

Puerto Montt, veinticuatro de julio de dos mil veintitrés.

Vistos.

En autos penales tramitados ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt con el RIT 87-2022, RUC 1800900831-0, comparece el defensor penal licitado don Pablo Castro Ruz, en representación del acusado Álvaro Gonzalo Berger Schmidt, quien interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia que condenó a su representado a sufrir la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo y multa a beneficio fiscal equivalente al 50% del perjuicio irrogado, por su autoría en un delito consumado de fraude al fisco, ilícito previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal. Funda su recurso en la causal de nulidad prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; la interpone tanto como causal principal y también como causal subsidiaria.

En primer lugar, como causal principal, alega una errónea aplicación del derecho respecto de lo dispuesto en el artículo 239 del Código Penal. Ello, por cuanto el hecho que se tuvo por acreditado no satisface las exigencias típicas objetivas ni subjetivas del delito de fraude al fisco, según la interpretación de la norma a la que adscribió el Tribunal *a quo*. Acerca del punto, explica que el fallo impugnado siguió la tesis por la cual el delito se satisface con el incumplimiento de deberes funcionarios sin exigirse engaño. Sin embargo -aduce- que el hecho acreditado no describe cuáles serían los deberes funcionarios infringidos, cómo los habría infringido el acusado ni cómo la supuesta infracción de deberes se conecta funcionalmente con el perjuicio ocasionado.

En esta misma línea argumentativa, refiere que su conclusión se vio ratificada por lo dispuesto en la página 101 (sic) del fallo, en lo que se refiere a la calificación jurídica, haciendo eco de lo consignado por la acusadora particular, pero -insiste- ello no fue imputado en la acusación y tampoco se describió en el hecho acusado. Agrega que, aún más, el acusador particular no sostuvo lo antes



dicho al describir el hecho, sino que en la calificación jurídica y participación según se observa del auto de apertura.

Como petición concreta solicita se acoja la causal de nulidad, dictándose una sentencia de reemplazo absolutoria, conforme lo dispone el artículo 385 en relación con el artículo 373 letra b), ambos del Código Procesal Penal.

A continuación, como causal subsidiaria, igualmente esgrime aquella contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, pero esta vez, entiende que se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho, en concreto, de los artículos 63 y 67 del Código Penal. Señala que el tribunal reconoció la atenuante prevista en el artículo 11 N°6 para luego, hacer aplicación de lo dispuesto en el artículo 239 inciso 2° del Código Penal, aumentando la pena en un grado. Enseguida, expone que la gravedad de la infracción y el daño causado, permiten considerarse ya en este tramo, fijando el quantum de la pena en 5 años en atención, nuevamente, al daño causado. Concluye que el procedimiento llevado a cabo por el Tribunal implica negarle efecto a la atenuante de irreprochable conducta anterior y a la norma contenida en el artículo 67 inciso 2° del Código Penal. Sostiene que esta errónea aplicación del derecho influye sustancialmente en la parte resolutive de la sentencia, implicando que se aplique una pena superior a la que legalmente corresponde, aplicando la pena primero en su máximum y luego, en su límite superior.

Pide se acoja la causal invocada para el caso de que se rechace la causal principal, anulándose la sentencia, dictándose una de reemplazo que declare que se condena a Álvaro Gonzalo Berger Schmidt a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a cumplir bajo libertad vigilada intensiva.

Que en audiencia celebrada con fecha 04 de julio de 2023 asistieron en representación del imputado, el abogado don Cristian Rozas Dockendorff; en representación del Ministerio Público, el abogado Gonzalo Bascur Retamal y de la parte querellante, el abogado Rodrigo Tejos Núñez, quienes alegaron lo pertinente en defensa de sus derechos.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO.



PRIMERO: Que para resolver el asunto sometido a decisión de esta Corte, resulta útil recordar la naturaleza y alcance del recurso de nulidad, esto es, ser de derecho estricto, lo cual significa que esta Corte no se encuentra facultada para reexaminar los hechos establecidos de manera soberana por el sentenciador del fondo, otorgándole una competencia limitada para la revisión de las decisiones del Tribunal recurrido, de conformidad con lo prevenido en los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que las causales de nulidad invocadas por la defensa penal se circunscriben a la contemplada en el artículo del artículo 373 Letra b), esto es, “en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, aduciendo que se habría aplicado erróneamente el artículo 239 del Código Penal, y en subsidio, por una errada aplicación de los artículos 63 y 67 del Código Penal, respectivamente.

TERCERO: Que para que pueda prosperar la causal de nulidad invocada por el recurrente, esto es, aquella prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se requiere que exista una errónea aplicación del derecho -que se equipara a la denominada infracción de ley en derecho comparado-, implica una transgresión formal del precepto o una interpretación inadecuada de la normativa correspondiente. En este sentido, el recurso de marras, en su primera causal, sostiene que esta se configura por cuanto el hecho que se tuvo por acreditado en el motivo Decimosegundo, no satisface las exigencias típicas objetivas ni subjetivas del delito de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, que en su redacción a la fecha de los hechos prescribía: ***“El 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, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.*”**



En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, el Juez podrá aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior.

Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

En todo caso, se aplicarán las penas de multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.”

En otros términos, la falta de aplicación de una norma pertinente, su utilización inadecuada, la aplicación de una norma no pertinente, o la aplicación correcta de la norma, pero con una interpretación errónea, son los supuestos que caracterizan la errónea aplicación del derecho y que pueden ser objeto de impugnación por este recurso. Por lo tanto, la interpretación de la norma debe ser coherente con su espíritu y finalidad, y ajustarse al marco legal vigente para garantizar la correcta aplicación del derecho en la resolución de los casos.

CUARTO: Que de acuerdo a los hechos establecidos en la sentencia, que en detalle se consignan en el considerando Decimo Segundo del fallo impugnado, a juicio de estos sentenciadores es correcta la calificación jurídica que efectúan los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, lo cual está en coherencia con la conclusión fáctica a la que arriban para tener por configurado el delito de Fraude al Fisco, al señalar *“De esta manera, Álvaro Berger Schmidt, en la calidad que ostentaba a la fecha, abusando de su cargo, de la apariencia de legalidad y legitimidad que sus actuaciones como alcalde generaban, realizo’ maniobras tendientes para obtener pagos improcedentes, al permitir los pagos a su comitiva, sabiendo que el viaje carecía de un interés público, propiciando un viaje al extranjero que tenía la apariencia de una misión oficial del jefe comunal junto a una delegación, todos quienes debían trasladarse a Bariloche, con el supuesto objetivo de concurrir “a la firma del Convenio de promoción turística, intercambio cultural y comercialización de productos regionales de la economía popular solidaria y otros”, entre los días 04 al 08 de septiembre del año 2015.*



Para estos efectos, Álvaro Berger Schmidt, dispuso entregarse a él, a los concejales y a seis funcionarios municipales, vía anticipo de viatico y fondos a rendir, dinero o bienes públicos destinados a satisfacer las necesidades del servicio del municipio, para utilizarlos en actividades y fines de interés personal, las cuales no se encontraban autorizadas ni comprendidas en la comisión de servicios.

Dicha comisión nunca se concretó, consumándose la defraudación que generó un perjuicio para las arcas municipales y el erario fiscal, por el monto de \$5.338.080.-“.

QUINTO: Que, además, debe destacarse que el fallo recurrido en el considerando Decimo Segundo de la sentencia recurrida hace suya la jurisprudencia del Excm. Corte Suprema, en cuanto a la correcta calificación del delito que se imputó al encartado, que sobre el particular ha señalado: “.....**que los jueces en el considerando décimo quinto del fallo atacado han explicado latamente cómo han entendido el tipo penal materia de acusación en relación al caso concreto, y han sostenido que para ello han tenido en cuenta la línea seguida por Hernández H. en su obra “La administración desleal en el derecho penal chileno”, de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, año 2005, p. 202 y 238, es decir, tal concepción a la que adhirieron los jueces ya era así entendida por al menos parte de la doctrina diez años antes de la ocurrencia de los hechos materia de juicio. Es esta postura la que parece más ajustada a Derecho en esta materia, pues entender el fraude al fisco como una forma de estafa con el elemento “engaño” entre sus requisitos, implicaría incurrir en el absurdo de pretender que hubiera una persona natural a quien se haga artificialmente que se represente una falsa idea de la realidad para que efectúe una disposición patrimonial con perjuicio para ésta o terceros, lo que es prácticamente inaplicable en casos de personas jurídicas y en que se administra recursos de terceros o al menos de la comunidad. Es por ello que lo esencial en casos como los que esta figura de fraude al fisco pretende proteger, es de la acción malintencionada de quienes detentan funciones**



públicas justamente con facultades de administración y disposición patrimonial a nombre del Fisco, es decir, que las ejerzan frustrando la misión que tienen sobre el patrimonio público, el que están llamados a gestionar de manera intachable al servicio de un fin último deseado en beneficio de la comunidad. A mayor abundamiento, el autor Juan Pablo Mañalich, en su escrito “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, polít. crim. Vol. 7, N° 14 (Diciembre 20012), Art. 4, pp. 357-377, ha dicho también con bastante antelación a estos acaecimientos y bajo la vigencia del mismo Código Penal previo a la modificación obrada por la Ley 21.121, que “Frente a la característica común a las distintas variantes de malversación punible, consistente en la posición relativa del funcionamiento que es potencial autor, quien ha de tener a su cargo los caudales o efectos cuya conservación o aplicación se trata, lo distintivo del así llamado “fraude al fisco”, tipificado en el art. 239 del Código Penal, consiste en la posición relativa del respectivo funcionario que, en razón de su cargo, interviene en una determinada operación de significación patrimonial para el Estado u otra entidad pública, en el marco de lo cual ha de tener lugar la defraudación, con perjuicio para el respectivo patrimonio público. (...) la comprensión del fraude al fisco como una forma de estafa vuelve prácticamente imposible dar cuenta de la significación de la exigencia típica según la cual la defraudación ha de ser efectuada por el funcionario que interviene en la respectiva operación en razón de su cargo (...) el injusto del fraude al fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”; siendo esto último, empero, lo característico de la estafa, en la medida en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial, para sí o para un tercero, por parte de otro (...) la posición del funcionario que interviene en una determinada operación en razón de su cargo se identifica con la posición del autor, en circunstancias de que, de tratarse de una estafa, dicha posición tendría que estar ya ocupada por la persona engañada por el autor (...) hay que abandonar sin reserva alguna la idea de que el delito tipificado



en el art. 239 del Código Penal pudiera exhibir, en todos o en algunos casos, la estructura de una estafa. La mejor interpretación de la disposición, en efecto, es la que lleva a conceptualizar el fraude al fisco como un delito de administración desleal del patrimonio público; o más precisamente: de gestión desleal del patrimonio público (...) el injusto del fraude al fisco se corresponde con una vulneración del principio de probidad, en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa (...) bajo la comprensión del fraude al fisco como un delito de administración desleal es enteramente irrelevante que en determinados casos el funcionario que en razón de su cargo interviene en una operación que compromete el patrimonio público pueda valerse de una maniobra constitutiva de –o cercana a un- engaño (...) si se acepta que la tipificación del fraude al fisco exige nada parecido a un engaño, entonces ha de aceptarse que el fraude al fisco jamás puede constituir una estafa, con total independencia de si el comportamiento de una persona pudiera llegar a realizar al modo de una “unidad de hecho”, uno y otro tipo delictivo”.¹

Por lo demás, el reproche al fallo de parte de la recurrente en orden a que el hecho acreditado no describe cuáles serían los deberes funcionarios infringidos, cómo los habría infringido el acusado, ni como aquella supuesta infracción de deberes funcionarios se relaciona funcionalmente con el perjuicio producido, debe ser desechado, desde que dichos elementos no forman parte del tipo penal en específico, razón por la cual el recurso de nulidad en este capítulo no puede prosperar.

SEXTO: Que en subsidio, el libelo recursivo invoca una errada aplicación de los artículo 63 y 67 del Código Penal, ya que la sentencia resolvió condenar a su defendido a una pena corporal mayor a la que legalmente procede de acuerdo a derecho, siendo esta de cinco años de presidio menor en su grado máximo y multa a beneficio fiscal equivalente al cincuenta por ciento del perjuicio irrogado en

¹ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol N° 7006-2021, de 23 de marzo de 2023.-



XMGFXGFTLRP

calidad de autor del delito consumado de fraude al fisco previsto y sancionado en el artículo 239 del código penal, cometido en contra de la I. Municipalidad de Puerto Varas.

SEPTIMO: Que en este orden de ideas, es preciso señalar que de acuerdo a lo razonado por los jueces del fondo en cuanto a la determinación de la pena a imponer al condenado, no es posible constar infracción alguna en los términos que la recurrente pretende, desde que a juicio de esta corte, la pena impuesta resulta más beneficiosa de haberse aplicado correctamente las normas llamadas a resolver la materia. En efecto, de conformidad al inciso 2° del artículo 239 del Código Penal, siendo el monto de lo defraudado superior a cuarenta unidades tributarias, correspondía aumentar en un grado la pena, esto es, la de presidio mayor en su grado mínimo. Luego, por aplicación del artículo 68 del Código Penal, al concurrir una circunstancia atenuante, correspondía imponer la pena en su rango inferior, esto es, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Con todo, como ha quedado demostrado, la pretensión del recurrente no se configura, debiendo por ello también rechazar el recurso de nulidad impetrado, como se dirá en lo resolutivo de esta sentencia.

Que, por lo antes expuesto, se rechazará el recurso de nulidad interpuesto por la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por no haberse incurrido en el error de derecho que se denuncia.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 384 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, **se rechaza**, sin costas, el recurso de nulidad deducido por don Pablo Castro Ruz, defensor penal licitado, en representación por el imputado don **Alvaro Gonzalo Berger Schmidt**, en contra de la sentencia pronunciada con fecha diecinueve de enero de dos mil veintitrés, en causa RIT 87-2022 del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, la que en consecuencia no es nula.

Regístrese y comuníquese vía interconexión.

Redactado por el abogado integrante Claudio Fernández Melo.

Rol Corte N° 119-2023 Penal





XMGFXGFTLRP

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt integrada por los Ministros (as) Gladys Ivonne Avendaño G., Juan Patricio Rondini F. y Abogado Integrante Claudio Patricio Fernandez M. Puerto Montt, veinticuatro de julio de dos mil veintitrés.

En Puerto Montt, a veinticuatro de julio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>