

# JURISPRUDENCIA SOBRE EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA

HERNÁN SILVA SILVA

A la fecha se han dictado varios fallos condenatorios contra una serie de autores, sujetos o agentes que mediante el empleo de conductas ilícitas y fraudulentas se han apropiado de dineros que tenían a su cargo en forma o a título fiduciario, de mera tenencia o no traslativo de dominio, la mayoría de ellos eran empleados en virtud de un contrato de trabajo con la calidad de cajeros, o encargados de recibir dineros, etc. y los títulos referidos generaban la obligación legal de entregarlos o devolverlos a sus dueños, empresarios, o empleadores, que tenían la calidad de personas naturales y en otros casos eran personas jurídicas.

En las sentencias se han analizado en sus considerandos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales de este delito complejo en cuanto a su tipificación, los verbos rectores o acciones típicas que lo integran, asimismo interesantes cuestiones en los fundamentos de las resoluciones condenatorias sean que correspondan a la tramitación de los juicios que en ellas han recaído del antiguo régimen procesal penal, o en el nuevo procedimiento penal, por los tribunales de juicio oral en lo penal o las recaídas en recursos de nulidad de conocimiento según la causal o motivo por las Cortes de Apelaciones respectiva o por la Excma. Corte Suprema.

Se ha estudiado el elemento perjuicio, ya sea como elemento del tipo penal o como condición objetiva de punibilidad y la importancia que tiene tal decisión en definitiva, frente a la devolución de los fondos apropiados, etc. Además si la apropiación de dineros puede ser constitutiva del delito hurto, cuál es el momento consumativo de la apropiación indebida, la reiteración de delitos, delito continuado, el efecto del reintegro de los fondos, etc.

Los autores que han sido condenados en juicios orales por el delito en comento, han consumado este ilícito, en algunos casos mediante el empleo de computadores, alterando los sistemas computacionales o empleando otros actos constitutivos de engaño o fraude o mediante la falsificación de documentos, tales como recibos, facturas, etc.

Hay que dejar constancia la importancia que tiene en estos juicios las pericias contables y las declaraciones de los peritos en las audiencias orales en el tribunal de juicio oral en lo penal para la dictación de la sentencia al ponderarse esa probanza más otras, como ser documental y testigos, que se han rendido en tal estación procedimental y que son las únicas que son válidas y se consideran en tal resolución.

Antes de entrar derechamente al análisis de algunas de las sentencias, de los últimos años, es necesario precisar algunos conceptos referidos a la apropiación indebida y sus diferencias sustanciales con la estafa. No obstante lo anterior ambos ilícitos atentan contra la propiedad o estando con las tendencias moderna el bien afectado sería el patrimonio, ambos son delitos de enriquecimiento, primando en la estafa el engaño y en la apropiación indebida el abuso de confianza, y para otros sería un delito contra la administración desleal del patrimonio ajeno.

Don Alfredo Etcheberry define la apropiación indebida como; "En quedarse con las cosas aje-

nas violando el deber jurídico de entregarlas o devolverlas”. Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Tomo III Parte Especial. Tercera edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile Año 1998, pág 424.

1. Para nosotros y considerando la descripción que hace el artículo 470 N° 1 del Código Penal de las formas de su comisión estimamos que, “la apropiación indebida es una forma de fraude, por la cual una persona que recibe bienes muebles, en virtud de un título no traslativo de dominio o contrato que la obliga a restituirla o devolverla a su dueño o a la persona que se las entregó o la puso a su disposición voluntariamente, se apropia o hace distracción de ella, con abuso de confianza y en perjuicio de la víctima.”
2. Lo que caracteriza a este delito y lo hace distinto de otros atentados al patrimonio, “es el abuso de confianza de parte del sujeto activo”, (abuso de confianza) el que se manifiesta en la no entrega o devolución de bienes muebles ajenos, que él recibió por un título que encerraba en forma esencial la obligación de restituirlas o devolverlos, como lo es el fiduciario. En ciertas legislaciones comparadas este injusto aparece bajo el epígrafe de los delitos cometidos con abuso de confianza y se hace extensivo el tipo penal a los sujetos que niegan haber recibido una cosa mueble ajena.
3. En la doctrina moderna y desde hace varios años se viene configurando el delito de apropiación indebida entre los atentados contra el patrimonio, o derechos patrimoniales, como una de las expresiones clásicas de los delitos designados como económicos y en los que hay un evidente enriquecimiento por parte del autor. Otros apuntan que se trata de una figura típica de los delitos que integran el Derecho Penal Económico, o Socio Económico. Nuestra jurisprudencia además de lo anterior ha señalado que el bien jurídico lesionado por la conducta penal descrita en el art. 470 N° 1 del Código Penal “es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa, obligaciones que pesan sobre el hecho, y que este quebranta violando la confianza que en él se deposita” R.D.J. Tomo LXXXV año 1988 Segunda Parte. Sección IV. Pág.24
4. Por ser una modalidad, de la estafa y existiendo en la apropiación indebida apoderamiento de bienes muebles ajenos, que el sujeto activo tiene la obligación de entregar o devolver, el medio comisivo por excelencia son los inmateriales o intelectuales. Un sector lo engloba dentro de los fraudes por abuso de confianza, y otros, como uno de los delitos de enriquecimiento que atentan contra el patrimonio, como lo enunciamos más arriba.
5. La doctrina y la jurisprudencia indican que en este delito lo que le da un sello especial más que el engaño en la acción defraudatoria, es el elemento abuso de confianza por parte de su autor, el que se materializa en no devolver o entregar las especies que él recibió en virtud de un título, que contiene la obligación esencial de restituir o devolver las cosas muebles que él recibió. Las especies las recibió el autor, en virtud de un título, de un contrato que es válido y la apropiación y distracción se produce posteriormente. No hay un dolo inicial, sino que este es posterior a la entrega de las cosas muebles que no se restituyen, es un dolo post facto.
6. Del propio tenor literal del N° 1° del artículo 470 “se desprende que la acción típica consiste en la apropiación o distracción de cosas muebles ajenas. Estas son las únicas formas taxativas de conducta o las hipótesis penales por las cuales puede cometerse este delito y en las que, insistimos, prima el abuso de confianza”.

7. Para Etcheberry: “La figura de la apropiación indebida tiene dos verbos fundamentales, o sea, dos modos posibles de comisión: apropiarse y distraer. El concepto de apropiarse es el mismo que vimos tratándose del hurto: comprende un elemento material, el ejercicio de actos de dominio sobre la cosa (ordinariamente, la disposición de la misma), y uno psicológico, el ánimo de señor y dueño. El elemento material en este delito, a diferencia de lo que ocurre en el hurto, no consistirá en una acción física de apoderamiento, puesto que la cosa, por voluntaria decisión de su titular, ya se encuentra dentro de la esfera de resguardo y custodia del apropiante. Empero, algún elemento material debe existir, que ponga externamente de manifiesto la apropiación, pues el solo ánimo de señor y dueño no es suficiente para tener por consumada esta última. El elemento material se manifestará mediante la ejecución de actos propios del dominio, y a los cuales el título no da derecho, o bien mediante la negativa a entregar cuando llega el momento de la restitución o entrega y ésta es exigida (la negativa no necesita ser expresa, puede consistir en una mera omisión o pasividad ante el requerimiento)”. Etcheberry, ob.cit. Tomo III, pág 425.
8. Sobre la segunda forma de la acción típica, Etcheberry: aclara “La otra modalidad de la apropiación indebida es la distracción. El significado de este término suscita algunas dudas. En términos generales, se refiere al hecho de dar a la cosa un uso o destino diferente de los que le están asignados. Ordinariamente el simple uso de la cosa, aunque el título no lo permita, no ocasionará perjuicio al propietario, y por lo tanto no habrá delito. Pero si, excepcionalmente, el uso indebido acarrea perjuicio, habrá distracción indebida punible. Entre nosotros, Labatut y Politoff opinan que la distracción, al igual que la apropiación, supone el ánimo de señor y dueño. La única diferencia estribaría en que en la distracción existiría en el delincuente el propósito de restituir más tarde la cosa a su propietario, sea recobrando el dominio de la cosa, sea entregando otra equivalente. Discrepamos de este punto de vista. El elemento anotado no establece una suficiente diferencia entre ambas situaciones, que serían idénticas en cuanto a su elemento material y a su elemento psicológico, diferenciándose sólo en un nuevo elemento psicológico suplementario. Por el contrario, creemos que el propósito de restituir la cosa supone una idea de temporalidad incompatible con el ánimo de señor y dueño, y en el fondo, el reconocimiento de dominio ajeno, por completo opuesto a aquel ánimo. En nuestro concepto, la distracción significa simplemente dar a la cosa un uso o destino diferente de aquellos que el título autoriza, y psicológicamente se integra con el dolo común, o sea, con el conocimiento de ello y la libre voluntad de hacerlo. Cuando esta distracción ocasiona perjuicio, estará ya completo el delito”. Etcheberry, ob.cit. Tomo III, pág. 425 y 426.
9. Del Río sostiene: “El delito en estudio se comete apropiándose de las cosas a que la ley se refiere, o distrayéndolas, término empleado por el legislador en razón de su amplitud, y dentro del cual quedan comprendidos desde el uso accidental de la cosa que pueda hacer el hechor, hasta su aprovechamiento máximo, siempre que no signifique apropiación. La condición de la apropiación puede dar lugar, y ha dado, en el comentario y en la jurisprudencia, a la confusión de este delito con el hurto. Sin embargo, si bien se miran los requisitos exigidos por el legislador para apreciar una y otra figura jurídica, se llega a la conclusión de que no cabe confusión posible”. Del Río C., Raimundo J. Derecho Penal. Tercer Tomo., Legislación Penal. Delitos Especiales. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1935. pág. 185.
10. Sobre la apropiación, Ure escribe: “a) Los que sostienen que apropiarse de una cosa ‘significa hacerla propia, es decir, sacarla del patrimonio ajeno, con la intención de no restituirla’;

‘en realizar sobre la cosa ajena, cuya posesión se tiene, una potestad propia del derecho de propiedad, de manera de privar de la misma al propietario’; significa hacerla entrar en el dominio propio. Se verifica mediante la inversión del título de la posesión, mediante la cual el agente da a la cosa un destino incompatible con el título o razón jurídica por el cual la posee, ‘significa no solamente hacer entrar la cosa en el dominio propio...’, ‘significa hacerla entrar en su propio dominio, lo que, en el delito en examen, se verifica merced a la intervención de la posesión’”. Más adelante, el mismo autor sostiene: “b) Una segunda tendencia toma como punto de referencia no ya el concepto de dominio sino el de disposición, y expresa que ‘apropiarse una cosa significa privar al titular del derecho, del poder de disposición (*verfügungsgewalt*) sobre la misma cosa, y substituirlo por el propio, o sea reemplazar con el propio señorío absoluto el ajeno, cesando de poseer ánimo alieno y comenzando a poseer ánimo *rem sibi habendi uti dominus*’”. Por último, agrega: “c) Por eso considero más acertados a aquellos que consideran que la apropiación de la cosa ajena no es un acto de adquisición de la propiedad ni de privación del poder de disposición al derecho habiente, sino un acto de disposición cumplido sobre la cosa ‘como si ésta fuese propia’”. Ure J., Ernesto. *El Delito de Apropiación Indebida*. Reimpresión. Editorial Ideas, Buenos Aires, Argentina, 1947, págs 97 y 98.

11. Por nuestra parte, sostenemos que la acción típica en la apropiación indebida está integrada por la conducta o acción positiva del sujeto activo, en la apropiación y en la distracción, que son figuras distintas. En cuanto a la apropiación que podemos denominar propiamente tal distinguiremos dos elementos fundamentales: uno material o externo, que consiste en hacerse dueño de la cosa misma, y el segundo subjetivo o interno, que es el ánimo mismo. Esto es lo que se ha denominado por la doctrina como el *animus rem sibi habendi*, como lo explicitan los autores. En cuanto a la distracción que es la segunda u otra modalidad de la apropiación, reiteramos, no es lo mismo que la apropiación ni es una forma de ella, como algunos sustentan, y además existen diferencias de fondo. En la distracción se le da una finalidad distinta a la cosa o se altera su destino, en cambio en la apropiación, no hay cambio del fin, sino que el autor se hace dueño de la cosa mueble en forma definitiva cuya obligación esencial es devolverla. Esto último puede ser discutido.
12. El objeto material, esto es, la cosa sobre que recae la infracción, no existe discusión alguna, pues el tenor de la ley es claro, se trata exclusiva y categóricamente “de cualquier cosa mueble”. El legislador sólo expresó de una manera ilustrativa o por vía de ejemplo bienes tales como el dinero, efectos, y como cláusula general no limitativa lo ya anotado. Por el argumento contrario, se excluyen los bienes inmuebles cualquiera sea su naturaleza o clase. Debemos sí tener presente, en todo caso, que la cosa mueble debe tener una existencia real y corporal y un valor económico, pues éste está en relación con la pena.
13. La ajenidad de la cosa se refiere a que no debe ser de dominio del que recibe la especie por alguno de los títulos del 470 N° 1 sino que debe pertenecer a otra persona, pudiendo ser dueño de ella el que la entregó o la puso a su disposición.
14. Otro elemento importante de este delito, y que también está en la ley, es que las cosas muebles que en definitiva no se devuelven y se retienen indebidamente se hayan recibido por algún título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, como apunta la parte final del 470 N° 1. De consiguiente, en el propio tenor literal de tal disposición se expresa categóricamente la obligación que contiene el título, pero la enumeración de los contratos o actos jurídicos

tales como depósito, comisión o administración son sólo por vía de ejemplo o puramente enunciativa, como ocurre en el Derecho extranjero rigiendo la norma de cualquier otro título o contrato que conlleve la obligación de restituir.

15. En este aspecto, como también lo apunta la doctrina, el título o contrato por el cual se entrega la cosa mueble no tiene que ser traslativo de dominio, o que se transfiera la propiedad de una cosa mueble, sino que confiera al tercero una mera tenencia, pero no la posesión de la cosa materia de la entrega. Esto último es discutido en la doctrina extranjera.
16. Según Etcheberry: “El título por el cual se recibe la cosa debe ser un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla. En consecuencia, no debe tratarse de un título traslativo de dominio, porque la entrega a virtud de dicho título, o no engendra obligación alguna, o sólo genera una obligación de pago o contraprestación, pero no de entrega o devolución de cosa recibida. La obligación de pago o contraprestación significa que el que entrega se desprende voluntariamente de su derecho real de dominio sobre la cosa, que pasa al receptor de ella, y lo cambia únicamente por un derecho personal o crédito, para exigir la devolución de otras cosas equivalentes. Esta circunstancia, como se comprende, no tiene ninguna importancia en el caso de una estafa, de un fraude por engaño, ya que allí el título, sea traslativo o no, es un título viciado. En la apropiación indebida, en cambio, es imprescindible examinar la naturaleza del título. Si es traslativo de dominio, no puede haber apropiación indebida. Etcheberry, ob.cit. T. III, pág 430
17. Este mismo autor, estimando que quedan fuera los títulos que confieren posesión y compartiendo la tesis de Politoff, la que también nos permitimos hacer nuestra apunta que: “Así se desprende con claridad de la definición del Art. 700 del Código Civil y de la reglamentación que dicho cuerpo de leyes da al respecto. Siendo ello así, en nuestro sistema, los títulos que imponen la obligación de entregar o devolver, como que exigen el reconocimiento de dominio ajeno, no pueden tener como efecto transferir la posesión de la cosa. Los títulos a que se refiere el Art. 470 N° 1 que suponen la entrega de la cosa, materialmente, pero con reconocimiento de dominio ajeno, confieren la mera tenencia de la cosa, de conformidad con la definición del Art. 714 del Código Civil. Debe concluirse, en suma, que en el delito de apropiación indebida el propietario ha constituido al hechor en mero tenedor de la cosa, no en poseedor”. Etcheberry, ob.cit. Tomo III, pág 430
18. Otro punto interesante en el que hay que detenerse, es el requisito del perjuicio, que señala el delito de apropiación indebida en su tipificación al preceptuar: “a los que en perjuicio de otro”. Estimamos que es elemento del delito o del tipo penal, el debe éste concurrir necesariamente para su consumación, como en los demás fraudes y lo que además está íntimamente relacionado con la sanción del artículo 467 del Código Penal, el que se cuantifica para tal efecto Como la apropiación indebida es una forma de fraude por abuso de confianza, y para que esté quede perfecta, tiene que existir en la víctima un detrimento patrimonial, menoscabo en sus bienes, y es por lo tanto un delito de resultado. Otros señalan que es una condición objetiva de punibilidad o elemento para procesar pero no del tipo.
19. Politoff anota: “El hurto, como la apropiación indebida, es una toma de posesión; pero, como al legislador pareció que la vía de realización de aquel delito, es decir, la sustracción, reviste una gravedad que va más allá del simple daño patrimonial, no exigió para incriminarlo la presencia de perjuicio. Ello no sucede en el delito de apropiación indebida, donde la toma de

posesión se verifica de un modo mucho menos sensible, en que sucede por una vía principalmente espiritual, ya que hay un cambio en el 'animus' del mero detentador, razón por la cual el legislador exige, para castigar el hecho, la concurrencia de un efectivo perjuicio patrimonial. A nuestro entender, este elemento es una condición objetiva de punibilidad, vinculada en forma mediata a la acción de apropiarse e independiente de la culpabilidad.

Si, en el ejemplo supradicho, el depositario infiel que se arrepiente de su acto decide rescatar la cosa para devolverla y ello no le es posible por un caso fortuito, el perjuicio que nace de la no restitución se producirá fuera de su culpabilidad, pero ello es indiferente a los efectos de la pena, desde que la ley reprime la acción de apropiarse —antes perpetrada— y la sanción no se impone solamente cuando, por cualquier causa (entre las cuales habría que incluir el 'arrepentimiento fructuoso', por así decir), no resulta perjuicio alguno de la toma de posesión". Politoff Lifschitz, Sergio. *El Delito de Apropiación Indebida*. Prólogo de Alfredo Bunster.

## 20. Tipificación del delito de apropiación indebida en el derecho comparado.

### CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

Artículo 223 :“Será reprimido con prisión de seis meses a diez años, el que teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble o un valor ajeno, por un título que produzca obligación de entregar o devolver, se apropiare de ello o no lo entregare o restituyere a su debido tiempo, en perjuicio de otro.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio ajeno la pena se reducirá, a juicio del Juez”.

### CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA

Artículo 468 :“El que se haya apropiado en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado con prisión de tres meses a dos años, por acusación de la parte agraviada”.

### CÓDIGO PENAL DE PERÚ

Artículo 240:“El que en provecho propio o de un tercero se apropiara indebidamente de una cosa mueble, una suma de dinero o un valor que se le hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver, será reprimido con prisión no mayor a seis años ni menor de un mes.

La pena será penitenciaria no mayor a diez años o prisión no menor se seis meses, si el delincuente hubiere obrado en calidad de guardador, o en el ejercicio de una profesión o de una industria para la cual tuviere título o autorización oficial”.

### CÓDIGO PENAL DE MÉXICO

Artículo 382 :“Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no excede de 200 veces el salario.

Si excede de esta cantidad, pero no de 2.000 la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 hasta 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de 2.000 veces el salario la prisión será de seis a 12 años y la multa de 120 veces el salario”.

## CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

Artículo 412: “El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de diez mil pesos.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta en la mitad”.

## CÓDIGO PENAL DE ALEMANIA

Artículo 247 “1) Sólo se perseguirá por querrela al que cometa un hurto o una apropiación indebida contra parientes, tutores o preceptores o al que hurte cosas de valor insignificante o se apropie indebidamente de ellas en daño de una persona de la cual depende como aprendiz o en cuya comunidad doméstica se desempeña como criado. Es admisible el retiro de la querrela.

2) Son impunes el hurto o la apropiación indebida cometidos por parientes en líneas ascendente contra parientes en línea descendente o por un cónyuge contra el otro.

3) Estas disposiciones no se aplicarán a los partícipes o favorecedores que no se encuentren en las relaciones personales indicadas anteriormente”.

## ASPECTOS IMPORTANTES DE VARIAS SENTENCIAS SOBRE EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.

### 1. CORTE SUPREMA. MOMENTO DE CONSUMACIÓN DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA -7 DE OCTUBRE DE 2004. ROL N° 4425-2002.

2º) Que, para una resolución acertada del recurso en examen, ha de tenerse presente que lo característico del delito de apropiación indebida consiste en que al ejecutarlo el autor tiene ya la cosa consigo, porque ésta le ha sido entregada por el propietario o tenedor legítimo, y, por consiguiente, no necesita sustraerla, como en el caso del hurto, ni tampoco hacérsela dar sirviéndose de un engaño, como ocurre en la estafa. El delito, en consecuencia, no se consuma con la salida de la cosa de la esfera de custodia y resguardo del propietario o legítimo tenedor, pues ella se ha producido previamente y de forma lícita; se perfecciona, en cambio, cuando el sujeto, que ya la tenía en su poder pero con obligación de entregarla o devolverla, se niega a cumplir con ese deber, sea porque no quiere hacerlo, sea porque se ha puesto en la imposibilidad de realizarlo.

3º) Que ésta es precisamente la situación que se presenta en autos pues, en efecto, como lo establece la sentencia de primer grado, reproducida en esta parte por la atacada, el procesado estaba encargado de recibir el dinero recaudado por la cajas del supermercado en que trabajaba y luego, en lugar de restituirlo íntegramente para su depósito bancario, como era su deber, se apoderó de partes de él. Es verdad que, como se alega en el recurso, posteriormente procedía a la anulación fraudulenta de algunas boletas; pero esto no lo hacía con el objeto de hacerse entregar la cosa, como ocurre en todas las formas de estafa y otros engaños contemplados en la ley, sino a fin de esconder la apropiación ya ejecutada y así poder continuar efectuándolas en el futuro. En consecuencia, aquí no se trata de una estafa del artículo 468 del Código Penal ni, mucho menos, de unos engaños como los del artículo 473 de ese mismo texto legal cuyo significado, dicho sea de paso, es distorsionado totalmente por la recurrente sino, precisamente, del delito a que se refiere el artículo 470 N° 1º.

2. CORTE SUPREMA. APROPIACIÓN INDEBIDA. 11 DE OCTUBRE DE 1994 ROL Nº 29.603 GACETA JURÍDICA Nº 172

TERCERO: Que, por los fundamentos anteriores, el recurso de casación debe ser rechazado en cuanto se funda en la causal Nº 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, de suerte que, consecuentemente, deben tenerse como inamovibles los hechos que los jueces del fondo dieron por acreditado en la causa, esto es, que entre los meses de enero a julio de 1994, una mujer, asistente social que trabajaba en la Compañía Chilena de Medidores S.A., a cargo de un programa de ahorro para la vivienda por el cual a los trabajadores que solicitaban ingresar a él se les descontaba por la empleadora por planilla mensualmente la suma acordada y girada a la encargada, la que debía depositarlas cada mes en las libretas individuales de ahorro para la vivienda, lo que no hizo totalmente, apropiándose en definitiva de la suma de \$ 501.000.-, equivalente a más de cuatro y menos de cuarenta unidades tributarias mensuales, que en definitiva restituyó la empresa a cada trabajador, con sus intereses. Estos hechos importan apropiación de dinero que se ha recibido en depósito, comisión o administración que impone la obligación de entregarlo, todo ello en perjuicio de otra persona. El simple hecho de tener como perjudicado a la empresa empleadora por su decisión de devolver a sus empleados, originalmente afectados por las acciones de la sujeto activa, también dependiente suya, no puede tener el mérito de despenalizar la acción, como lo pretende el recurso, toda vez que este hecho posterior no descarta ni elimina el elemento objetivo del perjuicio que exige la norma penal desde el punto de vista de las víctimas el que, efectivamente se produjo, pero que por decisión responsable del empleador lo asumió. Es por ello que, en opinión de esta Corte, no es posible considerar que por este simple expediente se pueda tener como infringidas las normas de los artículos 1º y 470 Nº 1º del Código Penal, ni menos la del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, los que los jueces de la instancia aplicaron conforme a derecho.

3 TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUNTA ARENAS. R.U.C. 0410002206-6 R.I.T. 7 DE MARZO DE 2005. DELITO CONTINUADO Y PERJUICIO.

NOVENO: Hechos. Que este Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, apreciando con libertad la prueba rendida durante el desarrollo de la audiencia respectiva, la que sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, adquirió la convicción, más allá de toda duda razonable que la acusada María Elena Gallardo Pinto prestó servicios como cajera, a contar del mes de octubre del año dos mil tres para la empresa Danilo Jordan S.A. en el centro de pagos de Telefónica CTC, ubicado en calle Borjes Nº 798 de esta ciudad y desempeñándose en dicha función se apoderó en cincuenta y cuatro oportunidades, con ánimo de lucro y en forma sistemática de los dineros que percibía por concepto de pagos de cuentas de teléfonos de los clientes, aprovechándose de la labor que le fuere encomendada por un contrato que la ligaba, operaciones cuyo importe total de dineros que hizo suyos a marzo del año dos mil cuatro asciende a la suma de tres millones quinientos cincuenta y dos mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos.

DECIMO: Calificación Jurídica. Que los hechos descritos en el motivo que antecede, por sus características presentan los elementos que tipifican el delito continuado de apropiación indebida, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 470 Nº 1 del Código Penal, en relación con el Nº 1 del artículo 467 del Código de Castigo por los que el ministerio público dedujo acusación en contra de María Elena Gallardo Pinto, toda vez que la acusada desempeñándose como cajera del Centro de Recaudación de Pagos Danilo Jordan S.A., con quien la ligaba un contrato de



trabajo, en el transcurso de los meses de octubre del año dos mil tres a marzo del año dos mil cuatro, se apoderó de los dineros percibidos en efectivo por concepto de pagos de deudas de clientes con cheques protestados o a fecha, violando la confianza depositada en ella, mediante el sistema de reversas o anulación de dicha operación, en circunstancias que tenía la obligación de entregarlas a su empleadora, a saber Danilo Jordán S.A., al término de la jornada diaria, ocasionándole un detrimento, menoscabo o perjuicio a esta última en la suma de tres millones quinientos cincuenta y dos mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos, para cuyos efectos se debe tener presente que el medio de comisión en este ilícito es la apropiación posterior a un acto lícito, en el que se le confía una cosa, y que el objeto en que recae la conducta sólo puede ser una cosa corporal mueble ajena, en donde el bien jurídico tutelado, según el profesor Sergio Politoff, citado por Matus Acuña en Lecciones de Derecho Penal Chileno, página 182, está constituido por “el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue), correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar”, bien jurídico que es el lesionado por el agente al apropiarse de la cosa que debía devolver o entregar.

En la apropiación indebida, al decir de Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo IV, página 303, el objeto material de la acción (dinero, efectos o cosa mueble) se encuentra ya en manos del agente, en virtud de un negocio jurídico válido y preexistente; el abuso de su parte radica en que con posterioridad se apropia unilateralmente de ese bien e infringe la obligación de restituirlo, causando así un perjuicio al sujeto pasivo. El delito se caracteriza porque el agente, con voluntad unilateral, altera la tenencia legítima que inicialmente tenía sobre la cosa, transformándola en una propiedad ilegítima al incorporarla dolosamente a su patrimonio, con clara violación de la confianza que normalmente respalda esa clase de negocios o acuerdos”. De otro lado, no basta la tenencia material de la cosa, aquella que no implica poder alguno sobre la cosa. Para estar frente al delito de apropiación indebida es preciso la tenencia fiduciaria de la cosa, la que envuelve un poder autónomo sobre ésta y una manifestación de confianza en la persona a quien ella se entrega, siempre que el título imponga precisamente la obligación de restituir la cosa u otra equivalente. Dándose la relación jurídica de recibir una cosa mueble con la obligación de devolverla, para que el tipo objetivo se cumpla, señala Garrido Montt, obra citada página 308, “se requiere la concurrencia de varios elementos: a.- Que el agente realice la conducta descrita en el artículo 470 del Código Penal, o sea, que se apropie o distraiga lo recibido en virtud del título respectivo, lo que es posible cumplir conforme a dos modalidades, una activa, disponiendo del bien, y la otra pasiva, desconociendo la entrega. Es efectivo que el artículo 470 no hace la referida distinción, sino que alude a apropiarse o distraer lo recibido, pero la doctrina está mayoritariamente de acuerdo en el sentido de que estas últimas formas verbales son normativamente sinónimas; b.- El objeto material de la acción. La acción de apropiación, conforme a la exigencia del artículo 470 N° 1, debe recaer necesariamente sobre dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. La expresión “dinero” en cuanto a su alcance no ofrece dudas, salvo respecto de su naturaleza fungible. Por “efectos” se entienden los valores mobiliarios, como bonos, acciones, cheques, letras de cambio y análogos, y que algunos comprenden en el concepto de “títulos valores”.

Para Matus Acuña, Lecciones de Derecho Penal Chileno, página 183, “el perjuicio que sufre un tercero ( el dueño u otra persona) en este delito no debe estar comprendido por el dolo del autor, el que se contenta con la apropiación de las especies entregadas, sino que opera limitando el ámbito de lo lícito penalmente, como una condición objetiva de punibilidad. El perjuicio debe tener un carácter patrimonial, debe ser constatable objetivamente, no bastando para ello el sólo hecho de haberse convertido el título de mera tenencia en posesión. De allí que este delito no se consuma con la mera apropiación o la distracción, sino con la negativa de devolver la cosa en el momento cuya devolución se hace exigible, esto es, con una omisión en el momento en que se estaba obligado a restituir, y siempre que se produzca un verdadero perjuicio”.

En cuanto al tipo subjetivo en el delito de apropiación indebida señala Garrido Montt, obra citada, página 371, no ofrece modalidades especiales, es suficiente que concurra el dolo, aun el eventual, para que la figura se presente. Sin perjuicio de lo señalado, y atendido a que es esencial en estas figuras que el sujeto activo se apropie de un bien mueble, tiene que actuar con ánimo “rem sibi habendi”, o sea de señor y dueño. El dolo debe formarse con posterioridad a la recepción legítima del bien mueble.

#### 4 TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL CONCEPCION APROPIACION INDEBIDA. RUC N° 0400255331-2 RIT N° 287-2005. 14 DE ENERO DE 2006.

SÉPTIMO: Que, este tribunal ponderando con libertad los elementos de prueba producidos e incorporados en la audiencia del juicio oral por los intervinientes, pero sin apartarse de la lógica, de las máximas de experiencia ni de los conocimientos científicamente afianzados, ha adquirido más allá de toda duda razonable, convicción acerca de la ocurrencia de los siguientes hechos:

Que, en días indeterminados del periodo comprendido entre el mes de marzo a julio de 2004, en la sede de la Universidad San Sebastián ubicada en Las Tres Pascualas de la ciudad de Concepción, la acusada Joselyn Soledad Asencio Venegas, que durante esa fecha se desempeñaba como cajera de dicha casa de estudios, se apropió indebidamente de la suma de \$3.500.000.- equivalentes a 117,10 unidades tributarias mensuales de la época, que recibió en su condición de empleada del citado establecimiento educacional y que correspondían a diversos pagos efectuados a la universidad, utilizando para ello cuatro modalidades relacionadas con la alteración del sistema computacional ocupado para llevar a cabo tales recaudaciones, hecho cometido en perjuicio de la Universidad San Sebastián.

Que del mismo modo, en lo que respecta a las modalidades a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, ha quedado justificado que éstas se llevaron a cabo en primer lugar, mediante la anulación de comprobantes de ingreso ya emitidos, los que eran reemplazados por un nuevo comprobante con el mismo valor, referido al mismo alumno, pero con una fecha anterior al comprobante original, el que era ingresado en una “caja” correspondiente a un mes pasado, que ya estaba arqueada y revisada; en segundo lugar mediante la confección de un comprobante de ingreso con el correlativo que le correspondía, pero en el que figuraba una fecha anterior, al que se le estampaba un timbre con la data del día en que se extendía, el que igualmente se incorporaba en una caja pretérita; en tercer lugar a través de la anulación del comprobante de ingreso, efectuado una vez recepcionado el dinero, entregándose físicamente dicho comprobante, el que después era dejado nulo en el sistema operativo y; en cuarto lugar eliminando en el sistema operativo el comprobante de ingreso recaudado, el que quedaba sin respaldo tanto computacional como físico.

NOVENO: Que los hechos antes referidos, debidamente analizados y ponderados tipifican el delito de apropiación indebida de la suma de \$3.500.000 equivalentes a 117,10 unidades tributarias mensuales, cometido en perjuicio de la Universidad San Sebastián, ilícito previsto en el artículo 470 N° 1 y sancionado en el artículo 467 N° 1 ambos del Código Penal, en grado de consumado, toda vez que resultó probado más allá de toda duda razonable que la citada acusada se apropió indebidamente de dicha suma de dinero, ejecutando una pluralidad de acciones homogéneas en análogas condiciones, en días indeterminados del periodo comprendido entre el mes de marzo a julio de 2004, las que han sido descritas en los considerandos precedentes, que hacen estimar a este Tribunal que se está en presencia de un delito continuado, correspondiéndole una participación de autora en tal ilícito, ya que intervino de una manera inmediata y directa en su ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N° del Código del Ramo.

Reiteración Tratándose el presente caso de reiteración de delitos de la misma especie, según lo previene el artículo 351 del Código Procesal Penal, por resultar más favorable el procedimiento contenido en dicha disposición legal y concurrir en este caso los requisitos necesarios para aplicarla, correspondería imponer a la acusada la pena correspondiente a las diversas infracciones –tres delitos sancionados según el 467 N° 1 y uno por el N° 2 de la misma norma penal, estimada como un solo delito de apropiación indebida del artículo 467 N° 1, aumentándolas en un grado, esto es una pena de presidio menor en su grado máximo y la multa correspondiente.

## OTROS FALLOS

CORTE SUPREMA. 7 DE JUNIO 2006. APROPIACIÓN INDEBIDA. DERECHO DE RETENCIÓN QUE LA LEY CONCEDE AL ARRENDADOR PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LA RENTA POR PARTE DEL ARRENDATARIO SÓLO CONFIERE ACCIÓN CIVIL, PERO NO PENAL GACETA JURIDICA N° 312 PAG.157

En modo alguno podría asimilarse el derecho legal de retención al contrato de depósito, toda vez que, por propia definición, este último es aquel en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie, de modo que basta el texto del artículo 2211 del Código Civil, que así lo considera, para desestimar esta parte de los fundamentos del recurso, norma que, por lo demás, no se acusa como infringida.

Es parecer de estos sentenciadores que el derecho de retención que la ley concede al arrendador para garantizar el pago de la renta por parte de su arrendatario, debidamente declarado mediante sentencia judicial ejecutoriada, y que comprende bienes muebles de propiedad de este último, sólo confiere acciones civiles para los efectos de su persecución y realización, con la preferencia legal de segunda clase. No constituye, por su propia naturaleza jurídica, título que produzca obligación para el arrendatario de entregar o devolver las especies retenidas, como tampoco recepción de ellas en calidad de depósito, comisión o administración, como lo exige el tipo penal del N° 1 del artículo 470 del Código Penal, de suerte que no concurren los elementos que tipifican el delito de apropiación indebida, como lo han estimado acertadamente, y conforme a derecho, los jueces del fondo. Del mismo modo, los alcances y aplicación que hicieron de la norma del artículo 1942 del inciso 2° del Código Civil han sido los apropiados en derecho. (Considerandos 6° y 7°)

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 29 DE AGOSTO DE 2005. APROPIACION INDEBIDA, ESTAFA. GACETA JURIDICA N° 302 PAG. 274

- 1.- El hurto de especie se configura por la apropiación de cosa mueble ajena sin voluntad de su dueño y se sanciona en los artículos 432 y 446, N° 2 del Código Penal. (Consid. 3°)
- 2.- El retiro de un computador de la propiedad de su dueño, en presencia y con autorización del hijo del ofendido, para entregárselo a otro hijo de la víctima y la entrega por este último de un “notebook”, en préstamo, constituyen sendos títulos de mera tenencia y conllevan la obligación de restituir, pero no dan lugar a un delito de apropiación indebida, toda vez que esta última figura supone siempre y necesariamente un título válido en su origen y no uno viciado y sólo aparente. En la especie, el procesado indujo a otra persona, mediante un ardid, a que se le entregasen ciertos bienes, con la intención de apropiarse y no de restituir, tipificándose el delito de estafa, ya que concurren a su respecto una simulación o engaño, un error en las víctimas, disposición patrimonial y perjuicios, elementos constitutivos del delito previsto y sancionado en los artículos 467 y 468, N° 2; 467, N° 1 y 468.

## CORTE SUPREMA 24 DE ENERO DE 2007.SENTENCIA ABSOLUTORIA POR NO CONFIGURARSE ELEMENTOS DEL TIPO GACETA JURIDICA N° 319 PAG. 235

De los antecedentes referidos, no resulta posible tener por establecido el primer elemento del delito de apropiación indebida, esto es, la recepción de los dineros en depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla.

Tampoco existen elementos coincidentes para establecer el monto del perjuicio, ya que en las comunicaciones mencionadas en el fundamento 3° precedente, se da cuenta del pago de una indemnización y la subsistencia de una pérdida cercana a los dos millones ochocientos mil pesos que no se compadecen con los \$ 5.021.058 calculados por el perito designado en autos, cuyo informe no resulta convincente para estos juzgadores, desde que concluye la existencia del perjuicio a partir del contrato suscrito por las partes, mismo cuya existencia no ha sido probada

Por último, la insolvencia de los acusados resulta verosímil, atendidos los antecedentes que obran en el cuaderno de giro doloso de cheques, acumulado a estos autos, cuestión que se compadecede con las alegaciones de los encausados en cuanto a que no tenían intención de apropiarse de dinero alguno, sino que sufrieron el incumplimiento de sus propios clientes, lo que les hizo difícil asumir las obligaciones que tenían pendientes con la querellante, a la que también acusan de haber contribuido a su complicada situación económica, al haber bajado las comisiones convenidas.

Nadie puede ser condenado por delito, sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible, convicción a la que no resulta posible llegar con los antecedentes agregados en autos, atendidas las consideraciones señaladas, lo que lleva a dictar sentencia absolutoria a favor de los acusados. (Considerandos 4°, 5°, 6° y 7° de la sentencia de reemplazo).

Configura el delito de apropiación indebida previsto en el N° 1 del artículo 470 del C. Penal, la conducta del cajero que recibe de terceros dineros para cancelar dividendos hipotecarios, y en lugar de hacerlo, los aplica a usos propios. El delito subsiste aún cuando el encausado reintegró las sumas apropiadas, por cuanto él se consumó desde el momento en que hubo una apropiación con ánimo de señor y dueño, disponiendo a su amaño del dinero ajeno así obtenido. (Consid. 7°).