto de la posición jurídica que ha de concurrir en el funcionario respecto de los caudales o efectos puestos a su cargo.

Asimismo, los sentenciadores realizaron una errónea aplicación del derecho al castigar a sus representados como encubridores del delito funcionario previsto y sancionado en

el artículo 235 del Código Penal, estimando concurrente el elemento del tipo penal consistente en el daño o entorpecimiento del servicio público que jamás fue contenido en la acusación, ni fue objeto de prueba, ni se tuvo por acreditado de forma alguna en el juicio oral. Agrega la errónea aplicación de una pena a sus representados con ocasión de la aplicación del artículo 235 del Código Penal, en circunstancias que quedó totalmente acreditado que las sumas recibidas (sin conocimiento de origen ilícito alguno) fueron reintegradas antes de iniciarse persecución penal alguna.

Solicita que acoja la causal principal deducida o en subsidio de ella que acoja alguna de las causales subsidiarias declarando la nulidad del juicio oral y de la sentencia dictada con ocasión de él, ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante jueces no inhabilitados.

Segundo: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada en su fundamento noveno estableció que, “el día 10 de agosto de 2016, alrededor de las 16:30 horas, Manuel Emilio Torres Cabrera, en el ejercicio de sus funciones como miembro de la Policía de Investigaciones de Chile y perteneciente al grupo MT0 de la Brigada de Investigación Criminal de Santiago, mientras se encontraba cumpliendo una orden de entrada y registro en una causa seguida por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, ingresó al inmueble ubicado en calle Coquimbo N° 1497, en la co-

muna de Santiago, y tomó \$ 462.000 en dinero efectivo, que se encontraban en una bolsa.

Después del procedimiento, dividió dicho dinero en tres montos, dejándose \$ 135.000 para él y le pasó \$ 165.000 al funcionario de la Policía de Investigaciones Rodrigo Quezada Suazo y \$ 162.000 a la funcionaria de la Policía de Investigaciones Francisca Carolina Morales Portuguesez, ambos integrantes de su grupo MT0, quienes conocían su procedencia, pues también participaron del procedimiento y se guardaron el dinero”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito funcionario contemplado en el artículo 235 del Código Penal, en grado de consumado.

Ahora en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo en el considerando duodécimo desestimó la teoría de la defensa, señalando expresamente que, “se desestimó la pretensión de las defensas en orden a exculpar a sus representados por supuestas ilegalidades en la obtención de información, las que no fueron vislumbradas por el tribunal en la recepción de la prueba rendida.

En efecto, las diligencias efectuadas por el prefecto Cerna y el subprefecto Leal, sólo tuvieron por objeto constatar un hecho sospechoso que les había insinuado el inspector Tillería, luego de lo cual, ese mismo día, pusieron el asunto en conocimiento de la fiscal Giovanna Herrera, quien instruyó que el Departamento 5° de la PDI tomara las declaraciones respectivas y que el

prefecto Eduardo Cerna figurara como denunciante.

Además, de acuerdo a la prueba vertida, todas las declaraciones y actuaciones de los acusados fueron voluntarias. Incluso Rodrigo Quezada declaró con un abogado de confianza a su lado. Es más, se trata de funcionarios de la Policía de Investigaciones, con alta capacitación en cuales son los derechos de los imputados, por lo que alegar vulneración de derechos constitucionales aparece aquí como una incongruencia. Torres reconoció el hecho al serle exhibidas las grabaciones del procedimiento y fue él mismo quien involucró a Quezada y Morales, quienes no tuvieron más alternativa que reconocer la entrega del dinero por parte suya. Tampoco es efectivo que Torres y Morales hayan sido detenidos a buscar el dinero (sic), porque ellos mismos se ofrecieron a reintegrarlo.

Por otro lado, la defensa de Morales y Quezada reclamó que el video no se exhibió, pero no recuerda que en nuestro sistema procesal penal existe libertad de prueba, por lo que no era obligatoria su incorporación.

Asimismo, la defensa de Torres señaló que Eduardo Cerna fabricó evidencia, lo que tampoco es efectivo pues quedó demostrado que el procedimiento fue grabado por cámaras que portaban los funcionarios que efectuaron el allanamiento. Es más, alegó que su defendido había sido coaccionado, situación que ni él mismo sostuvo en estrados porque prefirió guardar silencio y todos los documentos y testimonios incorporados dan cuenta de

un actuar voluntario de los encartados en la aportación de sus relatos.

De igual forma, el testigo de descargo no aporta nada nuevo a efecto de resolver la controversia.

Finalmente, la disquisición que hace respecto a una supuesta manipulación del archivo rescatado por el perito Cristian Venegas desde el teléfono celular de Manuel Torres, no está justificada por prueba alguna, salvo una conclusión que él mismo desprende porque dicho perito señaló que el archivo estaba en inglés y la testigo Débora Cámpora manifiesta que lo vio en español, lo que es de una extrema vaguedad. También se pregunta si cabían 210 billetes en la bolsa levantada por su defendido, situación que es una mera especulación que no asienta ninguna duda razonable”.

Por su parte, la motivación undécima estableció que, “el núcleo fáctico establecido en el considerando noveno se encuadra en la figura del artículo 235 del Código Penal, toda vez que Manuel Emilio Torres Cabrera, a ese entonces funcionario de la PDI, con entorpecimiento del servicio público, aplicó a usos propios y ajenos, los caudales o efectos puestos a su cargo en un procedimiento de la Ley N° 20.000. Asimismo, Francisca Carolina Morales Portuguez y Rodrigo Antonio Quezada Suazo, a esa fecha funcionarios de la PDI y compañeros del primero, con conocimiento de la perpetración de dicho delito y con posterioridad a su ejecución, se aprovecharon por sí mismos de los efectos del ilícito.

El entorpecimiento del servicio se desprende en que no se consignó en el acta de incautación del procedimiento realizado en el domicilio de calle Coquimbo 1497, la bolsa con dinero que se guardó Torres y que después la repartió con Morales y Quezada, lo que a todas luces resulta una perturbación de la investigación seguida en contra de unos ciudadanos por el delito de tráfico de drogas, que dependiendo de las cantidades y montos involucrados, pudiera encuadrarse en el artículo 3° o 4° de la Ley N° 20.000, con penalidades diversas, situación que puede desprenderse de la misma Acta de Incautación incorporada y de la declaración de la subcomisario Giannina Toledo Sanhueza, quien señaló que Torres solo fijó fotográficamente que ella le requisó a la residente de la casa allanada. Y según el acta de incautación exhibida, en el lugar se confiscó droga, prendas de vestir y dinero (\$ 86.200 sobre la mesa del comedor y \$ 16.200 en el rack del dormitorio), mas no los \$ 462.000 que levantó Manuel Torres.

No se calificó el hecho de la forma pretendida por los acusadores, toda vez que el tipo penal del artículo 233 del Código Punitivo exige que el título por el que se tenga a cargo caudales o efectos públicos debe ser un depósito, una consignación o un secuestro, ninguno de los cuales se encuadra en la conducta desplegada por los hechos, por cuanto dichas hipótesis requieren que otro se los ponga a su cargo, lo que no ocurrió en la especie.

Además, los acusados devolvieron el dinero incautado apenas fueron

descubiertos y antes que se iniciara persecución penal en su contra, lo que hace aplicable la figura prevista en el artículo 235 del Código Penal, pues el funcionario Torres aplicó el dinero incautado, que estaban a su cargo, a usos propios y ajenos. El inciso segundo de dicho artículo señala que “No verificado el reintegro, se aplicarán las penas señaladas en el artículo 233”, por lo que a contrario sensu, en este caso, existiendo reintegro, en virtud del principio de especialidad, el precepto penal correspondiente y específico que se adecua a los hechos es el del artículo 235 del cuerpo punitivo”.

Tercero: Que, en lo que se refiere a la primera causal esgrimida por la articulista, y que puede sintetizarse en que denuncia infracción a la garantía del debido proceso al haberse obtenido declaraciones supuestamente autoincriminatorias por parte de los acusados sin lectura previa de derechos; incautación de evidencia de manera autónoma y sin autorización de juez ni de fiscal; y, el empleo de dicha evidencia para obtener declaraciones por parte de los acusados, no debe perderse de vista que como funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile los imputados estaban sometidos a un régimen jerárquico y disciplinario estricto, conforme lo establece el artículo 1° del D.L. N° 2.460, ley orgánica de la referida policía, cuyos deberes disciplinarios están contenidos en el Título III del Decreto N° 40, de 15 de junio de 1981.

En ese orden de ideas, de los antecedentes expuestos confluyen claramente dos tipos de investigaciones

—lo cual resulta común para todo tipo de funcionario público—. La primera, desde el punto de vista disciplinario y administrativo, a cargo de la propia institución y conforme al procedimiento disciplinario propio de dicha entidad; y, la segunda, desde el punto de vista penal, en manos del Ministerio Público, conforme a las normas contenidas en el Código Procesal Penal. Ambas investigaciones no resultan excluyentes y, claramente, no se rigen por las mismas normas procedimentales, teniendo únicamente como común denominador el respeto a la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

Cuarto: Que en cuanto a los cuestionamientos que esboza la defensa, debe tenerse en consideración que, durante la audiencia de juicio oral, ambos acusados prestaron declaración de forma voluntaria, lo que quedó refrendado en el motivo cuarto del fallo en estudio, de manera tal que no se advierte de que forma las declaraciones prestadas el día de los hechos ante el superior jerárquico, dentro de las atribuciones disciplinarias de la propia Policía de Investigaciones de Chile y, de forma previa al inicio de la investigación penal, afectaron la garantía al debido proceso que finalizó con la sentencia condenatoria a su respecto.

En cuanto a los reproches efectuados al levantamiento de evidencias, consistente en primer lugar en el registro audiovisual de los hechos en que participó el imputado Torres Cabrera, los registros de audio de los interroga-

torios y de la autorización voluntaria para la incautación del dinero, debe tenerse en cuenta lo expresado en el motivo anterior respecto al régimen jerárquico y disciplinario estricto que rige a la Policía de Investigaciones, en que es dable la aplicación de un procedimiento administrativo propio para la investigación de las responsabilidades funcionarias derivadas de hechos ilícitos y que no es regido ni por los principios ni por las normas que consagra el Código Procesal Penal, de manera tal que los registros de audio de las declaraciones obtenidas en sede de investigación administrativa interna no permiten configurar una infracción de garantías en el desarrollo de la investigación penal. En el mismo orden de ideas, el registro audiovisual cuestionado en cuanto a su levantamiento no involucraba a los acusados Quezada Suazo y Morales Portuguesez, de manera tal que cualquier reparo al mismo no resulta procedente, máxime si dicho registro no fue incorporado en la audiencia de juicio oral. Asimismo, tampoco se logra avizorar una vulneración de garantías en la entrega del dinero voluntaria que efectuó la imputada Morales Portuguesez.

Quinto: Que esta Corte ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, tras-

cedente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS roles N°s. 2866-2013 de 17 de junio de 2013, 4909-2013 de 17 de septiembre de 2013; 21408-14 de 8 de septiembre de 2014; 28109-18, de 4 de febrero de 2019; y, N° 21-2019, de 18 de febrero de 2019), situación que no se ha advertido en la especie, razón por la que el recurso de nulidad no podrá prosperar en este acápite.

Sexto: Que, en cuanto al segundo capítulo del arbitrio recursivo, al sustentar la causal de su recurso en una supuesta incongruencia entre los hechos materia de la acusación y los establecidos en la sentencia, conviene precisar que la norma contenida en el artículo 341 del Código Procesal Penal fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que debe corresponderse con el hecho descrito en la acusación y cuya base de interpretación, al decir del profesor Julio Maier, “está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado

y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado” (Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª edición, 3ª reimpresión, año 2004, página 568).

Séptimo: Que en tal entendimiento, para que la causal propuesta pueda ser atendida, la variación fáctica consignada en el fallo debe ser idónea para viciar el pronunciamiento, lo que acontecerá cuando medie una alteración objetiva que haga variar el objeto del juicio; que de haber sido conocida, habrían permitido representarse otros elementos probatorios y/o argumentos, adecuando su alegato en lo material y técnico o bien, al mismo imputado para ejercer su derecho a ser oído. Entonces, el reconocimiento de este principio supone que se haga conocer al imputado oportunamente y en forma detallada —e inmodificable— los hechos que constituyen la base y naturaleza de la acusación, lo cual implica que pueda contar con información suficiente para comprender los cargos y para preparar una defensa adecuada.

Octavo: Que en el presente caso, la sentencia se corresponde con la acusación, toda vez que el contenido del fallo no se aleja del acontecimiento histórico imputado sino que precisamente decide sobre él. De ninguna posibilidad de actuación fueron privados ni los imputados ni su defensa, la alteración que cuestiona no es más que la concreción de los hechos de la acusación al suceso particular probado, todo lo cual fue materia de debate y prueba,

como se puede constatar del análisis del fallo, y ello es así pues la pretensión punitiva ha de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos que, en términos más abstractos, se contienen en la acusación. En efecto, si bien los hechos fijados por los sentenciadores del fondo resultan más acotados que aquellos contenidos en la acusación, no se ha alterado el núcleo fáctico de los hechos investigados.

En lo que guarda relación con la determinación de la participación de los acusados —a título de encubridores— el reproche normativo que intenta imputar el recurrente carece de sustrato legal, por cuanto el artículo 341 del código adjetivo solo establece el caso de recalificación jurídica de los hechos, exigiendo la advertencia y la posibilidad de debate, circunstancia que el propio articulista admite, sin embargo su reproche adicional lo sustenta en la determinación de la participación que asistió a los acusados, distinta de la hipótesis de autoría contemplada por el ente persecutor, lo que corresponde a una facultad privativa de los sentenciadores del fondo, en el sentido de establecer la correcta calificación jurídica de la participación atribuida a los acusados, de manera tal que este capítulo de nulidad no podrá prosperar.

Noveno: Que, finalmente, en lo que guarda relación con la última causal subsidiaria de nulidad impetrada, en su primer acápite no se advierte el error de derecho reprochado por el articulista, en tanto los sentenciadores del fondo optaron por recalificar los hechos a la figura residual contemplada

en el artículo 235 del Código punitivo, en tanto los funcionarios no mantenían los caudales o efectos en depósito, consignación o secuestro, como exige el tipo del artículo 233, sino que solo a su cargo. En cuanto al segundo subcapítulo dentro de la causal en estudio, y que guarda relación con la calificación de la posición jurídica del funcionario respecto de los caudales o efectos puestos a su cargo, de acuerdo a la descripción que hace el artículo 235 en estudio, no debe olvidarse que la Ley N° 20.000, en su artículo 40 inciso segundo, a propósito de los bienes incautados en los delitos que regula dicha ley, establece que “los dineros se depositarán en el Banco del Estado de Chile, en cuentas o valores reajustables”, por lo que el yerro denunciado no se configura. En lo que respecta al tercer subcapítulo contenido en la causal, más que un error en la aplicación del derecho, el reparo del recurrente se sustenta en la determinación fáctica que el tribunal precisa en el motivo undécimo, el cual resulta inamovible para esta Corte y, por tanto, escapa a la revisión por la causal en estudio.

Finalmente, el cuarto capítulo contenido en la causal en estudio y que se refiere al cuestionamiento efectuado a la decisión de condena, con base al reintegro de los fondos antes de iniciarse la persecución penal, cabe señalar que dicha argumentación responde únicamente a una interpretación doctrinaria, toda vez que la norma en estudio, o

sea, el artículo 235 del Código punitivo, no establece dicha circunstancia, consagrando únicamente una agravación de la punibilidad de la conducta en el evento de no verificarse el reintegro, por lo que no logra advertirse el yerro denunciado.

De esta forma, y no verificándose los errores de derecho denunciados con ocasión de la causal impetrada y que, los mismo, hubieran tenido una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, es que el recurso deberá ser también desestimado a su respecto.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados Rodrigo Antonio Quezada Suazo y Francisca Carolina Morales Portuguesez, contra la sentencia de cuatro de junio de dos mil diecinueve, dictada por el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1.600.819.373-1 y RIT 636-2018, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Munita.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.

Rol N° 16947-2019.