

Vistos:

1.- En estos autos RIT 0 - 814 – 2011 del Juzgado de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua, por delito de malversación de caudales públicos de los artículos 233, 234 y 235, se llevó a efecto la audiencia celebrada el 22 de septiembre de 2011, ocasión en que el abogado Manuel Yáñez Díaz, por los querellantes René Leyton Leyton, Francisco Canales Cerón y Jaime Enríquez González Ramírez, solicitó al tribunal la reapertura de la causa, en atención que a esa fecha no se habían realizado todas las diligencias necesarias para el éxito de la investigación, entre ellas citar a declarar al Contralor Regional y otro funcionario de esa dependencia, que la Fiscalía estimó impertinente, puesto que el informe, que no fue otro que una auditoría interna hecha en diciembre del 2009 a la Corporación del Desarrollo Municipal de San Vicente de Tagua Tagua, dio cuenta de diversas irregularidades que motivaron la investigación, que refrendó el Contralor, haciendo innecesario su comparecencia. Aclaró el Fiscal que todas las diligencias fueron resueltas y por ello se opuso a la reapertura de la investigación.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal, el tribunal, atendido todo lo anterior no dio lugar a la solicitud antes señalada

2.- En tanto, en la misma audiencia, el Fiscal comunicó la decisión de no perseverar en este procedimiento, por cuanto, al entregarse dicho informe en la audiencia anterior, se generó un nuevo Ruc, lo que equivalía a una nueva investigación.

A ello se opusieron los querellantes.

Por su parte, la defensa de todos los que querellados, solicitó en esa audiencia el sobreseimiento definitivo parcial, a lo cual, también se opusieron los querellantes.

3.- En la misma audiencia de 22 de septiembre de 2011, el Tribunal decretó el sobreseimiento definitivo de la presente causa en relación a todos los querellados de acuerdo al artículo 250 letra a del Código Procesal Penal, teniendo en consideración la sentenciadora que en la especie no habrían hechos que configuraran delitos, que tampoco habrían antecedentes de participación de aquellos en algún otro delito, los cuales, además, no serían funcionarios públicos y porque no habría apropiación de dineros para uso particular.

4.- Los querellantes, representados por Manuel Yáñez Díaz y por Renato Cárcamo Solís, apelaron de la resolución que no dio lugar a la reapertura de la investigación, de la resolución que aprobó la solicitud de no perseverar y en contra de la que dio lugar al sobreseimiento definitivo.-

Esta apelación fue declarada abandonada por resolución de esta instancia, de fecha 19 de octubre de 2011, razón por la que no será motivo de conocimiento ni decisión alguna.

5.- En contra de la señalada resolución que no dio lugar a perseverar en la investigación y que decretó el sobreseimiento definitivo, fue, apelado, también, por el Fisco de Chile, representado por su abogado procurador Fiscal, Don Guillermo Nesle Marín.

Y, considerando:

Primero: Que antes de analizar y resolver la controversia suscita en autos, es necesario previamente tener presente algunos antecedentes y hechos que permitirán contextualizar lo discutido y resuelto en esta causa.-

a) La Corporación de Desarrollo Municipal de la Municipalidad de San Vicente de Tagua Tagua, persona jurídica de Derecho Privado, fue constituida para administrar los colegios que dicho municipio mantiene en su comuna. Su patrimonio está constituido por los fondos que aportan el Fisco y otros, el cual es administrado por quien tiene facultades económicas y administrativas al efecto. Se rige por un Directorio, compuesto por cuatro concejales y un presidente que por derecho propio es el Alcalde por ejercicio. Al año 2008 ostentaba este cargo Virginia Troncoso Hellman, quien, teniendo dicha facultad, las delegó en el funcionario Eduardo Mitchell Aedo, que pasó a administrar los fondos provenientes de los distintos aportes.

b) Estos fondos tienen por objeto asignarlos a tres ítems específicos, estos es, a bonos, aguinaldos otorgados a personal que se rige por el Código del Trabajo; a un bono especial para asistentes de la educación y a gastos ajenos a fines institucionales.-

c) Lo anterior tiene sentido, por cuanto en la Corporación existe tres regímenes estatutarios que regulan el desempeño funcionario de las personas adscritas a ellos - Así, los profesionales de la educación se rigen por la Ley 19.070, los Asistentes de la Educación por la Ley N° 19.464, y los que se desempeñen en la administración, banda de música y cultura por el Código del Trabajo.

d) La Contraloría Regional mediante informe final N° 46, de 2009, dio cuenta de la auditoría del control financiero efectuado a dicha Corporación, cuya revisión comprendió el periodo Enero y Diciembre de 2008.

Segundo: Que dado lo extenso y pormenorizado del citado informe, se hará referencia sólo a aquellos aspectos de la investigación que originaron comentarios y observaciones referidos a los fondos de educación, que es el tema de conflicto a discutir en esta instancia.

I.- Bonos, Aguinaldos y Otros al Personal Regido por el Código del Trabajo.

Como antecedente previo, hay que señalar que la ley 20.333, vigente al año 2008, otorgó bonos y aguinaldos al personal traspasado al educación con financiamiento público, excluyendo expresamente al personal cuyas remuneraciones eran contractuales, es decir, aquellos que se regían por el Código del Trabajo. Pues bien, el informe de Contraloría observó que de tales fondos, la Corporación pagó un total de \$ 14.966.476, por tales beneficios, durante Enero a diciembre de 2008 a personal de educación y a sus asistentes, quienes no tenían derecho a ello.-

II.- Bono Especial a Asistentes Educativos.

Respecto de este personal, la Ley N° 20.244, estableció un bono especial en su favor, cuando se desempeñen en establecimientos educacionales, excluyéndose, por ende, a quienes cumplen funciones en los Departamentos de Administración Municipal de Educación. Respecto de lo anterior, el informe de Contraloría detectó que ese personal que cumplía funciones administrativas afectas al Código del Trabajo, expresamente excluidos para tal efecto percibió durante el 2008, el bono especial por un monto de \$ 576.000 con financiamiento público. Este pago fue declarado improcedente.-

Sobre el particular, ambos querellantes sostuvieron que la Alcaldesa reconoció expresamente que dichos fondos fueron otorgados a personas que no eran beneficiarias con financiamiento fiscal proveniente de la Ley 20.244.

III.- Gastos ajenos a fines institucionales.

Señala la Contraloría que durante el periodo en la revisión, la municipalidad de San Vicente de Tagua Tagua efectuó aportes a la Corporación de Desarrollo por un monto de \$ 276.374.027, lo que es permitido de acuerdo a su Ley orgánica.

Pero, al examinar los gastos asociados a dichos recursos, constató que una parte de éstos fue destinada apoyar la gestión municipal, lo cual resulta improcedente, por cuanto el traslado de funciones propias y habituales del municipio a la Corporación pugna con los fines propios de esta última, que son la administración y operación de los servicios de educación solamente.

Dicha destinación, según el informe en comento, quedó finalmente acotada al pago de aquel personal, como el encargado de deporte, secretarías de departamentos municipales, personal de guardia de edificios públicos y/o municipales.

IV.- Conclusiones.

El referido informe concluyó, entre otras cosas, que del examen efectuado a la Corporación de Desarrollo de la Municipalidad de San Vicente de Tagua Tagua, se pudo establecer que respecto de los egresos por concepto de bonos y aguinaldos y otros beneficios pagados al personal regidos por el Código del Trabajo y por concepto de bonos especiales destinados a los asistentes educacionales, pagados ilegalmente a los funcionarios que cumplían funciones en los departamentos de educación “deberá determinarse por las vías legales pertinentes”..

Tercero: Que los querellantes, ante las anomalías detectadas por el ente Contralor según lo referido en el motivo precedente, sostuvieron lo siguiente:

a) Bonos, aguinaldos y otros beneficios otorgados a personal regido por el Código del Trabajo:

Según consta de los antecedentes, la propia Alcaldesa, Virginia Troncoso Hellman, en calidad de Presidenta de la Corporación, autorizó expresamente el pago de aquellos bonos y aguinaldos al personal traspasado de la educación con financiamiento público, a través del delegado Eduardo Mitchell Aedo, otorgándoles la suma de \$14.966.476 por tales beneficios.-

Desde el momento en que se hizo efectiva tal destinación de fondos contrariando expresamente la Ley, por cuanto aquellos estaban destinados única y exclusivamente al personal de la educación y a sus asistentes - se configuró en la especie el delito previsto en el artículo 236 del Código Penal.

La disposición señala que «El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento»

Añadieron los querellantes que la Alcaldesa reconoció en sede administrativa haber autorizado el desvío de aquellos fondos a un fin distinto al previsto en la ley, mediante su propio arbitrio, desde el momento en que con la aprobación presupuestaria y la recepción de los dineros para el año 2008, oportunidad donde se asignan a los diferentes fines que deben realizarse – consintió y toleró que cierta cantidad se dispusiera para el pago de los bonos y aguinaldos a personal que no correspondía, admitiendo que esto se hizo con fondos públicos.-

Al actuar como lo hizo, habría incurrido en el delito de “fraude y exacción ilegal”, específicamente la figura contenida en el artículo 239 del Código Penal, el cual señala que “El empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare al Estado, Municipalidades [.....] Sean originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medios a máximo».

El delito anterior lo habría cometido en noviembre de 2007 y durante Enero y Diciembre de 2008.

En tanto que Eduardo Mitchelle Aedo, habiendo materializado dicho pago, teniendo la calidad de funcionario público, y actuando arbitrariamente, habría incurrido en el delito del artículo 236, en calidad de autor.-

b) Bono Especial para Asistentes de Educación.

Los mismos funcionarios mencionados habrían incurrido, también, en el desvío de dinero asignado solo al personal que se desempeñaba como Asistente de la Educación, para pagar con dichos fondos al personal. Esta aplicación pública diferente de aquella a que estaban destinados tales fondos, arbitrariamente realizada configuraría también su participación como autores del delito tipificado en el artículo 236 de dicho cuerpo legal.

En ambos delitos, los querellantes estimaron que actuaron como cómplices los demás miembros del Directorio de la Corporación, los Concejales Milton Venegas Beltrán, Jorge Correa Pérez e Iván Abarca Salas.

Cuarto: Que en su apelación, el Fisco de Chile, disintiendo de lo resuelto en autos, sostuvo que de acuerdo a los hechos observados por la Contraloría en el citado informe, que fueron mencionados y descritos en los considerados precedentes, se daban todos los elementos del tipo del artículo 236. Y en referencia a la existencia del arbitrio por parte del funcionario, sostuvo que tal concepto no podía entenderse desde el punto de vista administrativo, como lo señaló la defensa, si no como **“el conocimiento de que se está dando a los fondos una aplicación pública diferente de aquella a los que estuvieren destinados”**.

“Es decir, el funcionario ha de conocer el destino de los caudales o fondos, establecidos en virtud de las leyes o reglamentos pertinentes, y saber que la aplicación que da a los fondos no corresponde con ello» (Luis Rodríguez Callao”. Delitos contra la función pública”). Sostuvo el Fisco que el concepto de arbitrario, en relación a la antijuridicidad de la conducta exigida por el tipo, puede satisfacerse perfectamente con la concurrencia de un dolo eventual de quienes administran fondos públicos, los cuales, en conocimiento que deben aplicarlos a un fin determinado, lo hacen a otro distinto, lo que no requiere que esta aplicación ilegal traiga consigo un resultado dañoso para la víctima, dado su carácter de delito de mera actividad, ni tampoco provecho personal.

En suma, se trata de un delito formal, pues se perfecciona por la simple aplicación pública distinta de la debida, con arbitrariedad, no entendiéndola como antojadiza o sin motivo que la justifique, sino como conocimiento previo del destino proyectado para los fondos.

Como concluye Labatut, este delito es la forma más leve que puede revestir la malversación de caudales públicos.

En entradas, el fisco sostuvo que, independientemente de lo anterior, de todas maneras se hacía extensivo a los casos denunciados lo dispuesto en el artículo 238 del Código Penal, en tanto que la figura contenida en éste está referida “Al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales...” Por consiguientes, no se requiere que el funcionario que se encuentre en la hipótesis señalada, tenga necesariamente la calidad de empleado público o municipal.

Quinto: Que, en atención a todos los antecedentes analizados y descritos en la auditoría de la Contraloría Regional, este Tribunal asume la plena convicción de que los hechos referidos a los pagos irregulares a que se hizo referencia, son constitutivos de delitos.

Como consecuencia de lo anterior, se revocará la resolución en alzada, por no darse la causal invocada para declarar el sobreseimiento definitivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 370 y 371 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, se revoca la resolución apelada de fecha 22 de septiembre de dos mil once, en cuanto decretó el sobreseimiento definitivo de la presente causa, en relación a todos los querellados, y en su lugar se resuelve: que no se hace lugar a la petición de sobreseer definitivamente estos autos.

Con el voto en contra del señor Ministro Titular don Carlos Farías Pino, quien estuvo por confirmar la resolución apelada, en razón de sus propios fundamentos y, además, porque los actuales criterios jurídicos doctrinarios tanto de este país como de otros, son convergentes a estimar que los hechos de los que dio cuenta la Contraloría no pasan de ser una falta de orden administrativo.

Redacción del Abogado integrante señor Juan Guillermo Briceño Urra.

Regístrese y comuníquese.

Rol Corte 334 -2011-Reforma Procesal Penal.

Pronunciada por la Segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los señores ministros titulares don Ricardo Pairicán García, don Carlos Farías Pino y abogado integrante don Juan Guillermo Briceño Urra.

Catalina Henríquez Díaz
Secretaria (S)