

Santiago, siete de marzo de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En estos autos RIT N° 66-2022, RUC N° 1810008507-7 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de quince de diciembre de dos mil veintidós, las magistradas doña Doris Ocampo Méndez, doña Katrina Chahín Ananía y doña María Inés González Moraga, en lo pertinente, decidieron absolver a Cristián Iván Atenas Marchán de los cargos como autor del delito de estafa y de invasión de giro bancario, sostenidos por la querellante.

En contra de esta decisión, la parte querellante dedujo recurso de nulidad por la causal prevista en la letra e) del artículo 374 en relación al artículo 342 letra c) y artículo 297 en relación con el artículo 340, todas disposiciones del Código Procesal Penal y en subsidio, la contemplada en el artículo 373 letra b) del referido cuerpo legal.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en primer término sostiene la querellante que como causal principal concurre la contemplada en la letra c) del artículo 342, en relación con lo dispuesto en los artículos 297 y 374 e) todos del Código Procesal Penal.

Indica que en cuanto a la infracción a la regla de la lógica o principio lógico de la razón suficiente, la sentencia recurrida, en el considerando séptimo señala respecto de uno de los hechos fundamentales (que el engaño se habría llevado a cabo ofreciendo unos servicios de intermediación en una empresa determinada, en este caso, Investing Capital SpA), lo siguiente *“Sobre el hecho que el acusado habría indicado que realizaba inversiones a través de Investing Capital Spa y para el caso de que la acusadora invirtiera con él, “informó que tendría un retorno seguro del 7% de rentabilidad, convenciendo a la víctima con esta alta rentabilidad prometida”*. Asevera que de la prueba incorporada no es posible establecer que se hubiera aseverado que las inversiones a realizar lo fueran en la empresa señalada supra; ello porque si bien la querellante lo afirmó en su declaración, señalando que no resultaría lógico que ella quisiera invertir en AC Inversions, pues justamente los problemas que tuvo en dicha compañía la llevaron a tomar contacto con el acusado, lo cierto es que éste señaló que nunca se habló de una empresa en



particular y que él podía invertir en AC o en Investing. Asevera que, para contradecir este presupuesto fáctico, el tribunal tuvo por principal y suficiente evidencia lo señalado por el querellado para desestimar dicha proposición fáctica. Manifiesta que la documental de la defensa, permite concluir que se realizaron transferencias directas a los titulares de dicha empresa, Investing Capital, presupuesto fáctico que se encuentra corroborado por la incorporada por la parte acusadora, en que figuran los aportes del propio querellado con nombre y apellido. Expresó que nunca se negó por el acusado que invertía en dicha empresa. Afirmó que la única persona testigo que corroboraría la interpretación que las sentenciadoras efectuaron es la propia hermana del acusado, quien de su propia declaración (aparte de la relación familiar que tenía con él, lo que lógicamente iba a implicar no incriminarlo), admite desconocer varios detalles de la intermediación y estafa que habría efectuado su hermano. Concluye que, no puede ser suficiente un razonamiento hipotético del Juzgado por cuanto sólo valora la declaración del acusado y de su hermana, a pesar de que existe abundante prueba documental de cargo y de la propia defensa que comprueban que efectivamente los dineros se invertían en esa empresa, Investing Capital.

Por su parte, en cuanto a la infracción a la regla de la lógica de principio de no contradicción, arguye que la sentencia recurrida en el mismo considerando séptimo concurre en tres contradicciones. Precisa que, no obstante que no se logró probar que la inversión era en la empresa Investing Capital, el Tribunal insiste en este en que no se habría especificado la de destino, verificándose incluso que la destinataria era AC como efectivamente también se acreditó respecto de una transferencia de la víctima. Afirmó que de la misma prueba que el Tribunal considera para desestimar una cuestión previa, se contradice a su vez ese mismo punto. Añade que los chats de WhatsApp de la propia víctima con el querellado y con su hermana, se da cuenta que el acusado le presenta a la víctima una supuesta oportunidad en otra empresa, distinta de AC Inversiones, refiriéndose a ella como Investing Capital, pero el tribunal insiste en que siempre hubo indeterminación de la empresa a invertir o negocio.

Asimismo, expresa que el principal reflejo de la infracción a la contradicción lo constituye el hecho que el imputado no solamente ofreció



intermediar en empresas existentes, sino que, en su propia plataforma de inversiones, prometiendo para tal efecto un retorno seguro si se invertía en ella.

Expresa que se acreditó que el imputado ofreció una plataforma falsa y el interés de retorno que ofrecía por ella, pero no que la inversión se hubiere efectivamente materializado. Explica que el tribunal no obstante dar por acreditado que la empresa en la que el imputado hubiera tenido que invertir para acreditar su intermediación real era falsa (ergo apariencia de negocio), señala que, dado que aquélla no se concretó, llegó solo hasta la disposición patrimonial y por tanto no hubo estafa.

En cuanto a la infracción a la regla de las máximas de la experiencia manifiesta que, en el considerando séptimo, el Tribunal acreditó que el querellado, con los fondos dispuestos por la víctima, pagó diversas obligaciones personales, tales como línea de crédito, entre otras cuentas de uso personal y lógicamente distintas con lo prometido hacia la afectada, esto es, la intermediación en inversiones. Afirma que no obstante ello, el Tribunal señala que, dado que no hubo un peritaje específico para estos efectos, las cartolas no fueron suficientes, omitiendo que en la misma glosa salían los motivos de pago personales del propio querellado, cuestión que toda persona por máximas de la experiencia reconoce como suficiente explicación de para qué es cada transferencia o pago en su respectiva cuenta bancaria. Reitera que, el Tribunal, haciendo caso omiso a que en las mismas cartolas se señalaba para qué era cada transferencia, exige un peritaje para determinar los motivos de los respectivos movimientos.

En lo relativo a la influencia en lo dispositivo del fallo, argumenta que la infracción al principio lógico de la razón suficiente importó que el juzgado otorgara motivos aparentes para que conforme a las reglas de la sana crítica desestimara la evidencia documental aportada, que confirman los presupuestos fácticos relacionados al trato realizado con la víctima y la supuesta empresa en donde se iba a invertir lo defraudado. Puntualiza que esto tiene trascendencia, puesto que, de no haber considerado los dichos del querellado corroborados por su hermana, el tribunal pudo haber tenido por acreditado más allá de toda duda razonable, en torno a los múltiples documentos incorporados, el flujo contable y la empresa a que se utilizó para



llevar a cabo la estafa. Expone como segundo motivo, que el tribunal yerra en no atender al principio de no contradicción que debe seguir su motivación, desde tres perspectivas o en tres formas; en relación a la primera y segunda por cuanto consta en abundante prueba que siempre se distinguió de lo que fue la inversión en AC Inversiones v/s la de la empresa que se utilizó por el querellado para efectos de engañar a la víctima; y además, las sentenciadoras no obstante tener por cierto que nunca se probó la existencia de la propia plataforma/empresa del querellado (es decir, ser una empresa falsa o apariencia de empresa), igualmente exigió a la víctima el imposible como es acreditar la materialidad de la inversión en una empresa falsa.

Solicita se acoja el recurso de nulidad en virtud de la causal invocada contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo Código y proceda a invalidar el juicio oral y la resolución recurrida, en cuanto absuelve al acusado ya individualizado en calidad de autor, recurriéndose solo para los efectos de que se revoque la absolución por falta de participación en el delito de estafa, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 386 del Código Procesal Penal, determinándose el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral.

En cuanto a la segunda causal subsidiaria de nulidad, se fundó en lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en especial en lo previsto en el artículo 468 del Código Penal, dado que, en el considerando séptimo de la sentencia definitiva, no tuvo por cierto la configuración del elemento engaño que exige el delito de estafa. En segundo término, expuso que se infringió lo dispuesto en el artículo 470 numeral 1 del Código Penal, en atención al elemento típico del título fiduciario que exige la apropiación indebida, tipo penal por el cual se abrió discusión para efectos de recalificación.

Precisa que el tribunal en la motivación séptima comienza señalando que la evidencia incorporada se advirtió absolutamente ineficiente a los efectos de estructurar, en el estándar exigido, esto es más allá de toda duda razonable, el elemento primigenio del título en estudio, en lo preciso, que las



transferencias de dinero efectuadas por la querellante al acusado, obedecieran a un engaño, a un ardid o artificio desplegado por éste, por cuanto aquél se entendió de una forma ajena al estándar doctrinal y jurisprudencial mayoritario predominante en la materia.

Recordó que el tribunal tuvo por cierto que el imputado prometió intereses de rentabilidad de una propia empresa que no existió.

Por su parte, expone que la sentencia recurrida no obstante tener por acreditada la transferencia de fondos de la víctima hacia el querellante (tanto por prueba documental como por el peritaje de flujo contable del LACRIM) y la respectiva deuda de aproximadamente \$95.000.000, sostiene que las diferencias numéricas que se advirtieron y tuvieron por acreditadas respecto a los usos de dichos dineros por el querellado nunca se explicaron, no obstante la defensa mantuvo que se “invirtió hasta el último peso” de la víctima. Puntualiza que, la sentencia, no obstante reconocer que se acreditó que se hicieron depósitos parciales para simular ganancias y devolver capital a la víctima, admite que no se sabe del total o resto de la deuda, pero igualmente esa duda razonable cedió completamente en favor del acusado, ampliando sus efectos, puesto que efectivamente no existe prueba alguna de qué ocurrió con el restante de los fondos.

Manifiesta que la causal de nulidad subsidiaria, en los tres motivos expuestos con antelación, tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Primero, en el error de derecho que exige la sentencia recurrida para la entidad o grado del engaño es excesivo, el que, de no exigirse, se hubiera logrado tener por acreditado que efectivamente existió el signado elemento del tipo penal en análisis. Segundo, arguye el error de derecho del artículo 340 del Código Procesal Penal, puesto que, si las sentenciadoras hubieran considerado que no se requiere plena y absoluta certeza de la teoría del caso, la duda que se plantea en el considerando séptimo no debiera haber sido considerada como razonable para efectos de negar la participación y culpabilidad del querellado. Tercero, y, por último, aún de manera subsidiaria (de considerar que no se daba el tipo penal estafa por falta de engaño, y de que había dudas razonables para la configuración de este delito), sostiene que se tuvo por acreditado el flujo contable, esto es dineros entregados por la víctima al imputado bajo un mandato consensual de intermediación de



inversiones. El tribunal agregó exigencias típicas al delito de apropiación indebida que no se condicen con el texto legal, la doctrina y la jurisprudencia aplicable en la materia (que el título de administración sea por escrito y de cierta entidad), aun cuando hubiere absuelto por el delito de estafa.

Solicita se acoja, en subsidio a la causal de nulidad supra, el recurso de nulidad fundado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y proceda a invalidar el juicio oral y la resolución recurrida, en cuanto absuelve al acusado ya individualizado en calidad de autor, por el delito de estafa y en subsidio por el delito de apropiación indebida, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 386 del Código Procesal Penal, determine el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal establece: *“Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e).* Por su parte, el artículo 342 del mismo Código, en su letra c) señala que: *“Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.*

A su turno, el artículo 297 del citado Código Procesal Penal expresa que *“Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.*

“El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”.

“La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta



fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia”.

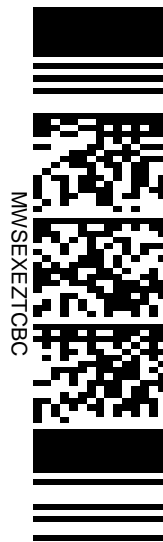
TERCERO: Que, la impugnación por esta causal dice relación con el entendimiento de la existencia de un vicio producido en el razonamiento probatorio del tribunal, por cuanto según el recurso el tribunal habría infringido -en dicho proceso mental para fundar su convicción absolutoria en relación a Cristián Atenas Marchán- los principios lógicos de razón suficiente y de no contradicción, según se ha definido y descrito en la parte expositiva de esta sentencia.

CUARTO: Que, se ha sostenido en forma clásica que el principio de razón suficiente fue formulado por Wilhelm Leibniz, quien lo habría elaborado para explicar el fundamento de las “*verdades contingentes*”. Surge la necesidad de diferenciar entre el principio ontológico, según el cual “*tanto el ser, como el acontecer, tiene su razón suficiente*”, del principio lógico, para el cual “*Todo juicio, para ser verdadero, ha menester una razón suficiente*”

“Por ello, hay que ser cuidadosos en su aplicación y limitarse a exigir una ‘mínima actividad probatoria’ que pueda bastar para fundamentar la verdad de un enunciado. No se debe exigir una fundamentación completa que cumpla los más altos estándares de prueba (‘máxima actividad probatoria’), pues con ello nos apartaríamos del principio lógico para adentrarnos en los dominios del principio epistemológico y ontológico de razón suficiente” (Sana Crítica, Javier Maturana Baeza, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 247 y 250)

En efecto, se sostiene que nuestros razonamientos están fundados sobre dos grandes principios: el de contradicción, en virtud del cual juzgamos falso lo que implica contradicción, y verdadero lo que es opuesto o contradictorio a lo falso y el de razón suficiente, en virtud del cual consideramos que no podría hallarse ningún hecho verdadero o existente, ni ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo.

El principio de razón suficiente nos da respuesta a una exigencia natural de nuestra razón, según la cual nada puede ser “porque sí”, pues todo obedece a una razón. En suma, el principio de razón suficiente nos dice: “todo tiene una razón de ser”.



Por su parte, don Nelson Pozo Silva, en el texto Razonamiento Judicial, (Librotecnia, Santiago, 2009, p. 273), sin perjuicio de lo señalado, sistematiza este principio del buen razonar dentro de los principios ontológicos, llegando a la máxima que todo *“conocimiento debe estar suficientemente fundado”*. Por su parte, al citar a Schopenhauer, a propósito de su cuádruple raíz del principio de razón suficiente, uno de esos vértices lo menciona como la *“relación lógica que concatena los juicios del entendimiento”*. De manera que, en el proceso intelectual de los jueces durante el razonamiento probatorio, este principio se transforma en una suerte de guía objetiva que lleva al tribunal en su fundamentación desde la prueba rendida a las conclusiones a las que llega producto de las mismas.

Relacionamos tal principio lógico con el mayor énfasis que adquiere la fuerza inferencial, precisamente tratándose de la prueba indirecta, pues en el caso de la denominada directa generalmente el tema debatido dice relación solo con la credibilidad de dicha prueba.

Y en este caso, en lo relativo a los fundamentos de la absolución es dable indicar que, en el considerando séptimo las juezas analizaron y valoraron los elementos de imputación rendidos en juicio, bajo el siguiente tenor: *“Ahora bien, atendida la acusación que nos convoca, debe analizarse si esos traspasos de dinero, fueron realizados en razón de un engaño del acusado a la querellante, para poder señalar que se está ante una estafa.*

En este punto, tal y como se señaló en la deliberación, cabe anotar que la evidencia incorporada se advirtió absolutamente ineficiente a los efectos de estructurar, en el estándar exigido, esto es más allá de toda duda razonable, el elemento primigenio del título en estudio, en lo preciso, que las transferencias de dinero efectuadas por la querellante al acusado, obedecieran a un engaño, a un ardid o artificio desplegado por éste en orden a producir un error en aquella de modo que dispusiera de los dineros de la forma en que lo hizo, es más, los presupuestos fácticos en que el querellante hace descansar este elemento del tipo, resultaron refutados por la misma prueba de cargo.

Es así como el primer punto que se indica en la acusación es que Zuazúa conoció al querellado y éste se presentó como “gestor de inversiones”. Esta circunstancia fue contradicha por los propios dichos de la



querellante quien manifestó que ella -declarante- trabajaba en una clínica y allí conoció a Carolina Atenas, hermana de Cristian Atenas, quien le comentó de un hermano que se dedicaba a invertir las platas de su familia en AC Inversions y les depositaba mensualmente, pues los intereses eran atractivos y era una inversión viable, señalando más adelante que cuando se reunieron en su casa -con el querellado- éste le dijo que estaba aprendiendo esta modalidad para independizarse y tener su propia empresa. Esto fue también corroborado con los dichos de Carolina Atenas Marchán, en tanto explicó que fue el nexo entre Zuazuá Soto y su hermano, pues le comentó la primera que quería hacer inversiones a lo que la declarante manifestó que su hermano había hecho algunas inversiones en una empresa cuyo nombre desconocía.

Sobre el hecho que el acusado habría indicado que realizaba inversiones a través de Investing Capital Spa y para el caso de que la acusadora invirtiera con él, “informó que tendría un retorno seguro del 7% de rentabilidad, convenciendo a la víctima con esta alta rentabilidad prometida”, de la prueba incorporada no es posible establecer que se haya aseverado que las inversiones a realizar lo fueran en la empresa señalada supra; ello porque si bien la querellante lo afirmó en su declaración, señalando que no resultaría lógico que ella quisiera invertir en AC Inversions, pues justamente los problemas que tuvo en dicha compañía la llevaron a tomar contacto con el acusado, lo cierto es que éste señaló que nunca se habló de una empresa en particular y que él podía invertir en AC o en Investing, lo que era conocido de la querellante y ante esta discrepancia cobra relevancia lo dicho por la testigo Carolina Atenas, en tanto manifestó que Rosa tomó un ejecutivo en AC, contándole que el primer mes cumplió con el pago y al segundo mes se demoró, por lo que Rosa le preguntó a la declarante si podía hacer la inversión a través de su hermano porque pensaba sacar los fondos de AC Inversions y ver entonces que estuvieran en la cuenta de éste en la misma empresa. Esto coincide con lo dicho por el querellado, en tanto señaló que Rosa tomó contacto con él porque como familia tenían un capital más importante y su tasa de interés entonces era mayor y por ello pide tomar esta cuenta.

Además ello se desprende de la comunicación de chat entre Zuazuá Soto y Carolina Atenas- otros medios de prueba n° 11- en que el día 25-05-



2015 (previo a entregar los dineros al querellado) Zuazuá solicita a la testigo que averigüe el nombre del ejecutivo que atiende a su hermano, a lo que su interlocutora le da el contacto y más adelante señala que “mi hermano también dijo que si no la atendían bien, si ud. quería podía invertir por medio de él”, tras lo cual envía una serie de antecedentes sobre los montos a invertir y la rentabilidad ofrecida. Esta conversación revela claramente que a esa fecha se hablaba de la empresa AC Inversions, pues ahí tenía sus fondos la querellante, según ella misma reconoció en estrados, por lo que en esa línea de la conversación, no puede sino inferirse que este primer ofrecimiento de invertir con Atenas Marchán o por su intermedio, lo era para AC Inversions y no exclusivamente para Investing Capital.

De otro lado, si bien el querellado indicó la existencia de este interés según aseveró la querellante y reconoció Atenas Marchán-, no es posible afirmar era un compromiso personal de él, sino que era lo que la empresa en la cual se iba a invertir ofrecía a sus clientes, es decir no es una afirmación mendaz del acusado para obtener la disposición patrimonial de Zuazuá Soto, solo es la comunicación de la rentabilidad que ofrecía el negocio en que él estaba invirtiendo, lo que se estableció, principalmente con los chat entre la querellante y la hermana del acusado ya referido supra en que ésta envió una tabla señalando que “esas son las tasas de ganacia”, observándose, más adelante el 21-08-15 (casi un mes antes del primer depósito hecho al acusado) que Zuazuá Soto solicita a Carolina Atenas “podrás preguntarle a tu hermano si en la declaración de renta aparece los intereses que le pagan por las platas que tiene en AC INVERSIONS” Asimismo, en este punto Carolina Atenas -en concordancia con los dichos el acusado- manifestó que su hermano le señaló que AC Inversions trabajaba en la plataforma de Forex y a ellos les entregaban intereses respecto de los montos invertidos, que eran de carácter mensual. De igual forma el día -23-10-2015- en el chat de la querellante con el acusado -otros medios de prueba N° 9- se observa que éste solicita a Zuazuá Soto que le envíe los datos para la transferencia de utilidades a fin de mes; o el 2-11-2015- en que señala que acaba de transferir las utilidades de este mes de forex mas un día de trading.

Más adelante, la acusación señala que posteriormente, y para efectos de perpetuar el engaño de otra forma ahora, el año 2016, el acusado le



señala a la víctima que invertiría parte de los fondos transferidos, pero ahora en su propia plataforma, en donde también le aseguraba una utilidad, ahora de un 5%.

Sobre este punto, menester es señalar que dicha aseveración es cierta, puesto que el mismo acusado reconoce que planteó esta posibilidad a Zuazuá Soto, lo que fue reafirmado por ésta al señalar que el querellado, al hacer ella el último depósito, le manifestó que lo de Investing le parecía sospechoso, por lo que quería traspasar esas platas a su plataforma en donde le podría pagar un 5%, agregando que él solo le comentó que con otros socios estaba implementando su plataforma y que estaban trabajando en ello, lo que está en consonancia con el chat entre ambos, donde el día 04-01-2016, Atenas Marchán señala sobre los millones –última transferencia de la querellante- que “Este último monto el próximo mes quiero colocarlo en mi plataforma en la cual estamos consiguiendo el 5% en promedio...”; sin embargo no se acreditó que ello se hubiere materializado, quedando solo en una proposición del querellado, la que aún en el entendido que pudiere constituir un ardid para engañar a la querellante, se habría llevado a cabo con posterioridad a la disposición patrimonial que hizo ésta, por lo que no se encuentra en la relación causa- efecto que se requiere para el tipo penal de la estafa.

Finalmente y en relación a que adicionalmente, y para dar la apariencia de que las inversiones realizadas por el acusado eran reales, el acusado devolvió a la víctima dinero equivalente a solo parte de las utilidades prometidas inicialmente, y mediante depósitos parciales, entre el 2 de noviembre de 2015 y 5 de octubre de 2016. De esta forma, y manteniendo una comunicación constante con la víctima por medio de teléfono y whatsapp, el acusado logró seguir aparentando un negocio de inversiones que en la realidad no existía, haciendo incurrir en un error a la víctima respecto de lo que realmente ocurría, cabe señalar que resultó acreditado que Atenas Marchán transfirió a la querellante, entre el 2 de noviembre de 2015 y 5 de octubre de 2016, un total de \$30.880.000, ello según concluyó el perito Lizama Debelli, al explicar que hubo transferencias del imputado a la querellante en el año 2015 por un total de \$8.340.000, según observó de las cartolas y sus glosas, en tanto en el año hay transferencias por \$22.540.000,



entregando además el detalle de ellas. Del mismo modo, Zuazúa Soto, señaló que sobre la deuda, el último pago de intereses fue en febrero de 2016, cuando se reúnen con el acusado y éste le cuenta el problema de La Serena y que gestionará el recuperar los dineros, sugiriendo que lo pase a su plataforma y que de esas platas le pagaría lo que pudiera; así desde marzo a octubre del mismo año, fue abonando a su cuenta corriente diferentes montos, los que en total fueron millones y medio reconociendo entonces que dichas sumas le fueron entregadas por el querellado. Finalmente, el acusado en su declaración ante este Estrado, manifestó que la querellante, en total, transfirió cerca de \$127.000.000, lo que el traspasó en su totalidad a las compañías y de ese dinero, no le traspasó de vuelta el total, sino que otra suma cercana a 36 o 37 millones de pesos, insistiendo en que no le adeuda nada pues ello fue producto de la estafa.

Lo que no resultó acreditado es que esas transferencias de dinero a la querellante, hayan sido hechas para aparentar que fueron obtenidas de los intereses de las inversiones que el acusado hizo para ella, pues en primer término hay que distinguir entre los abonos hechos hasta febrero de y aquellos que comenzaron en marzo puesto que la misma afectada en su relato en estrados reconoce que lo que ella recibió hasta febrero de entendía que provenían de los intereses y a contar de marzo del mismo año, el propio acusado se le indicó que producto de la estafa que le había afectado, pagaría lo que pudiese, por ende esa supuesta simulación que los dineros entregados a Zuazúa Soto provenían del interés de las inversiones, solo puede referirse a los depósitos hechos hasta febrero de 2016 y en ese sentido la prueba rendida por la defensa permite al menos introducir la duda razonable en orden a que efectivamente ellos provenían de las inversiones.

En efecto, la misma querellante reconoció que los depósitos hechos se correspondían con los intereses que debían rentar esas inversiones, lo que se une a la documental de la defensa destinada a acreditar la inversión de los dineros traspasados por la querellante, ya sea en AC Inversions o en Investing Capital. (...)”

“Todas estas transacciones, que no fueron objeto de reparo por la querellante en cuanto a sus destinatarios, a saber Patricio Santos EIRL o AC Inversions y Francisco Zepeda Vásquez, gestor de Investing Capital, lo que



se colige de la querella en causa RIT 1696/2016 del 8° Juzgado de Garantía de Santiago- documental N° 13 de la defensa- y sentencia respectiva que consta en la documental N° 12 de la querellante en relación a AC Inversions y sentencia dictada en RIT 1058/2016 del Juzgado de Garantía de La Serena- documental N° 13 de la querellante- en relación a Investing Capital, se vieron igualmente reflejadas en las cartolas de éste en el Banco Santander, como asimismo en las del Banco BBVA, aportadas por la querellante en su documental N° 4 y N° 5.

Ahora bien, en relación a estas transferencias y depósitos, cabe señalar que la Defensa alega que ellas dan cuenta que cada uno de los dineros de la querellante fueron invertidos en las empresas de forex, según se acordó con la querellante; en tanto ésta alega que ello no es posible de determinar atendido que en las mismas cartolas incorporadas, tras hacer las trasferencias la querellante, se observan una serie de pagos personales del acusado con cargo a ellas, así como una serie de transferencias recibidas por éste, cuyo origen se desconoce, amén de no cuadrar las cifras exactamente con lo entregado por su parte, lo cierto es que este Tribunal coincide en que efectivamente hay discrepancias entre las sumas de dinero entregadas al querellado y las transferencias a las compañías de forex, ello de la simple observación de las cartolas, más se carece de un peritaje que pudiese determinar claramente la existencia de transferencias de otras personas a Atenas Marchán y el motivo de ellas, puesto que las dos pericias de que se dio cuenta en juicio, solo se limitaron, principalmente, al análisis de las cartolas y documentos provenientes de la querellante, más no se hizo un cotejo o investigación en relación a las cuentas del querellado, dudas que solo pueden ceder en favor del acusado, desde que es la querellante la llamada a probar las acusaciones que sostiene, en este caso que los dineros entregados por Zuazuá Soto no fueron invertidos como se había acordado.

De este modo, al no acreditarse por un lado, que la disposición patrimonial que la querellante hizo en favor de Atenas Marchán, haya obedecido a un ardid de éste que la indujo a engaño, ni por otro, que los dineros entregados se hayan ocupado en fines diversos a los convenidos, necesario resulta desechar la acusación por estafa contenida en la acusación, como asimismo la petición subsidiaria de apropiación indebida



sostenida por la querellante, por no darse los presupuestos fácticos que las hacen procedentes.

A mayor abundamiento y en lo que dice relación con la alegación de apropiación indebida, cabe indicar que aún si se hubiere acreditado que los últimos \$40.000.000 entregados por la acusadora no se destinaron a lo convenido, esto es a invertir en Investing Capital y se hizo en la otra compañía, contraviniendo las instrucciones de Zuazúa Soto, puesto que solamente obra una querella que la defensa pretende justifique que esos dineros se perdieron en la estafa de la citada empresa, más no se reconoció al acusado como perjudicado en la sentencia acompañada, ello parece ser un tema propio de un juicio de cuentas y no de un delito penal, atendido además que no existió un acuerdo escrito en orden a dónde invertir los dineros, cuestión que incluso reprocha el perito Amoyao Segovia en sus conclusiones.

De igual forma, a juicio de este Estrado, el encargo dado por la querellante al acusado, no alcanza el grado otorgado por la parte acusadora, estos es que pueda ser entendido como la administración de dichos dineros, pues lo cierto es que la querellante tenía conocimiento al menos de que las inversiones se harían en empresas de forex, pues reconoce que se trataba de negocios como los de AC Inversions, donde ella misma había contratado previamente, compañías que ofrecen inversiones a cambio de un interés mensual, más son ellas las que disponen dónde se harán dichas inversiones, por ende son ellas las que administran los dineros entregados y no el acusado como se intentó acreditar por la querellante, quien no hizo más que traspasar los fondos de la querellante a las compañías y esperar por el interés para depositarlo a su dueña, según se desprende de las conversaciones de chat reseñadas supra”.

QUINTO: Que las pruebas rendidas en el juicio fueron insuficientes para tener por acreditado el hecho contenido en la acusación, en términos similares a como aparece consignado en dicho libelo,

SEXTO: Que, conforme lo expuesto, se rechazan las alegaciones de la querellante en favor de la condena de su mandante.

En efecto, los análisis de los referidos elementos de convicción constituyeron pruebas directas, que, en caso de creérseles, implicó que los jueces no dieran por establecido el presupuesto fáctico signado en la



motivación segunda. Pero siempre dentro del ámbito de la libertad probatoria sujeta a los criterios expresados en el artículo 297 del citado del Código Procesal Penal, esto es, dentro del proceso de valoración de la prueba.

Recordemos que de lo que se trata finalmente en un juicio penal es que el tribunal pueda llegar a establecer los hechos en virtud de los cuales se dicta una sentencia absolutoria o condenatoria, capaces de llegar a esa convicción, de modo que los sentenciadores buscan dentro de los elementos probatorios que le aportan los intervinientes verificar si mediante ellos es posible arribar a una conclusión fáctica determinada, más allá de toda duda razonable. Así lo sostiene Ferrer Beltrán (La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 147), que para considerar probada la hipótesis de culpabilidad *“deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.”*

En este caso, el proceso mental de las juezas para arribar a la convicción de absolución se afincó en la valoración que se efectuó de dicha prueba, a juicio del querellante, sin respetar los señalados principios de la no contradicción y corroboración, al punto que en su concepto la única solución posible sería dictar una sentencia condenatoria a favor de Atenas Marchán, pues debido a la infracción denunciada, se podría arribar a la condena del querrellado en el hecho en que fuera acusado.

SÉPTIMO: Que, la Corte Suprema ha señalado qué debemos entender por este principio lógico que rige el pensamiento, en este caso, de los jueces penales. Así, en causa Rol N° 16882-2015, en su considerando décimo tercero, ha indicado: *“Respecto a la desatención de la regla de la lógica de la razón suficiente en la fundamentación de la sentencia, que arguye el arbitrio, dicha regla demanda que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente (SCS Rol N° 21.304-2014 de 5 de mayo 2015), por lo que para postular con éxito la vulneración de esta regla, necesariamente*



se requiere que el impugnante identifique el hecho cuya existencia ha tenido por demostrado la sentencia -presencia del acusado en el lugar de los hechos, por ejemplo- y que genera la disconformidad de su parte y, luego, que puntualice las afirmaciones o proposiciones con que la sentencia tuvo por probado dicho hecho -por ejemplo, reconocimiento del acusado por un testigo presencial o que el apodo entregado por la testigo del autor corresponde al del acusado- y que no se hayan fundamentadas en una razón que las acredite suficientemente -por ejemplo, que el testigo presencial reconoció a un tercero y no al acusado, o que el apodo del autor aportado por el testigo corresponde a un tercero y no al acusado-, de manera de evidenciar que el hecho dado por acreditado no es compatible con una estructura racional del pensamiento donde el denominado “consecuente” debe hallarse necesaria y estrechamente vinculado con el “antecedente”.

OCTAVO: Que, de conformidad a la doctrina expresada por la Corte Suprema, para estar en presencia de una infracción al principio de la razón suficiente, tal como ha sido definido, se requiere que el impugnante: 1° Identifique el hecho cuya existencia ha tenido por demostrada la sentencia; 2° Puntualice los datos externos con que la sentencia tuvo por probado dichos hechos; 3° Señale en forma específica que dicha o dichas proposiciones fácticas no se hayan fundamentado en una razón que las acredite suficientemente, de manera unívoca.

Por su parte, en cuanto al principio de no contradicción, de conformidad a la doctrina expresada por la Corte Suprema para estar en presencia de una infracción en el contexto del proceso penal, se requiere que el impugnante: 1° Identifique las proposiciones fácticas que se refieren a escenarios idénticos contenidas en la sentencia y; 2° Señale las conclusiones afincadas en una sola de las proposiciones contradictorias, sin embargo, a que llega el tribunal.

NOVENO: Que, en este sentido, si toda *afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente*, se ha cumplido en la especie, toda vez que la declaraciones efectuadas por los diferentes deponentes, corroboradas entre sí y por los demás elementos de convicción, bajo el cumplimiento y fundamentación en los términos que preceden, aparecen provistos de elementos de credibilidad de sus testimonios y de la documental incorporada



que se afincan en los parámetros precisados con antelación, no divisándose la ausencia de una razón suficiente o el no respeto al principio de la no contradicción para concluir la absolución del acusado en el hecho delictual de que se trata, por lo que no se comparte este argumento invalidatorio sostenido por la querellante.

Asimismo, es dable señalar que el principio de la no contradicción es un tema que dice relación con lo argumentado por el tribunal en su sentencia que conduce a la invalidación de su razonamiento, no tratándose de un problema respecto a discrepancias entre la valoración efectuada por el tribunal y la planteada por la querellante, argumento suficiente para desechar también este motivo absoluto de nulidad.

DÉCIMO: Que los razonamientos precedentemente reseñados, independientemente si fueran compartidos o no por la parte querellante, constituyen reflexiones idóneas que permiten entender dentro de la lógica, la convicción de las juezas cuyas conclusiones no desbordan los márgenes entregados por la ley y especialmente las máximas de experiencia, la lógica y los principios científicamente afianzados.

La decisión demuestra razón suficiente que no contiene imperfecciones y por lo mismo no es posible generar una nueva prueba para desvirtuar la convicción a la que arribaron los magistrados que estuvieron presente en la discusión, rendición y observaciones de las acreditaciones que efectuaron los intervinientes sea para demostrar la existencia del delito y su participación, como también desestimar la prueba de descargo.

UNDÉCIMO: Que, así las cosas, no cabe más que concluir que en el caso en cuestión no se configura la causal de nulidad impetrada -artículo 374 letra e) en relación con lo dispuesto en el artículo 342 letra c) y artículo 297 del Código Procesal Penal-, por lo que se hace forzoso rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la parte querellante fundada en dicha causal.

DUODÉCIMO: Que, por otro lado, en cuanto a la causal que se invoca de manera subsidiaria en este recurso, esto es, la letra b) del artículo 373 señala que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia *“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 mentada causal resulta procedente en el evento que el fallo aplique incorrectamente el derecho llamado a regir la cuestión que motiva la controversia, lo que puede tener lugar en los casos de **contravención formal de la ley** -aquéllos en que la sentencia prescinde de la ley o falla en oposición a su texto expreso-; en los de **errónea interpretación de la ley** -cuando la sentencia da al precepto legal un sentido o alcance distinto a aquel que debió haberle dado si hubiera aplicado correctamente las normas de interpretación; y si existiere **una falsa aplicación de la ley** -defecto que puede producirse cuando la ley se aplica a un caso no regulado por la norma o la sentencia prescinde de la aplicación de la ley para los casos en que ella se ha dictado-

DECIMOTERCERO: Que el Tribunal en el considerando séptimo refiere que con los elementos descritos y analizados no permitieron tener por cierto los delitos de estafa y el de apropiación indebida.

DECIMOCUARTO: Que, en este orden de ideas, en cuanto al objeto de la segunda causal impetrada, el razonamiento del recurrente descansa, en discrepar de la no subsunción jurídica de los hechos tenidos por ciertos en los tipos penales previstos en el artículo 468 y en subsidio, en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, desestimándose por parte del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal la pretensión de la querellante.

DECIMOQUINTO: Que, de acuerdo a la ubicación del artículo 470 N° 1 en nuestro Código, la estafa se encuentra en el párrafo 8 del título II denominado de la “Estafa y otros engaños”, el que principia con el artículo 467 la estafa- y termina con la del artículo 473 del Código Penal. Además de lo anterior, no se puede dejar de lado el hecho que al momento de determinar la pena del artículo 470 N° 1, el legislador nos reenvía a la escala gradual de la estafa del artículo 467 del Código Penal. No obstante lo ya referido, el tema se soluciona -al menos en parte- con lo que en el Título IX, del Libro Segundo, párrafo 8, del Código Penal, el que contempla que se entiende como otros engaños, pero que son delitos sin engaño (como la apropiación indebida) y tal como lo refieren los profesores Politoff, Mattus y Ramírez, *“en estos delitos la voz defraudación, cuando es utilizada por la ley, no importa propiamente la realización de un engaño, sino que un tercero sufra un*



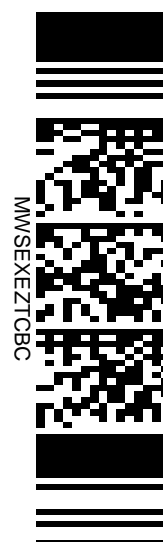
perjuicio y, por tanto, no hay en ellos estafa ni engaño” (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de derecho Penal Chileno, 2° edición actualizada, Santiago, editorial Jurídica, 2004. p. 455). Asimismo, los profesores ya referidos señalan que, “aunque a esta figura se le aplican las penas de la estafa, entre ésta y aquella existen diferencias que es interesante consignar: el medio de comisión de la estafa es el engaño, mientras que en la apropiación indebida es la apropiación posterior a un acto lícito, en que se le confía una cosa, esto es su distracción cuando al hechor se le han entregado especies como cuerpos ciertos de los que no puede disponer y usa en una forma diferente de la determinada, o la simple omisión de restituir las especies fungibles de las que se le ha hecho tradición, como sucede particularmente con el dinero que no se entrega en arca cerrada”. (obra citada página 455)

No obstante, la diferencia más importante radica en que en la apropiación indebida la entrega se efectúa mediante un título de los que la ley señala en el artículo 470 N° 1 del Código Penal como de aquellos aptos para poder solicitar la devolución de las especies. Otra diferencia fundamental entre ambas figuras, corresponde a que, en la estafa, la entrega de la cosa fungible o no, se produce de manos del sujeto pasivo al activo mediante un engaño y no uno cualquiera, sino aquél que tenga la aptitud suficiente para poder permitir que se entregue voluntariamente la especie.

Según opinión unánime de la doctrina la estafa consiste en un *engaño* que produce *un error*, el que a su vez motiva una *disposición patrimonial* que resulta perjudicial.

Por otra parte, según el profesor Héctor Hernández, el esquema de los elementos de la estafa lleva implícita una cierta “cronología” o estructura “causal”: el engaño debe preceder y producir un error en la víctima, la que a consecuencia precisamente de ese error realiza una disposición patrimonial que resulta perjudicial.

La figura genérica del delito de estafa como lo ha estimado la jurisprudencia está contenida en el mal llamado delito residual del artículo 473 del mismo código, al decir que el que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño, que es precisamente la figura central de este delito.



La opinión dominante en Chile fuertemente influida por el pensamiento de don Alfredo Etcheberry, se puede sintetizar en los siguientes términos: el engaño típico de la estafa no puede consistir en una simple mentira, sino que en aquella inserta en un despliegue engañoso externo. Esto rige para todas las hipótesis de estafa, también para las disposiciones generales de los artículos 468 y 473, preceptos que se distinguen entre sí sólo por la gravedad o despliegue escénico del engaño -lo propio del artículo 468 sería el *ardid, maquinación o mise en scène*- pero siempre a partir de ese umbral mínimo común. Y en algunos preceptos especiales, la ley ha requerido un engaño calificado -tal sería el caso del artículo 468 del Código Penal- de suerte que en dichos supuestos no sería suficiente la simple mentira.

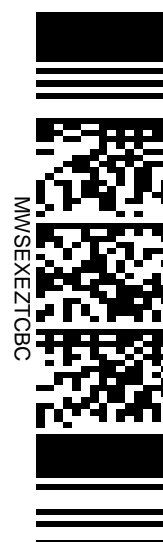
Finalmente, según don Mario Garrido Montt, el artículo 468 parte final del Código Penal constituye la regla general que refleja que esta disposición sanciona todo engaño que implique un ardid o la fabricación de una realidad aparente para la víctima, de acuerdo con los criterios establecidos por los términos del texto legal. Por ello, se trata de un tipo abierto que, a nivel subjetivo debe cometerse con dolo, lo que conlleva que el sujeto que engaña debe tener conocimiento del carácter falso de la situación planteada a la víctima (Mario Garrido Montt, 2002, Derecho Penal, Tomo IV, segunda edición, Santiago, Chile; Editorial Jurídica de Chile, págs. 340-342)

El error típico a los efectos de la estafa se concibe en general como una falsa representación de la realidad, un *fenómeno psicológico*.

Además, se requiere **la disposición patrimonial**, esto es el acto de voluntad por el cual se provoque activamente una disminución del patrimonio del sujeto pasivo. Refiere el profesor Hernández, que *“lo realmente distintivo de la estafa es su carácter de delito de “autolesión”, es decir, que sea la propia víctima la que perjudica voluntariamente -aunque engañada- su patrimonio, disponiendo de él.*

En cuanto al **perjuicio patrimonial** puede decirse que hay acuerdo en cuanto a que importa una pérdida de valor económico, *pecuniario*, y no de valores inmateriales, ideales, morales o de afectación.

Por otro lado, se debe acreditar que entre todos los elementos típicos debe existir una **relación de causalidad**, provocándose la disposición patrimonial y éste a su vez el mentado perjuicio.

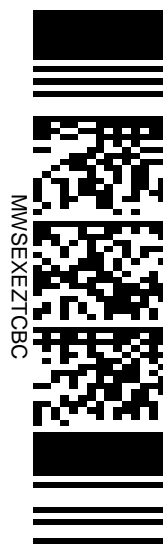


Finalmente se deja consignado que en nuestro Código Penal en opinión de los tratadistas Hernández, Labatut y Etcheberry es notoria la ausencia del ánimo de lucro, en contraste con lo previsto en el artículo 432 del Código Penal para el hurto. Esto ha llevado a un sector de nuestra doctrina que podría considerarse mayoritaria, a sostener que en nuestro derecho no se requiere para los efectos de configurar un delito de estafa tal *animus* especial.

En efecto, el rasgo o elemento común del artículo 468 radica en el **ardid o maquinación**, el que es definido por Soler como “*el astuto despliegue de medios engañosos*”. El que consiste en algo más que una simple mentira, dado que existe un despliegue externo de apariencias falsas que prestan verosimilitud a una afirmación mendaz. De esta forma, considerándose que el ardid o *mise en scène* requerido por el la hipótesis del artículo 468 parte final del Código Penal requiere de un despliegue externo de apariencias falsas de tal entidad -tal como fue razonado y desestimado por las sentenciadoras- que implique la creación de una realidad falsa o aparente, tales como usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencias o créditos supuestos, aparentando bienes, créditos o comisión, empresa o negociación imaginaria o valiéndose de cualquier otro engaño semejante, siendo sus términos meramente ejemplares y reflejo del factor que el legislador tomó en cuenta para que ella tenga lugar, a saber la creación de una realidad falsa o aparente que conduzca a la víctima a realizar una disposición patrimonial producto de dicha puesta en escena.

En efecto, tal como se argumentó por el Tribunal en la mentada motivación séptima, no se pudo tener por acreditado el elemento fundante del tipo penal en análisis, esto es, el supuesto engaño del acusado a la querellante, fundado según la acusación en su calidad de “gestor de inversiones” y que en dicha calidad se hicieron las transferencias de dinero efectuadas por la actora al encartado a fin de ser invertidas en la empresa Investing Capital Spa. Asimismo, razonan que no se probó por parte de la acusadora particular que los dineros entregados por Zuazuá Soto no fueran invertidos en la forma en que se había acordado.

DECIMOSEXTO: Que por otro lado, es dable tener presente, que la esencia de la apropiación indebida se explica a partir de la conjunción de dos



elementos que, según el tenor literal del artículo 470 N° 1 del Código Penal, deben integrarlo: por un lado, la existencia previa de un título que hubiera motivado la recepción de la cosa por parte del sujeto activo y que le hubiere impuesto, simultáneamente, la obligación de devolverla o aplicarla a un determinado fin y, en segundo lugar, la verificación, por parte de este mismo, de un comportamiento de contenido apropiatorio sobre dicho objeto recibido. En la apropiación indebida, el medio ejecutivo de ataque al bien jurídico amparado es el incumplimiento en ciertas circunstancias de determinadas obligaciones jurídicamente reconocidas. La situación se presentará cuando el agente ha recibido una **cosa de otro** que se ha desprendido voluntariamente, en virtud de una relación jurídica que une a ambos sujetos fruto de una vinculación contractual. El receptor de la cosa, en circunstancias especiales contrae determinadas obligaciones, respecto de ella, como de su propietario, las que en términos generales consisten en entregar o devolverla, circunstancias que constituyen uno de los aspectos más característicos de la apropiación indebida.

Además, de acuerdo a la opinión dominante, el delito de apropiación indebida pretende amparar la propiedad, que una vez atacada, priva al titular de todas o algunas de las facultades o potestades inherentes a ese derecho, pero con subsistencia del mismo, que a través de esos ataques se ve reprimido, no extinguido.

La tutela penal pretende asegurar al **titular del derecho**, la funcionalidad instrumental de la cosa, la utilidad de ella para satisfacer sus propias necesidades y los consecuentes poderes fundamentales de libre disposición y goce de la misma. Por tanto, en la especie se pretendió que la protección fuera el derecho a la devolución del objeto, atendida la naturaleza esencialmente fungible del dinero -propiedad sobre la cosa o su valor, a diferencia de la estafa en que lo es el patrimonio-.

En este orden de ideas, la acción típica debe comprender tanto el elemento psicológico (ánimo de señor y dueño) como el material. En la práctica consiste en un acto de disposición, comportarse como dueño en el hecho, puesto que la cosa ya se encuentra bajo el poder del agente, recibida del propio dueño, por lo tanto, la apropiación implicará efectuar actos de disposición que el título -lícito- no autoriza, constituyendo una infracción a una



relación fiduciaria, presupuesto fáctico que según las sentenciadoras, no pudo ser acreditado en juicio, más aun teniendo en consideración que el acusado sólo traspasó los fondos de la querellante a las empresas forex, realizando estas últimas la disposición en dónde se realizarían dichas inversiones.

La jurisprudencia ha precisado la esencia de la conducta típica, señalando que consiste el delito esencialmente en quedarse con cosas ajenas recibidas, por un título precario -de origen lícito-, violando el deber jurídico de entregarlas o devolverlas. De esta forma, la apropiación se materializa cuando el agente se atribuye respecto de los **bienes ajenos**, que ha recibido por alguno de los títulos que se indican en el tipo, poderes o facultades autónomas de disposición respecto de la cosa recibida por un título de precario.

Por su parte, la distracción consiste en aplicar la cosa con ánimo de señor y dueño, a fines o usos, propios o ajenos, distintos de aquéllos que el título autoriza, siempre y cuando concurra el elemento subjetivo antes referido -infracción a una relación fiduciaria-, ya que la mera utilización de ella, reconociendo dominio ajeno, excluiría la figura.

En la apropiación indebida no hay una maquinación destinada a que el sujeto pasivo incurra en error y que a consecuencia de éste entregue la cosa, sino que el sujeto activo se aprovecha de las relaciones de confianza que tiene con la víctima, apropiándose de las cosas que le ha entregado y que ya tiene en su poder.

A vía ejemplar es dable señalar que se ha resuelto en un par de casos, que aun cuando la conducta del acusado hubiera constituido un ejercicio arbitrario de los propios derechos, tales como aplicar el dinero recibido, por algunos títulos, a satisfacer un crédito que tiene contra el titular, lo que evidencia que recibió dichas sumas como tenedor fiduciario, en virtud de un título de precario, incurriendo en una figura de propia mano, ello no permite configurar el delito de apropiación indebida, porque el Código Penal repudia esta situación sólo cuando se emplea la violencia contra el deudor (artículo 494 N° 20 del Código Penal).

En relación al tópico anterior, la Corte Suprema ha señalado que este conflicto es de naturaleza civil y que debe ser dilucidado ante los Tribunales



del ramo, que podría dar derecho o no a reclamar perjuicios, pero que no puede configurar la existencia de un acto delictuoso, porque el artículo 470 N° 1 del Código Penal, exige que el autor se apropie, incorpore a su dominio, especies muebles ajenas que se recibieron por un título de mera tenencia, existiendo dolo de apropiación, de transformar el título de mera tenencia en dominio.

Por su parte, el objeto respecto del cual debe recaer el delito en análisis dice relación con una cosa mueble o corporal, pero nunca una inmaterialidad o patrimonio, dado que aquello también se contrapone con el tipo penal de apropiación indebida, tal como lo ha sostenido nuestra I. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 1420-2014.

Sin perjuicio de lo anterior, aún si se tuvieran por ciertas las proposiciones fácticas sostenidas por el acusador, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 2156 del Código Civil, el que señala que el mandatario que usa para fines propios el dinero recibido por su mandante debe pagarle intereses corrientes.

En doctrina se señala que si bien es cierto que el mandatario debe aplicar el dinero entregado por su mandante al cumplimiento del encargo (que es el objeto del mandato), no puede llegarse al extremo de concluir que lo dispuesto en el artículo 2156 del Código Civil constituye una demostración de que el dinero entregado no se recibió en dominio por el mandato (“El Delito de Apropiación Indebida en la Jurisprudencia”, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, Alumno Germán Cueto Etcheberry, dirigida por el profesor Miguel Soto Piñeiro, Santiago 2004)

Se indica en doctrina que *“Las obligaciones del mandatario pueden reducirse fundamentalmente a dos: ejecutar el encargo que se le ha confiado con la diligencia de un buen padre de familia, y rendir cuentas de su cometido”* (Stitchkin Branover, David, El Mandato Civil, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición Actualizada, 2008, pág. 255). En nuestra jurisprudencia podemos encontrar casos en los que se observa la ausencia de una declaración de voluntad del mandante sobre la prohibición de celebrar actos o contratos por el mandatario consigo mismo, siendo conocida esta actuación como *“autocontrato”*, el que por regla general, se entiende permitido si es que



nada se dijo al respecto, y que se debe entender prohibido en los casos en que la ley lo señala expresamente -artículos 2144 y 2145 del Código Civil y el del artículo 271 del Código de Comercio-. Por lo demás, la sanción al procedimiento de autorización constituye un caso especial en que la extralimitación de los poderes conferidos se sanciona con la nulidad relativa del acto o la responsabilidad civil del titular como una manera de restablecer el equilibrio en una relación de confianza -justicia correctiva-. Por ello, lo que se encuentra detrás de la sanción de nulidad a la falta de autorización del autocontrato en el mandato, es la idea de que no existe realmente un tercero cuyos intereses deban ser protegidos.

Asimismo, se señala que teniendo en claro que los intereses pueden tener por causa el uso o la mora (que es el estado jurídico en que puede hallarse el deudor como consecuencia del incumplimiento o retardo imputable -culpable- en el cumplimiento de una obligación, seguido del requerimiento expreso o tácito del acreedor como consecuencia del cual se agrava la responsabilidad del deudor) cabe concluir que sea que el inciso 1° del artículo 2156 del Código Civil establezca la obligación del mandatario de pagar intereses a favor del mandante por haber usado el dinero recibido (uso que el mandato hubiere autorizado), sea que al no haber estado autorizado el mandatario para efectuar tal uso, dichos intereses constituyen una sanción civil, no puede concluirse de ello que el dinero que al mandatario se le dio no fue recibido en propiedad por éste.

Por su parte, no se ha acreditado por parte del acusador, la fase subjetiva del tipo penal de apropiación indebida, esto es, el *animus rem sibi habendi*, dado que de acuerdo a la prueba que fue valorada por las sentenciadoras no aparece que el acusado inequívocamente hubiera encaminado su accionar a no devolver la cantidad de dinero que se le entregó con ocasión del ejercicio de su cometido.

En relación al **perjuicio**, que para algunos en Chile es elemento del delito de apropiación indebida y para otros una condición objetiva de punibilidad (Soto y Polithoff), cabe anotar además que éste debe consistir en una merma real del patrimonio del sujeto pasivo -no como universalidad jurídica- cuestión que analizada a la luz de las diversas probanzas incorporadas al juicio, **no aparece claramente delimitado o precisado su**



eventual monto -teniendo para ello presente además que la determinación de la pena también deviene de su cuantificación-.

Al respecto cabe recordar que los artículos 693 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, regulan el juicio de cuentas, en relación con aquélla que deba rendirse en el plazo que la ley designe o que se establezca por convenio de las partes o por resolución judicial. Por lo demás, la obligación de rendir cuenta es típica de quien administra negocios ajenos y particularmente la tiene el mandatario. La rendición de cuentas consiste en informar acerca de la gestión del encargo, en especial de los gastos, ingresos, modo de empleo de los fondos y de los bienes que son objeto del encargo. Además, la obligación de rendir cuenta comprende la accesoria de documentar todas las partidas importantes (artículo 2155 del Código Civil) y sólo en ese escenario rige lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil.

En la especie, según se ha asentado el acusador no ha acreditado si el acusado cumplió o no dentro del plazo judicial con su obligación de rendir cuenta, antecedente que hubiere permitido tener por cierto el eventual y “aproximado” perjuicio sustentado por el persecutor y en consecuencia si se encontraba en mora de hacerlo, hipótesis que por lo demás según se ha explicitado tampoco puede configurar el supuesto de aplicación del ilícito de apropiación indebida.

En relación a este tópico, la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N ° 747-2019, resolvió en el considerando sexto “(...) *que el mero retardo en la devolución del dinero, reconociendo dominio ajeno, no constituye delito, por encontrarse recibido el anterior en calidad de propietario; razones por las cuales el recurso será desestimado*”.

Resulta también ilustrador traer a colación lo resuelto con fecha 21 de julio de 2014, por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N ° 1420-2014 -juicio seguido en este Tribunal en contra de Daniel Yarur Elsaca, RIT N ° 257-2014- a saber:

“Undécimo: *Que para la existencia del ilícito penal de que se trata - apropiación indebida- deben cumplirse cuatro requisitos esenciales a) recepción por parte del sujeto activo, en virtud de un título precario, de dineros, efectos o cualquier otra cosa mueble, respecto de los cuales el sujeto pasivo ha efectuado voluntariamente un acto de disposición*



patrimonial; b) obligación del receptor de entregar o devolver los efectos recibidos en carácter de tenedor fiduciario; c) realización por parte del agente de actos representativos de apropiación o distracción que el título no autoriza y, d) perjuicio patrimonial del sujeto pasivo.

Duodécimo: Que la sentencia en análisis explica y razona fundadamente en su considerando décimo, por qué entiende y concluye que solo se tuvo por acreditado, los dos primeros elementos para la configuración del tipo penal del artículo 470 N° 1 del Código Penal “pues se logró establecer que en el marco de las facultades conferidas al mandante, conforme al mandato de fecha 30 de noviembre de 1.999, el mandatario -acusado- recibió a través de un título idóneo -mandato con administración general de bienes- un patrimonio para administrar, que estaba compuesto de una universalidad jurídica, es decir, de diversos bienes y activos financieros, valores mobiliarios, acciones, bonos, cuotas de fondos mutuos, fondos de inversión de emisores chilenos y extranjeros, obras de arte, activos inmobiliarios, diversas inversiones, entre otros; es decir, no se trató de un objeto singularizado ni se confió para un encargo determinado de operaciones específicas, sino para múltiples operaciones. Y habiendo recibido el encargo de proveer a la administración y ordenamiento de los negocios del mandante e intereses del mismo, dentro de la República de Chile y en el extranjero, no podía menos que realizar operaciones con dicho fin, por lo tanto la nominalización del año 2007 se realizó bajo dicho escenario dentro de su gestión, consecuencia de ello, es que todas las acciones del Banco BCI, que se encontraban en sociedades con acciones al portador están actualmente a nombre de Jorge Yarur Bascuñán.

Así las cosas, atendida la naturaleza del título en virtud del cual se produjo la entrega, esto es, un contrato de mandato entre ambos, la mayoría de los jueces de grado opinaron que en la especie, la negativa a restituir los dineros del patrimonio entregado, hecho que tampoco fue acreditado debidamente por quien correspondía, a lo más podía constituir un incumplimiento de las obligaciones que dicho contrato impone al mandatario, más no un ilícito penal, y esto debido al tenor literal de la norma que constituye el ilícito, “a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble (...)” y, en este último objeto



material el denominador común para que exista apropiación indebida tiene que ser una cosa mueble, una cosa corporal, nunca una inmaterialidad, una cosa incorpórea como el patrimonio.

Décimo tercero: *Que por otro lado, no se acreditó el dolo de apropiarse que exige la norma legal citada por la fiscalía y acusador particular, debido a que el mandatario actuó dentro de las facultades que otorgaba el mandato, entre ellas, a utilizar los dineros del mandante, pues formaba parte del ejercicio natural del mismo, la simple disposición de la cosa no puede revelar la apropiación. Sabido es que el dolo, elemento subjetivo del tipo penal, se debe manifestar por actos positivos apreciados por los sentidos y en ese orden, ninguno de los testigos ni el propio ofendido dijeron haber solicitado al mandatario la restitución de los dineros que conformaban el patrimonio, y que éste se haya negado a restituir; más bien, existe prueba en cuanto a que el propio mandatario estaba rindiendo cuenta de su gestión, lo que evidencia su intención de aclarar la situación alegada por los persecutores, y no precisamente querer incorporar a su patrimonio los dineros del mandante; en consecuencia, mal podría atribuírsele a él el dolo de apropiarse que exige la norma legal invocada en la acusación (...)*

Décimo cuarto: *Que la conclusión a la que arriba la sentencia, en cuanto entiende, según los hechos acreditados, que el mandatario con facultades de administración, de autocontratar y de disponer, no puede conllevar consecuencias penales, no puede importar apropiación indebida.*

Concordante, la inexistencia de lo entregado no permite consagrar la figura típica anotada; lo anterior, sin perjuicio de precisar que posiblemente haya una responsabilidad civil que se dilucidará en la sede correspondiente.

Las razones que se esgrimen por el voto de mayoría consagran la justificación de la falta de dolo sobre la base del mandato amplio en estricta relación a las evidencias del juicio y que conducen, inequívocamente, a una situación civil.

Décimo quinto: *Que sin perjuicio de lo ya expresado, aflora en este escenario, el principio de última ratio y subsidiariedad del derecho penal cuando fallan los medios civiles u otros órdenes, al efecto, se tiene presente la existencia de juicios civiles que las partes intervinientes reconocen en todo caso”.*



De esta forma, no puede sustentarse un delito de apropiación indebida como lo constituye el caso sometido a nuestra decisión, en razón a que debe recaer sobre una cosa mueble o corporal pero nunca sobre una inmaterialidad o patrimonio como el pretendido por el ente persecutor en su imputación fiscal.

En igual sentido, se pronunció la I. Corte de Apelaciones de Santiago en causa Roles N° 90-2018 y N ° 747-2019.

En efecto, el artículo 470 N° 1 del Código Penal contempla dos figuras delictivas. Por una parte, la apropiación indebida propiamente tal, delito contra la propiedad que sólo puede recaer sobre especies o cuerpos ciertos ajenos y cuya conducta típica consiste en la apropiación entendida como disposición de tales especies o cuerpos ciertos como señor y dueño de los mismos. Por otro lado, la distracción indebida de dinero, delito contra el patrimonio que, como la denominación propuesta indica, sólo puede recaer sobre dinero u otros géneros y cuya conducta típica consiste en el no pago jurídico-penalmente reprochable. La conducta típica en este caso no puede coincidir con la simple disposición del dinero y que, más bien, se identifica con la omisión del pago de una cantidad equivalente a la recibida, entonces en opinión del profesor Hernández -obra antes citada- *“la tarea pendiente consiste en fundamentar el carácter jurídico-penalmente reprochable de dicha omisión, esto es, el plus de relevancia que justifique la reacción penal frente a conductas que, en principio, no constituyen más que un incumplimiento de obligaciones civiles”*. *“El incumplimiento que importa distracción típica para los fines del derecho penal debe ser consecuencia de una falta grave a elementales deberes de cuidado del crédito ajeno, a una gestión irracional que naturalmente deba conducir a la imposibilidad de pago”*.

En síntesis, conforme a una interpretación del tipo coherente con los principios y reglas del derecho privado, permite sostener que no puede haber apropiación indebida de dinero, salvo en los extraños casos en que éste se entrega como especie o cuerpo cierto -artículos 2221, 2211 y 2153 del Código Civil-, o bien, sin constituir custodia sobre el mismo. Por cuanto, no toda omisión de devolver dinero previamente recibido puede constituir delito, pues de lo contrario todo préstamo impago estaría criminalizado, llegándose incluso a sostener arbitrariamente una prisión por deudas, requiriéndose de



un plus motivacional adicional de afectación, no sólo contra el derecho personal del acreedor, sino también requerir que se acredite la vulneración a la propiedad del dueño.

Insistimos que la interpretación del artículo 470 N° 1 del Código Penal debe ser armónico y ajustarse a las conclusiones del derecho privado. En esta materia, mucho más que en otras, el derecho penal debe ser accesorio y no puede desconocerle la calidad de dueño de una cosa a quien lo es en virtud del derecho privado, único ordenamiento llamado a atribuir derechos sobre bienes.

En doctrina Politoff ha apuntado que *“mientras el administrador actúe por cuenta y riesgo del mandante, afectando el patrimonio de éste, gastando, comprando y vendiendo por y para éste, es evidente que no excede su condición de mero tenedor de bienes ajenos ni comete apropiación, aunque sea torpe y hasta negligente en la conducción de los negocios”* (Politoff, Sergio, El delito de apropiación indebida, segunda edición, Santiago, Conosur, 1992, página 205). Y, en efecto, si el administrador ha sido dotado de la facultad de disponer de los bienes del titular a nombre de éste, es evidente que las disposiciones hechas precisamente en ejercicio de esa facultad no pueden importar una apropiación, aun cuando el ejercicio sea abusivo. En otras palabras, la apropiación de bienes es algo distinto de una mala administración de los mismos.

En consecuencia, no podemos considerar -en el evento de tener por ciertos los supuestos fácticos objeto de imputación- que aquellos resultan subsumibles en el tipo penal de apropiación indebida, ilícito tipificado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, ni considerarse que se encuentren insertos en ellos en un escenario de administración desleal sancionable por ser una figura atípica en nuestra legislación penal.

En conclusión, de acuerdo a la valoración de los medios de convicción que efectuaron las sentenciadoras se trata de una relación contractual, ajena al orden punible, de carácter civil, no susceptible de configurarse el delito de apropiación ilícita, en primer lugar, porque no se ha determinado el objeto material del supuesto ilícito penal, la materialización de los requisitos objetivos y por otro lado, no se ha acreditado el elemento subjetivo del mismo y consecuentemente un perjuicio determinado -acreditado más allá de toda



duda razonable-, toda vez que la obligación de entregar o devolver que pudiese pesar sobre el acusado puede recaer sobre otros bienes, teniendo además presente que los títulos traslativos de dominio, esto es, aquéllos que por su naturaleza sirven para transferirlo, no permiten la configuración de la figura en comento.

A mayor abundamiento es dable entender que en una situación dudosa incierta, cuyos contornos parecen estar más cerca de la disputa civil que la del fraude penal, parece más razonable prescindir de una sanción penal, haciendo honor a los principios de intervención mínima y última ratio, que lo inspiran.

Finalmente, frente a diversas dificultades para establecer fronteras entre fraude civil y penal, es decir, en todos aquellos casos en que no pudiera desvirtuarse la duda razonable, el sentenciador debe absolver, dado el estándar que rige el proceso penal.

En consecuencia, no puede considerarse al acusado como sujeto activo de un delito de apropiación indebida, toda vez que no ha recibido de otro, ciertas cosas muebles como dinero, efectos u otras cosas muebles en virtud de un título que en general produzca la obligación de restituir. Para que el delito de apropiación indebida se cometa se hubiere requerido en este caso que el sujeto activo recibiere en diversas oportunidades las transferencias de dinero en virtud de un título legítimo de mera tenencia y no traslativo de dominio, lo que no aconteció dado que el encartado no se hizo de dichas sumas en virtud de un contrato de depósito, comisión, administración o cualquier otro que produzca la obligación de entregar o devolver.

En efecto, el acusado no recibió los dineros en alguna de las hipótesis previstas en el tipo penal de apropiación indebida, por cuanto incluso la querellante conocía que las inversiones se harían en empresas forex, quienes administran dichos dineros, cumpliendo el encartado con el traspaso de dichas sumas de dinero, más no con la conducta atribuida por el acusador particular.

DECIMOSEPTIMO: Que, de acuerdo a la prueba rendida en juicio, las sentenciadoras acertadamente concluyeron que no se pudieron tener por acreditados los delitos de estafa y apropiación indebida, por lo que se desestimarán las alegaciones de la querellante en torno a condenar al



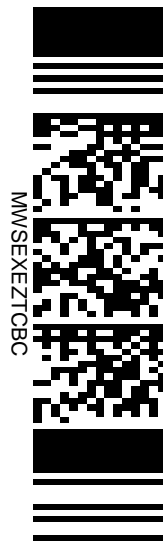
acusado Atenas Marchán de las imputaciones que se le formularen en calidad de autor de dichos ilícitos, dado que como se ha indicado, en estimación de las sentenciadoras, no se ha configurado un engaño que resultara idóneo para el fin defraudatorio buscado, mismo que resulta punible en cuanto no se ha encuadrado penalmente en el tipo legal ya referido, respetándose a su respecto lo previsto en el artículo 340 del Código Procesal Penal.

DECIMOCTAVO: Que, de acuerdo a los razonamientos de las sentenciadoras, la prueba de cargo incorporada y aquélla introducida por la defensa, generaron en el Tribunal, dudas más que razonables, respecto de la efectiva ocurrencia de los hechos objeto del juicio oral y de la participación que en ellos le pudiese corresponder al encartado.

De esta forma, tal como se ha sostenido en reiteradas oportunidades, encontrándonos frente a un juicio criminal, debe tenerse presente que éste no es una contienda en la que el tribunal se pronuncia sobre cuál de las versiones presentadas ante él es “mejor”, sino que es un método para determinar con certeza la existencia de los delitos y la participación de los acusados, de modo que si ello no se logra debe absolverse, incluso si no se encuentran probados los enunciados fácticos que demostrarían la inocencia de los imputados.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el objetivo de un juicio criminal no es elegir entre las historias de las partes, sino determinar si la única explicación plausible del evento en cuestión es o no que los acusados son culpables en los términos en que han sido objeto de la imputación. Este juicio criminal es una búsqueda unilateral de la verdad que debe responder a una pregunta: ¿son los imputados con certeza culpable? En efecto, si la respuesta respecto del acusado es probablemente sí, posiblemente no o cualquiera otra distinta de un inequívoco sí, el imputado debe ser absuelto, situación que se ha configurado en la especie, de acuerdo a los razonados fundamentos contenidos en la sentencia recurrida.

DECIMONOVENO: Que, el recurso interpuesto será desestimado, toda vez que los hechos asentados en el fallo, no pueden ser subsumidos en los tipos penales en análisis y la conducta desplegada por el imputado no se encuadra y subsume cabalmente en las figuras típicas contenidas en los



artículos 468 y 470 N° 1 del Código Penal.

En efecto, en las condiciones indicadas, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago ha dado aplicación a la normativa en análisis de conformidad a la ley.

VIGÉSIMO: Que en lo tocante al acápite que precede y en base a los presupuestos fácticos tenidos por ciertos, no se ha configurado la causal de nulidad esgrimida por la querellante de la encartada contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos y lo previsto, además, en los artículos 292, 372 y siguientes, 342 letra c) 352, 358, 374 letra e) y 386 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto, por don Nicolás Garrido Grove, por la parte querellante Rosa Zuazua en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha quince de diciembre de dos mil veintidós, en la causa RIT N° 66-2022 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y en consecuencia, se declara que dicho fallo no es nulo.

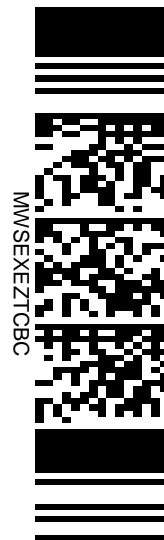
Regístrese, comuníquese y devuélvase.

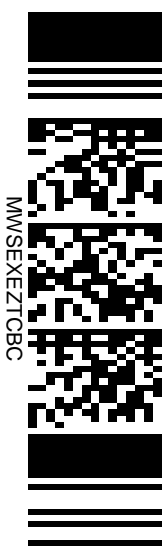
Redacción de la Ministro señora Verónica Sabaj Escudero.

Reforma Procesal Penal N° 5941-2022.

No firma el abogado integrante señor Lepin, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por haber cesado sus funciones.

Pronunciada por **la Sexta Sala de la Iltna. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro don Antonio Ulloa Márquez, conformada por la Ministra señora Verónica Sabaj Escudero y el Abogado Integrante don Cristian Lepin Molina.





MMSEXEZTCBC

Pronunciado por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Antonio Ulloa M., Veronica Cecilia Sabaj E. Santiago, siete de marzo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a siete de marzo de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

