

REVISTA DE DERECHO

AÑO XVIII OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1950 N.º 74

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

SRES.

ROLANDO MERINO REYES

QUINTILIANO MONSALVE J.

JUAN BIANCHI BIANCHI

VICTOR VILLAVICENCIO G.

MARIO CERDA MEDINA

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

CORTE SUPREMA

**DESAFUERO DEL SENADOR
DON PEDRO OPAZO COUSINO**

APELACION DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

PARLAMENTARIO — FUERO CONSTITUCIONAL — PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO — PROCEDIMIENTOS ESPECIALES — JUICIOS ESPECIALES — JUICIO ORDINARIO CRIMINAL — REGLAS SUPLETORIAS — INSTANCIAS DE LAS CAUSAS DE DESAFUERO — RESOLUCION QUE DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACION DE CAUSA — RESOLUCION QUE DECLARA NO HABER LUGAR A FORMACION DE CAUSA — RECURSOS — RECURSO DE APELACION — ADMISIBILIDAD — CONSTITUCION POLITICA — CODIGO ORGANICO DE TRIBUNALES — SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA — RESOLUCIONES QUE CAUSAN GRAVAMEN IRREPARABLE — ACCION PENAL — ANTE-JUICIO — ACTUACION DE OFICIO — DELITOS PESQUISABLES DE OFICIO — MINISTERIO PUBLICO — FISCAL DE LA CORTE DE APELACIONES — INTERVENCION DEL FISCAL EN LA PRIMERA INSTANCIA DE LAS CAUSAS DE DESAFUERO — DETENCION — INCUPLADO — DELITO — ESTAFA — APROPIACION INDEBIDA — POSESION DE LA COSA — ENGAÑO — DOLO — ENTREGA ESPONTANEA DE LA COSA — APROPIACION — DISTRACCION — COSA MUEBLE — TITULO CON OBLIGACION DE RESTITUIR — PERJUICIO — PATRIMONIO — DOMINIO — USO O APROVECHAMIENTO — INTENCION O PROPOSITO — DISPOSICION — RESTITUCION EN ESPECIE — VALOR EQUIVALENTE — REPARACION DEL DAÑO — CIRCUNSTANCIA ATENUANTE — COSAS FUNGIBLES — DINERO — DEPOSITARIO — ADMINISTRADOR — MANDATARIO — USO O DISPOSICION DE CAUDALES.

DOCTRINA — El procedimiento para privar del fuero constitucional a un parlamentario, está reglado en el Título IV del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal que se ocupa de los “procedimientos especiales”, vale decir, de los juicios especiales, de aquellos que tienen reglas propias que se apartan del procedimiento o juicio ordinario, de que trata el Libro II de ese cuerpo de leyes. La misma distribución de materias que hace el

citado Código en tres Libros, los dos ya citados y el primero, en que se encuentran las disposiciones generales relativas al juicio criminal, tiene por objeto señalar el orden de precedencia en que deben ser aplicados sus preceptos, puesto que las reglas especiales son de preferente aplicación y sólo en el silencio de éstas rigen las generales, con el carácter de supletorias.

Si bien es cierto que, no obstante no expresar el Código de Procedimiento Penal que la Corte de Apelaciones respectiva, reunida en pleno, deba conocer en única instancia del desafuero de un diputado o senador, hay otras disposiciones legales, como los artículos 33 de la Constitución Política y 613 del mismo Código citado, que expresamente establecen que la resolución que declara haber lugar a la formación de causa es apelable para ante la Corte Suprema.

Sin embargo, no existe ningún precepto legal que establezca que son apelables o inapelables las demás resoluciones que puedan dictarse en los procesos de desafuero, aun cuando es de hacer notar que el N.º 2 del artículo 96 del Código Orgánico de Tribunales —originariamente artículo 4.º de la Ley N.º 5980, de 7 de Enero de 1937—, preceptúa que

la Corte Suprema conocerá en pleno, “de las apelaciones que se deduzcan en las causas por desafuero de Diputados y Senadores a que se refieren los artículos 33, 34 y 35 de la Constitución Política”.

Por lo tanto, y a falta de regla especial al respecto, para determinar si es apelable la resolución por la cual la Corte de Apelaciones declara no haber lugar a la formación de causa, hay que estarse a las reglas dictadas por el legislador para ser aplicadas en todo procedimiento criminal, de acuerdo con las cuales son apelables la sentencia definitiva de primera instancia en causa criminal y las demás resoluciones que causen gravámenes irreparables; de modo que aún cuando se desconociera el carácter de sentencia definitiva a la resolución que deniega un desafuero, siempre resultaría ser apelable, porque es manifiesto el gravamen irreparable que puede acarrear a la parte interesada en el ejercicio de la acción penal.

El juicio de desafuero se sigue ante la Corte de Apelaciones respectiva, que lo conoce en primera instancia, y las actuaciones que en él se realizan están regladas por el Código de Procedimiento Penal y constituyen, en realidad, un verdadero ante-jui-

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

553

cio del juicio criminal que puede abrirse, ante-juicio en el cual se decide la suerte de la acción penal que pretende ejercitarse, de oficio o a petición de parte, contra el Senador o Diputado.

Tratándose de delitos perseguibles de oficio, el Ministerio Público está en el deber de intervenir en la segunda instancia del juicio a que dan origen, asumiendo el rol de parte directa que le asigna la ley procesal penal, y como la instancia de desafuero se sigue ante la Corte de Apelaciones y el Ministerio Público obra cerca de este Tribunal, representado por el Fiscal de la Corte respectiva, no puede desconocerse el interés que le asiste a este funcionario para actuar en resguardo de los intereses que la ley le confía y que pueden resultar afectados por el fallo que se dicte en esta instancia.

Para que proceda la declaración de haber lugar a formación de causa, respecto de las personas que tienen fuero constitucional, es menester —como se desprende del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal— que de los antecedentes del proceso aparezcan datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, lo que, de acuerdo con el artículo 255 de dicho Código, puede hacerse,

“cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordene”.

La estafa y la apropiación indebida son dos conceptos que es preciso distinguir, porque presentan caracteres diversos. En efecto, en la “estafa” la posesión de la cosa la adquiere el delincuente mediante engaño, simultáneo o anterior a la entrega. En la “apropiación indebida” —como llama la doctrina el hecho configurado en el N.º 1.º del artículo 470 del Código Penal—, la cosa es obtenida por una entrega espontánea de la víctima, en virtud de un título previo al delito, que impone al que la recibe la obligación de devolverla. En la estafa el dolo es concomitante; en la apropiación indebida es posterior a la entrega de la cosa. El único rasgo común es que en ambos casos la entrega de la cosa es voluntaria.

El N.º 1.º del artículo 470 ya citado describe, pues, una figura de delito con elementos claramente definidos, y ya se le llame “apropiación indebida”, o se quiera ver en ella una simple modalidad de la estafa, es el hecho que la ley le atribuye los siguientes caracteres esenciales: a) “a-

propiación o distracción" de una cosa; b) que esta cosa sea mueble; c) que la cosa haya sido entregada por un título que apareje obligación de devolverla; y d) que exista un perjuicio.

Se "apropia" una cosa, el sujeto que la incorpora a su patrimonio, privando de ella a su dueño, sin ánimo de restituirla. Se la "distrae", cuando se le da un destino incompatible con el título en virtud del cual se tiene su posesión material. Aun cuando ambos conceptos son distintos, sin embargo es de notar que el rasgo dominante de este delito lo constituye la apropiación.

En efecto, el bien jurídico que la ley protege es el dominio, de modo que la "distracción", para que adquiera relevancia jurídica, debe ir acompañada de actos que, en definitiva, puedan importar apropiación. Ocurre a veces que la apropiación se manifiesta de una manera inequívoca, como sucede, por ejemplo, cuando se distrae la cosa vendiéndola o permutándola, pero no siempre acontece lo mismo. Así, en el caso del uso o aprovechamiento es indispensable considerar el propósito, porque no toda forma de aprovechamiento apareja necesariamente apropiación, y quien se sirve transitoriamente de la cosa a lo más podría responder de los

daños o perjuicios; pero sin que de ello emanen consecuencias penales. Y no puede ser de otra manera, si se piensa que no es lógico suponer que el legislador haya querido vincular la extructuración del delito, a un episodio que no es el último ni el más grave de los que producen la lesión del derecho.

Establecido en el proceso que el inculpado, antes de disponer o usar de los valores a su cargo, aseguró su devolución, substituyéndolos por otros de análoga entidad, es evidente concluir que no tuvo el ánimo de apropiárselos.

No siempre la simple disposición de una cosa materia de devolución configura el delito de apropiación. Es evidente que cuando la cosa que se entrega debe ser restituida en especie, si en vez de restituirse la cosa misma se da, en su reemplazo, un valor equivalente, esta circunstancia no desvanece el delito. La devolución, en esta hipótesis, sólo podría significar una reparación del daño susceptible de ser considerada como atenuante de la responsabilidad criminal. Pero no ocurre lo mismo cuando se trata de cosas fungibles, que —como es sabido— se consumen con el uso conveniente a su naturaleza (artículo 575 del Código Civil, prin-

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

555

cipio en armonía con el cual el legislador ha sentado las normas contenidas, entre otros, en los artículos 2221, 2153 y 2156 del Código Civil y las que indican que, dentro de los principios generales que gobiernan el Derecho Civil, el obligado a restituir una suma de dinero cumple su obligación devolviendo "otro tanto", concepto que, a pesar de su simplicidad, es del caso tener muy presente para apreciar el hecho que denote su "apropiación", ya que aisladamente no puede denunciarla la simple disposición que la ley, en cierto modo, autoriza.

Lo dicho precedentemente permite concluir que cuando la cosa mueble de que habla el artículo 470 N.º 1.º del Código Penal es fungible —como es el dinero—, y ya se trate de un depositario, administrador, mandatario o de cualquiera persona que esté obligada a devolverla por un título regido por el Derecho Civil, no es dable concebir que su disposición, uso o empleo, por sí solos constituyan prueba inequívoca de su apropiación o distracción, y como el sujeto sólo está obligado a devolver una cantidad equivalente, el único hecho decisivo para demostrar la existencia del delito no puede ser otro que la negativa —u otro suceso que necesi-

sariamente la suponga— para devolver un valor equivalente. Por lo demás, cuando la ley, excepcionalmente, quiere penar el simple uso o disposición de caudales a cargo de una persona, lo manifiesta en alguna forma, como sucede en la situación prevista en el artículo 235 del Código Penal.

DOCTRINA VOTO DISIDENTE.—Constando de los antecedentes acumulados en el proceso que el parlamentario inculcado, en su carácter de Presidente y Gerente de una sociedad comercial, tomó de la cartera de ésta diversos documentos comerciales por un valor determinado, de los cuales dispuso en seguida como si fueran de su exclusivo dominio, sin consentimiento ni noticia de los demás Directores de la Sociedad, y sin que se dejara constancia de estos actos en los libros de la Compañía; y presentando tales hechos los caracteres del delito contemplado en el N.º 1.º del artículo 470 del Código Penal, es del caso ordenar la formación de causa contra el parlamentario inculcado, para investigar la responsabilidad que se le atribuye en ese delito que, por ser de los que producen acción penal pública, debe perseguirse de oficio.

Atendido el estado actual del proceso, y sin que haya podido adelantar la investigación debido al fuero del inculpado, sólo puede decirse, con relación al perjuicio de tercero, —que es uno de los elementos constitutivos del delito de que se trata—, que la apropiación por parte del inculpado de los efectos comerciales que pertenecían a la sociedad afectada, ha producido, necesaria y simultáneamente, un empobrecimiento o disminución del patrimonio de ésta, igual al valor que representaban aquellos efectos, lo cual puede anticiparse sin perjuicio de lo que más adelante pudiera establecerse al respecto, ya que forma parte de las actuaciones del sumario, de acuerdo con la norma fijada en el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, la investigación de los perjuicios sufridos por un tercero.

La circunstancia de que con posterioridad a la ejecución de los hechos antes mencionados, el inculpado haya entregado a la Sociedad otros documentos comerciales de valor equivalente al que correspondía a los de que dispuso, como asimismo la de que en esta última oportunidad se hayan también anotado todas estas operaciones en los libros de la contabilidad social, deben ser apreciadas en otro momento del

proceso, ya que para estimarlas como constitutivas de la causal de atenuación de responsabilidad contemplada en el N.º 7.º del artículo 11 del Código Penal, —porque mediante ellas se habría procurado reparar el mal causado e impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias—, ya para darles o atribuirles cualquier valor procesal.

Santiago, veintiocho de Octubre de mil novecientos cincuenta.

Considerando en orden a la inadmisibilidad del recurso de apelación, promovida en la vista de la causa:

1.º) Que el procedimiento para privar del fuero constitucional a un parlamentario, está reglado en el Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Penal que se ocupa de los "procedimientos especiales", vale decir, de los juicios especiales, de aquellos que tienen reglas propias que se apartan del procedimiento o juicio ordinario, de que se ocupa el Libro II del mismo cuerpo de leyes;

2.º) Que la sola distribución de las materias que hace el Código de Procedimiento Penal en tres libros, los dos ya citados y el pri-

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

557

mero, en que se encuentran las disposiciones generales relativas al juicio criminal, tiene por objeto señalar el orden de precedencia en que deben ser aplicados sus preceptos, puesto que las reglas especiales son de preferente aplicación y sólo en el silencio de éstas, rigen las generales con el carácter de supletorias;

3.º) Que al encomendar el Código de Procedimiento Penal al conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva, reunida en Tribunal Pleno, la declaración de haber lugar a formar causa contra un Diputado o Senador, no expresa que la Corte deba conocer en única instancia del desafuero. Por el contrario, el artículo 33 de la Constitución Política dice que la resolución que declara haber lugar a formación de causa es recurrible ante la Corte Suprema, y el 613 del Código de Procedimiento Penal prescribe que esta misma resolución es apelable para ante este último Tribunal; pero, ni estos preceptos ni ninguno otro del mismo párrafo del Código de Procedimiento Penal disponen la apelabilidad o inapelabilidad de las demás resoluciones que puedan dictarse en la instancia de desafuero; si bien es de notar que el N.º 2 del artículo 96 del Código Orgánico de

Tribunales, originariamente artículo 4.º de la Ley N.º 5980 de 7 de Enero de 1937, preceptúa que la Corte Suprema conocerá en Pleno "de las apelaciones que se deduzcan en las causas por desafuero de Diputados y Senadores a que se refieren los artículos 33, 34 y 35 de la Constitución Política";

4.º) Que, por lo tanto, y a falta de regla especial al respecto, para determinar si es apelable la resolución por la cual la Corte de Apelaciones declara no haber lugar la formación de causa, hay que estarse a las reglas dictadas por el legislador para ser aplicadas en todo procedimiento criminal y según las cuales es apelable la sentencia definitiva de primera instancia en causa criminal, y lo son también las demás resoluciones que causen gravámenes irreparables; por manera que aún en el supuesto de desconocerse el carácter de sentencia definitiva a la resolución que deniega un desafuero, siempre resultaría ser apelable porque es manifiesto el gravamen irreparable que puede acarrear a la parte interesada en el ejercicio de la acción penal;

5.º) Que, por lo tanto, se puede concluir que no habiendo la ley prevenido que sólo es apelable la

resolución que declara haber lugar la formación de causa contra un Senador o Diputado, hay que estarse a las reglas que el propio legislador ordena aplicar para determinar la apelabilidad e inapelabilidad de las resoluciones dictadas en un procedimiento criminal, y con arreglo a las cuales, como ya se ha demostrado, es procedente la apelación interpuesta por los querellantes en estos autos.

Considerando en orden a la admisibilidad de la apelación interpuesta por el señor Fiscal:

1.º—Que como se ha expresado en las consideraciones precedentes, el juicio de desafuero se sigue ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual conoce en primera instancia;

2.º— Que las actuaciones que en él se realizan están regladas por el Código de Procedimiento Penal, y constituyen, en realidad, un verdadero ante-juicio del juicio criminal que puede abrirse;

3.º—Que en este ante-juicio se decide la suerte de la acción penal que pretende ejercitarse de oficio o a petición de parte contra el Senador o Diputado;

4.º—Que tratándose de delitos perseguibles de oficio, el Ministerio Público está en el deber de intervenir en la segunda instancia del juicio a que da origen, asumiendo el rol de parte directa que le asigna la ley procesal penal, y como la instancia de desafuero se sigue ante la Corte de Apelaciones, y el Ministerio Público obra cerca de este Tribunal, representado por el Fiscal de la Corte respectiva, no puede desconocerse el interés que le asiste a este funcionario para actuar en resguardo de los intereses que la ley le confía y que pueden resultar afectados por el fallo que se dicte en esta instancia.

Considerando con relación al fondo, eliminando el fundamento 3.º de la resolución apelada, de fecha 27 de Septiembre del presente año, escrita a fojas 172 y teniendo, además, presente:

1.º—Que para que proceda la declaración de haber lugar a formación de causa, respecto de las personas que tienen fuero constitucional, es menester que de los antecedentes del proceso aparezcan datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculcado, como se desprende del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal;

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

559

2.º—Que el artículo 255 de dicho Código dispone, en su parte pertinente, que el juez que instruye el sumario podrá decretar la detención: "cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente caracteres de delito, tenga el juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordene".

De modo, pues, que se impone analizar, en primer término, la naturaleza del hecho materia de la querella, y averiguar, en seguida, si los antecedentes producidos, permiten dar por establecida su existencia con el carácter delictuoso que la ley requiere;

3.º—Que el querellante, en su libelo de fojas 52, ejercitó la acción penal proveniente del delito contemplado en el artículo 470 N.º 1 del Código Penal, y que denominó de "estafa por apropiación indebida", conceptos éstos que, desde luego, es preciso distinguir porque presentan caracteres diversos.

En efecto, en la estafa, la posesión de la cosa la adquiere el delincuente mediante engaño, simultáneo o anterior a la entrega. En la "apropiación indebida", —como llama la doctrina, el hecho configurado en el precepto antes citado— la cosa es obteni-

da por una entrega espontánea de la víctima, en virtud de un título previo al delito que impone al que la recibe, la obligación de devolverla. En la estafa el dolo es concomitante; en la apropiación indebida es posterior a la entrega de la cosa. Y como único rasgo común: en ambos casos la entrega de la cosa es voluntaria;

4.º—Que el precitado artículo 470 N.º 1 describió, pues, una figura de delito con elementos claramente definidos, y ya se la llame "apropiación indebida", o se quiera ver en ella, una simple modalidad de la estafa, es el hecho que la ley le atribuye los siguientes caracteres esenciales: en primer lugar, la "apropiación o distracción" de una cosa; se exige, en seguida, que esta cosa sea mueble; se impone, después, que la cosa haya sido entregada por un título que apareje obligación de devolverla; y, por último, la existencia de perjuicio;

5.º—Que el precepto penal antes citado dice: "el que se "apropiare" o "distrajere". Se apropia una cosa, el sujeto que la incorpora a su patrimonio, privando de ella a su dueño, sin ánimo de restituirla. Se la distrae, cuando se le da un destino incompatible con el título, en virtud del cual se tie-

ne su posesión material. Aun cuando ambos conceptos son distintos, sin embargo es de notar que el rasgo dominante de este delito, lo constituye la apropiación. En efecto, el bien jurídico que la ley protege, es el dominio, de modo que la distracción, para que adquiera relevancia jurídica, debe ir acompañada de actos que, en definitiva, puedan importar apropiación. Ocurre, a veces, que la apropiación se manifiesta de una manera inequívoca, como, por ejemplo, cuando se distrae la cosa, vendiéndola o permutándola, pero no siempre sucede lo mismo. Así, en el caso del uso o aprovechamiento es indispensable considerar el propósito; porque no toda forma de aprovechamiento apareja necesariamente apropiación, y quien se sirve transitoriamente de la cosa, a lo más podría responder de los daños o perjuicios, pero sin que de ello emanen consecuencias penales. Y no puede ser de otra manera, si se piensa que no es lógico suponer que el legislador haya querido vincular la estructuración del delito, a un episodio que no es el último ni el más grave, de los que producen la lesión del derecho:

6.º— Que en la querella que motiva este proceso se ha impu-

tado al Presidente y Gerente de la Sociedad "Viñas Unidas", por una parte, la apropiación de diversos valores (letras de cambio) de la Sociedad, y por otra parte, haber dado en garantía de préstamos personales, varias letras de cambio, giradas a la orden de dicha Sociedad, o sea, el delito se habría cometido, tanto por la apropiación, como por la distracción concretada al uso indebido de efectos a su cargo; pero en ambos casos, es imprescindible vincular estos actos al propósito del hechor, para averiguar si ellos tienen o no la apariencia de una apropiación caracterizada, como ya se ha dicho, por la incorporación de la cosa al patrimonio, sin ánimo de restituirla:

7.º—Que establecido en el curso de la causa, que el Gerente inculcado, antes de disponer o usar de los valores a su cargo, aseguró su devolución, substituyéndolos por otros de análoga entidad, es evidente concluir, que **no tuvo el ánimo de apropiárselos**. Por otra parte, esta substitución fué estimada, todavía, ampliamente satisfactoria, por la Sociedad "Viñas Unidas", como aparece del acta de fojas 82 que da testimonio del acuerdo de la Junta de Accionistas (fojas 100 vuelta) en que se aceptó "la substitución de

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

561

las letras aceptadas por la Viña Concha y Toro, Morera Hermanos y Epifanio Iracheta y del depósito correspondiente a don Alfredo Brancoli, por una letra equivalente al monto total de dichos documentos o valores, aceptada por el señor Juan Yarur Lolas a noventa días, pero exigible con diez días de aviso y cuyos intereses son de cargo del aceptante señor Yarur, por estimar que esta substitución es beneficiosa para los intereses de la Sociedad. Todo lo cual está de acuerdo con la declaración prestada por el Contador de "Viñas Unidas", don Ernesto Parker (fojas 163) en cuanto afirma:

"...el beneficio aportado por la letra de Yarur es tan evidente, que en Julio, antes de las dificultades de crédito que estas mismas incidencias han producido, se pidieron dos millones de pesos a cuenta de aquélla, con lo que la Sociedad tuvo dinero para cubrir sus compromisos";

8.º—Que, además, es indispensable, aún, relacionar la **apropiación** con la naturaleza misma de la cosa, materia de la devolución, para apreciar correctamente el hecho punible, porque no siempre, la simple disposición de una cosa configura el delito. Es evidente que, cuando la cosa que se

entrega debe ser restituida en especie, si en vez de restituirse la cosa misma, se da, en su reemplazo, un valor equivalente, esta circunstancia no desvanece el delito. La devolución, en esta hipótesis, sólo podría significar una reparación del daño susceptible de ser considerada como una atenuante de la responsabilidad criminal. Pero no ocurre lo mismo cuando se trata de cosas fungibles, que como es sabido se consumen con el uso conveniente a su propia naturaleza (artículo 575 del Código Civil). Y es por eso que, en armonía con este principio, dispone el artículo 2221 del Código Civil: "En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada, cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presume que se permite **emplearlo** y el depositario será **obligado a restituir otro tanto de la misma moneda**". Y por análoga razón el artículo 2153 del Código Civil, dispone que "las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario, aún por fuerza mayor o caso fortuito... etc.", o dicho en otros términos, desde el punto de vista del riesgo de la cosa, ésta perece para el mandatario en los mismos términos que si fuera su dueño;

pero con la salvedad de que debe responder con un valor análogo. Y todavía el inciso 1.º del artículo 2156 dice, refiriéndose a las obligaciones del mandatario: "Debe al mandante los intereses corrientes de dineros de éste que haya empleado en utilidad propia".

Todo esto nos indica que, dentro de los principios generales que gobiernan el Derecho Civil, el obligado a restituir una suma de dinero, cumple su obligación devolviendo otro tanto, concepto que, a pesar de su simplicidad, es del caso tener muy presente para apreciar el hecho que denote su "apropiación", ya que aisladamente, no puede denunciarse la simple disposición que la ley, en cierto modo, autoriza;

9.º—Que, dado lo expuesto en el fundamento anterior, es fuerza concluir que cuando la cosa mueble de que habla el artículo 470 N.º 1.º del Código Penal es fungible, como es el dinero, y ya se trate de un depositario, administrador, mandatario o de cualquiera persona que esté obligada a devolverla por un título regido por el Derecho Civil, no es dable concebir que su disposición, uso o empleo, por sí solos, constituyan prueba inequívoca de su apropiación o distracción, y como

el sujeto sólo está obligado a devolver una cantidad equivalente, el único hecho decisivo para demostrar la existencia del delito, no puede ser otro que la negativa (u otro suceso que necesariamente la suponga) para devolver un valor equivalente.

Cuando la ley, excepcionalmente, quiere penar el simple uso o disposición de caudales a cargo de una persona, lo manifiesta en alguna forma, como, por ejemplo, en la situación prevista en el artículo 235 del Código Penal:

10.º—Que en este proceso, se imputa al Gerente la apropiación y uso de diversos efectos, como son las letras de cambio, efectos que, en todo caso traducen valores en dinero. Así lo dice el artículo 632 del Código de Comercio, que define la letra de cambio como un mandato escrito por el cual el librador ordena al librado pague una cantidad de dinero a la persona designada o a su orden. Y según el poder de fojas 10 conferido al Gerente de la Sociedad Anónima "Viñas Unidas", estaba éste en el deber de cobrar y percibir, en su oportunidad, las sumas de dinero correspondientes a esas letras de cambio, y no sería racional suponer que estuviera en la obligación de devolverlas en especie, porque ello im-

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

563

portaria negar la función de la letra de cambio;

11.º— Que, en consecuencia, ninguna duda puede haber que "las cosas muebles", entregadas al Gerente, si bien podrían corresponder a la denominación de "efectos" que emplea el artículo 470 N.º 1.º del Código Penal, en realidad estaban destinadas, por su propia índole, a convertirse en las respectivas cantidades de dinero, que esos valores representaban. Eran estas sumas de dinero lo que el Gerente debía restituir en definitiva, y, como ya se ha dicho, su simple disposición no es prueba bastante de la "apropiación", la cual sólo puede caracterizarse por la negativa para devolver un valor equivalente;

12.º— Que no aparece antecedente alguno que permita suponer que don Pedro Opazo Cousiño se haya negado a restituir el dinero correspondiente a los efectos de que dispuso.

Aun más, el voto aprobado por la Junta General de Accionistas de la Sociedad "Viñas Unidas", a que ya se ha hecho alusión, autoriza para presumir integrados dichos valores, puesto que, sin ningún voto en contra, los accionistas estimaron beneficiosa para los intereses de la Sociedad la subs-

titución de las letras de cambio, de que se trata, por otra equivalente;

13.º— Que la resolución apelada, en sus fundamentos 5.º, 6.º y 7.º analizó la existencia del hecho punible, desde el punto de vista de los perjuicios, para concluir, que éstos no se habían producido. A este respecto cabe considerar, también, el mérito del certificado de fojas 188, de la "Superintendencia de Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio" en que se deja constancia de que las acciones de la Sociedad "Viñas Unidas", en la Bolsa de Comercio de Santiago, no han descendido de valor en la época en que el Gerente efectuó las operaciones ya mencionadas. Por el contrario, aumentaron su precio en los meses de Julio, Agosto y Septiembre del presente año, todo lo cual, contribuye a reafirmar la apreciación del Tribunal de Alzada;

14.º— Que, en suma, y demostrado como queda, que en las diversas operaciones efectuadas por don Pedro Opazo Cousiño, no hubo ánimo de apropiación; que no aparece establecida, en forma alguna, su negativa para restituir los valores de que dispuso; y todavía, si no está acreditada la existencia de perjuicios, es

obvio concluir que los antecedentes del proceso no revelan la figura de un hecho que presente caracteres de delito, para dar lugar a la formación de causa en contra del Senador inculpado.

Por las anteriores consideraciones, mérito de las disposiciones legales citadas, se declara sin lugar la incidencia sobre inadmisibilidad de los recursos de apelación y se confirma la mencionada resolución apelada.

VOTOS ESPECIALES.— Se previene que el Ministro señor Silva concurre a la confirmatoria, con el mérito de los fundamentos de la resolución apelada, menos el 3.º, y de los considerados 1.º, 13 y 14 en cuanto se refieren a la inexistencia de perjuicios, del presente fallo, y teniendo, además presente: que en las diligencias practicadas en este procedimiento de desafuero, quedó demostrada la falta de perjuicios, y en esta situación, es inconducente incoar un proceso criminal en contra del parlamentario afectado, por la requisitoria de desafuero.

Se previene que el Ministro señor Quezada tiene, además, presente:

Que de los antecedentes reunidos en el proceso se deduce que

el inculpado, —cualquiera que sea la calificación que merezcan las actividades suyas que originaron la presentación de la querrela—, no se halla dentro de la situación prevista en el artículo 33 de la Carta Fundamental para que pueda procederse criminalmente en contra suya;

Que para este fin es requisito indispensable que el hecho por el cual se va a dirigir la acción en contra del Diputado o Senador tenga los caracteres de delito, conforme al artículo 255 N.º 1.º del Código de Procedimiento Penal, calidad que no poseen los ejecutados por el querrellado;

Que, en efecto, al ser delictuosos, esos hechos podrían importar la comisión del delito de estafa, —como lo reconoce el propio querellante—, el que requiere para su existencia el elemento concurrente del "perjuicio" además de la apropiación del bien ajeno.

Pues bien, dada la forma en que actuó el inculpado, ese perjuicio no pudo producirse porque durante la práctica de las diversas maniobras impugnadas y efectuadas por don Pedro Opazo Cousiño no existió nunca la posibilidad de que se generase tal daño patrimonial para la Socie-

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

565

dad "Viñas Unidas", lo que se comprueba con el propio resultado final de esas maniobras, que fué beneficioso para la Sociedad, según se dejó constancia en la Asamblea de Accionistas, con el voto, —entre otros—, de uno de los querellantes;

Que al respecto cabe añadir que el Decreto con Fuerza de Ley 251, de 20 de Mayo de 1931, señala entre las atribuciones del Superintendente de Compañías de Seguros y Sociedades Anónimas, la fiscalización de estas últimas, y dentro de ello, la letra k) del artículo 83 prevé que puede solicitar al Presidente de la República la revocación de la existencia de una sociedad anónima por la administración fraudulenta o descuidada de ella. En el caso en estudio, en conocimiento de los actos ejecutados por el querellado, el Superintendente, en cumplimiento de sus obligaciones funcionarias, ha evacuado el informe en el que después de estudiarse la actuación de Pedro Opazo Cousiño en estos hechos, se llega a la conclusión que no los encuadra dentro del carácter delictivo que les atribuyen los querellantes. El Tribunal no puede atribuir a dicho informe más que un carácter informativo, pero no puede desestimarlos como elemento de

juicio para apreciar la actuación de la persona cuyo desafuero se solicita.

VOTOS DISIDENTES. —

Acordadas las admisibilidades contra el voto del Ministro señor Hermosilla, que estuvo por declarar inadmisibles los recursos de apelación deducidos por la parte querellante y por el señor Fiscal, por los fundamentos consignados en su voto especial emitido en el recurso de hecho del señor Eulogio Sánchez Errázuriz contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 2 de Junio de 1932, que negó lugar al desafuero del Diputado don Emilio Zapata.

Acordada la confirmatoria contra el voto de los Ministros señores Rivas, Bianchi y Aylwin, quienes estuvieron por revocar el fallo apelado y declarar que ha lugar a formar causa contra el senador don Pedro Opazo Cousiño por el delito a que se refiere la querella de fojas 52.

Tienen presente para ello las siguientes consideraciones:

a) Consta de los antecedentes acumulados que el Presidente y Gerente General de la Sociedad "Viñas Unidas", don Pedro Opazo Cousiño, tomó de la cartera

de esa Compañía diversos documentos comerciales, por un valor aproximado de diez millones de pesos, de los cuales dispuso en seguida como si fueran de su exclusivo dominio, sin consentimiento ni noticia de los demás Directores de la Sociedad, y sin que se dejara constancia de esos actos en los libros de la Compañía;

b) Estos hechos presentan, por lo menos en el estado actual de la investigación, los caracteres del delito contemplado en el N.º 1.º del artículo 470 del Código Penal, según el cual se aplicarán las penas señaladas en el artículo 467, "a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla";

c) Por gozar el inculpado, en su carácter de senador, del fuero contemplado en el artículo 33 de la Constitución Política, no puede proseguirse la investigación mientras no se levante el fuero y se declare que ha lugar a formar causa;

d) Tal resolución debe dictarse, de acuerdo con lo que pre-

viene el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, tan pronto como de los antecedentes del proceso aparezcan datos contra un senador o diputado que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, la cual procede, según lo dispone el artículo 255 del mismo Código cuando, "estando establecida la existencia de un hecho que presente caracteres de delito, tenga el juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordene";

e) Por lo tanto, encontrándose establecida la existencia de los hechos a que se alude bajo la letra a), los cuales presentan los caracteres del delito contemplado en el N.º 1.º del artículo 470 del Código Penal, es del caso ordenar la formación de causa contra el senador inculpado para investigar la responsabilidad que se le atribuye en ese delito que, por ser de los que producen acción penal pública, debe perseguirse de oficio;

f) En el estado actual del proceso, y sin que se haya podido adelantar la investigación debido al fuero del inculpado, sólo puede decirse con relación al perjuicio de tercero, que es uno de los elementos constitutivos del delito de

DESAFUERO DE PARLAMENTARIO

567

que se trata, que la apropiación por parte del inculpa-do de los efectos comerciales que pertenecían a "Viñas Unidas", ha producido necesaria y simultáneamente, un empobrecimiento o disminución del patrimonio de ésta, igual al valor que representaban aquellos efectos, lo cual puede anticiparse sin perjuicio de lo que más adelante pudiera establecerse al respecto, ya que forma parte de las actuaciones del sumario, de acuerdo con la norma fijada en el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, la investigación de los perjuicios sufridos por un tercero;

g) Que la circunstancia de que con posterioridad a la ejecución de los hechos a que se ha aludido, el inculpa-do haya entregado a la Sociedad otros documentos comerciales de valor equivalente al que correspondía a los de que dispuso, como asimismo la de que en esta última oportunidad se hayan también anotado todas estas operaciones en los libros de la contabilidad social, deben ser apreciadas en otro momento del proceso, ya para estimarlas como constitutivas de la causal de atenuación de responsabilidad contemplada en el N.º 7.º del artículo 11 del Código Penal, porque mediante ellas se habría procura-

do reparar el mal causado e impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, ya para darles o atribuirles cualquier otro valor procesal.

Devuélvase.

Publíquese en la Gaceta de los Tribunales .

Redacción del Ministro señor Rafael Fontecilla R.

Humberto Trucco — Gregorio Schepeler — J. M. Hermosilla — Manuel I. Rivas — Humberto Bianchi V. — Alfredo Larenas — Miguel Aylwin — Rafael Fontecilla — Pedro Silva F. — Franklin Quezada — Gonzalo Brañas M. G. — Octavio del Real.

Dictada por la Excelentísima Corte, constituida por su Presidente don Humberto Trucco Franzani y Ministros titulares, señores Gregorio Schepeler Pinochet, José M. Hermosilla Almendros, Manuel Isidro Rivas Muñoz, Humberto Bianchi Valenzuela, Alfredo Larenas Larenas, Miguel Aylwin Gajardo, Rafael Fontecilla Riquelme, Pedro Silva Fernández, Franklin Quezada Rogers, Gonzalo Brañas Mac Grath y Octavio del Real Daza. Guillermo Echeverría, Secretario.