



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

**ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL: CAUSALES PENALES, CON ESPECIAL  
REFERENCIA A LOS DELITOS DE SOBORNO Y MALVERSACIÓN DE  
CAUDALES PÚBLICOS.**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Mónica Alejandra Arias González

Karen Marina Panes Garrido

Profesor guía: Paulino Varas Alfonso

Santiago- Chile

2016

## ÍNDICE

|   |          |
|---|----------|
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>                         | <b>4</b> |
| <b>CAPITULO I: ANTECEDENTES</b>                   |          |
| 1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.....                  | 6        |
| 1.2 CONCEPTOS RELEVANTES                          |          |
| 1.2.1 Responsabilidad Constitucional.....         | 13       |
| 1.2.2 Funcionarios Públicos.....                  | 14       |
| <b>CAPITULO II: ANÁLISIS NORMATIVO</b>            |          |
| 2.1 ACUSACION CONSTITUCIONAL                      |          |
| 2.1.1 Concepto.....                               | 17       |
| 2.1.2 Procedimiento.....                          | 19       |
| 2.1.3 Causales de acusación constitucional.....   | 24       |
| 2.2 CAUSALES PENALES                              |          |
| 2.2.1. Soborno                                    |          |
| 2.2.1.1 Concepto.....                             | 27       |
| 2.2.1.2 Naturaleza Jurídica.....                  | 28       |
| 2.2.1.3 Elementos constitutivos del soborno.....  | 31       |
| 2.2.2 Malversación de caudales públicos           |          |
| 2.2.2.1 Historia del delito de malversación.....  | 32       |
| 2.2.2.2 Bien jurídico protegido.....              | 36       |
| 2.2.2.3 Malversación en su versión dolosa.....    | 40       |
| 2.2.2.4 Malversación en su modalidad culposa..... | 46       |
| 2.2.2.5 Fraude al fisco.....                      | 49       |

|  |           |
|--|-----------|
| 2.2.2.6 Análisis de las variantes del delito de malversación.....  | 52        |
| 2.2.2.7 Juicio de cuentas.....   | 58        |
| <b>CAPITULO III: ANÁLISIS CRÍTICO</b>  |           |
| 3.1 IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA DE LOS DELITOS PENALES DE MALVERSACIÓN DE CAUDALE PÚBLICOS Y SOBORNO COMO CAUSALES DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL..... | 63        |
| 3.2 CRÍTICAS Y DISCUSIONES EN TORNO A LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y SOBORNO COMO CAUSALES DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL.....                  | 64        |
| 3.3 APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE SOBORNO Y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....   | 70        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>  | <b>73</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>76</b> |

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de la acusación constitucional establecida como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados en virtud del artículo 52 N° 2 de la Carta, con especial referencia a los delitos penales de malversación de caudales públicos y soborno como causal de la acusación respecto de Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores.

Es el Congreso Nacional quien ejerce dos tipos de control sobre los actos de la Administración del Estado. El primero consiste en la fiscalización que ejerce la Cámara de Diputados sobre los actos de gobierno a través de acuerdos, citaciones a Ministros y la creación de comisiones investigadoras especiales. El segundo consiste en un procedimiento constituido por una acusación constitucional.

Estudiando la acusación constitucional y los orígenes en Chile, nos ha llamado la atención de que entre todas las acusaciones ocurridas en Chile, no ha existido una en donde directamente se haya imputado responsabilidad por los delitos penales de malversación de caudales públicos y soborno.

Por lo mismo hemos centrado nuestra investigación y estudio en las causales de delitos penales contenidas en el artículo 52 N° 2 de la Carta Fundamental vigente en Chile.

Primero que todo, en el Capítulo I se tratarán aspectos históricos de la acusación constitucional, con la finalidad de enmarcar los fundamentos y propósitos del constituyente. El juicio político se contempla en nuestra historia desde los orígenes de nuestra nación independiente, lo cual la hace importante para la consolidación de un Estado de democrático de derecho.

A la vez, el mismo capítulo aborda dos conceptos relevantes, como son el concepto de responsabilidad constitucional y de funcionario público.

Luego en un segundo capítulo nos adentramos en un análisis normativo, donde se hace mención al concepto de acusación constitucional y sus causales penales, haciendo un estudio detallado de la tipificación del delito de malversación de fondos públicos y soborno; a la vez se incluye jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de dichos delitos penales.

En un tercer y último capítulo nos aventuramos a hacer un análisis crítico de la acusación constitucional, que surge de las preguntas que nos planteamos al momento de decidir tratar el tema de la presente memoria. Lo primero que nos inquieta es la importancia de establecer la malversación de fondos públicos y el soborno como causales de la acusación; luego la crítica respecto de aquello; y por último su aplicación en la realidad nacional.

El estudio de la responsabilidad gubernamental no es un tema nuevo, sin embargo, revisando diferente bibliografía, nos hemos percatado de la escasa importancia que se les atribuye a los delitos penales como causal de acusación constitucional. Por lo mismo, en el presente estudio e investigación hemos querido dar una nueva perspectiva que no ha sido tratada ampliamente por la doctrina, por lo que el objeto de nuestra memoria es principalmente hacer referencia a los delitos de malversación de caudales públicos y el soborno como causal de acusación constitucional.

## **CAPITULO I: ANTECEDENTES**

### **1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

La responsabilidad constitucional de determinados funcionarios públicos, se hace efectiva a través de la acusación constitucional. Se trata de un mecanismo de control tradicionalmente nombrado como acusación en juicio político o “impeachment” en el derecho anglosajón.

El juicio político nace en Inglaterra como una forma de limitar la omnipotencia de la monarquía absoluta. El titular de la soberanía era el rey, el cual no era responsable. Por lo mismo nació la idea de que, si el monarca era irresponsable, no podían serlo los funcionarios que lo servían en mala forma<sup>1</sup>.

La administración de justicia criminal inglesa consistía en jurados formados por personas comunes del pueblo, cuyo dictamen daba o no paso al posterior juzgamiento por los tribunales ordinarios del respectivo condado. Aquello hizo muy difícil encontrar un tribunal apropiado e independiente para juzgar a los funcionarios de la Corona. Finalmente, la Cámara de los Comunes fue el gran jurado nacional autorizado para acusar, a nombre del pueblo inglés, a los altos dignatarios de la Corona que cometieran delitos en nombre del rey. Y como la Cámara de los Lores desempeñaban las funciones del más alto tribunal de Inglaterra, ante ella debían interponerse para su juzgamiento las acusaciones promovidas por la Cámara de los Comunes<sup>2</sup>.

El impeachment se fue haciendo innecesario debido a la evolución de las instituciones inglesas a partir del siglo XVIII, que da origen al Gobierno Parlamentario. El Jefe de Gobierno era quien organizaba su gabinete con parlamentarios del mismo partido. La responsabilidad pasa a ser personal de cada uno de los ministros y solidaria en el gabinete entero. Sólo podían ser acusados quienes desempeñaban las funciones de ministro del rey<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI. Segunda Edición. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000. P.125.

<sup>2</sup> Ibídem. P. 125.

<sup>3</sup> Ibídem, P. 126.

Sin embargo los conceptos de acusación constitucional y juicio político no son lo mismo. Don Jorge Ulloa Aguilón define acusación constitucional como “Procedimiento propio de un régimen presidencial que tiene por objeto destituir a los más altos funcionarios de la administración del Estado, cuando por su conducta se hayan cometidos delitos o faltas previamente consagradas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo central es hacer posible que esta autoridad responda política, penal y/o civilmente del delito o falta en que ha incurrido el funcionario recurrido.” Mientras que el mismo autor define juicio político como “Procedimiento utilizado y creado para un régimen de carácter parlamentario basado en la confianza política y que tiene por objeto sacar del cargo a los funcionarios del Estado cuando éstos pierden dicha confianza por parte del parlamento, sin necesidad de encontrarse frente a delitos o faltas previamente tipificadas en el ordenamiento jurídico”<sup>4</sup>.

Según lo señala Brian Loveman, el procedimiento de acusación constitucional en Chile ha tenido orígenes y propósitos diversos<sup>5</sup>. Hace referencia a los juicios de residencia durante la época de la Colonia como antecedente remoto a este mecanismo de control.

Es en el juicio de residencia donde los altos funcionarios de la Corona debían responder por los actos realizados durante su mandato, luego de que este hubiere finalizado<sup>6</sup>. Este consistía en un juicio público ordenado por el Consejo de Indias, luego de que a un funcionario se le imputara responsabilidad civil o criminal.

El funcionario sometido al procedimiento podría resultar honrado y reconocido con una designación funcionaria de mayor categoría o, podría terminar castigado, multado y encarcelado según fuera la sentencia del juicio.

Este procedimiento fue incorporado en la Constitución Chilena de 1818, en su Título III, Capítulo III, artículo 9, siendo aplicable a todos los empleados del Estado, que por delitos o sin él terminaran la carrera de sus funciones políticas. La Constitución de 1828 señala (Capítulo VII, artículo 9) en el caso de los Ministros de Estado, que concluido su ministerio,

---

<sup>4</sup> Ulloa Aguilón, Jorge. Acusación Constitucional y Juicio Político: legislación constitucional chilena y derecho comparado. Primera edición, Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009. P.16.

<sup>5</sup> Loveman, Brian. Las acusaciones constitucionales en Chile: una perspectiva histórica. Primera edición, FLACSO-Chile, 2000. P.7.

<sup>6</sup> Seaman Espinoza, Lizzy. La acusación constitucional contra la Ministra de Educación Yasna Provoste Campillay. Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2013. P. 39-40.

no podrán salir del territorio de la República hasta pasados seis meses, durante los cuales estará abierto su juicio de residencia<sup>7</sup>.

En la Carta Magna de 1828, además del juicio de residencia para todos los funcionarios públicos, se contempla también para el presidente y vicepresidente de la República, ministros, miembros del Congreso y de la Corte Suprema, por los delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución y violación de derechos individuales<sup>8</sup>.

La acusación constitucional en la Constitución de 1828 correspondía a una atribución otorgada a la Cámara de Diputados, quienes formulaban la acusación al Senado. Este último abriría juicio político y pronunciaría su sentencia con dos tercios de sus votos. Según el autor Loveman, la acusación constitucional tenía fines políticos en cuanto a la obligación de responder por los actos funcionarios, y también fines civiles y criminales en el caso que el Senado sentenciara en contra del funcionario acusado<sup>9</sup>.

Posteriormente la Constitución de 1833 reguló la acusación constitucional en sus artículos 38 N° 2, 39 N° 2, 56 inciso 2, 82 N° 5, 83 y del artículo 93 al 100.

Los funcionarios acusables eran el Presidente de la República<sup>10</sup>, los Ministros de Estado, los Consejeros de Estado, los Generales del Ejército o Armada, los miembros de la Comisión Conservadora, los Intendentes y los Magistrados de tribunales superiores de justicia; señalando para cada uno las causales por las que podían ser acusados.

En los artículos antes enunciados se indicaba el procedimiento para formular la acusación, la que seguía siendo una atribución conferida a la Cámara de Diputados, que consistía en la de declarar si ha lugar o no admitir la proposición de acusación. Si así era, se nombraría a dos Diputados para que formalicen la acusación y la prosigan ante el Senado. El

---

<sup>7</sup> Loveman, Brian. Op. Cit. P. 8

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> El mismo autor señala que la acusación constitucional llegó a tener varios sentidos: censurar y remover de su cargo al funcionario; castigarlo penalmente por crimen o delito; establecer la base para reparaciones civiles por daños ocasionados por el funcionario al excederse en sus atribuciones constitucionales y legales y era finalmente también, un juicio político-histórico.

<sup>10</sup> El Presidente de la República sólo podía ser acusado durante el período de un año desde que hubiere cesado de sus funciones. Por lo mismo, la Constitución de 1833 fue calificada como monárquica, debido a que no hacía responsable al Presidente durante toda la vigencia de su mandato.

Senado, en virtud al artículo 98 de la Carta, podía caracterizar el delito con total discreción y dictar la sentencia<sup>11</sup>.

En décadas posteriores a la Carta de 1828, se realizaron diversas reformas a la Constitución, sin embargo, fue en el año 1874 que se introdujeron importantes cambios en la tramitación de la acusación constitucional, especialmente respecto del Senado y sus facultades<sup>12</sup>.

El Senado ya no podía caracterizar el delito y dictar la pena, sino que sólo se encontraba facultado para declarar si el acusado era o no culpable del delito o abuso de poder que se le imputaba, fallando como jurado (en conciencia). El acusado quedaba destituido de su cargo por la declaración de condena.

Cuando el funcionario era declarado culpable según los dos tercios de los miembros en ejercicio del Senado, éste debía ser juzgado por el tribunal ordinario competente.

Además la reforma estableció, a modo de medida cautelar, que desde el momento en que la Cámara de Diputados daba lugar a la formación de acusación, el acusado quedaba suspendido del cargo.

La Constitución de 1925, siguiendo de cerca la de 1833, tal como quedó después de su reforma en 1874 y conforme a su rasgo típico tradicional, permitía la acusación por la Cámara de Diputados al Senado de los funcionarios que mencionaba, por los motivos y según los trámites que detalladamente precisaban<sup>13</sup>.

La Carta de 1925 pretendió establecer un procedimiento menos engorroso y más breve, suprimiendo trámites y disminuyendo algunos plazos. Haciendo una primera diferencia a la regulación anterior, ésta estableció un procedimiento uniforme para todas las autoridades acusables, mientras que la Constitución de 1833 preveía un procedimiento para las

---

<sup>11</sup> En el caso de la acusación a Ministros de Estado, estas podrían ser formuladas por cualquier individuo debido a perjuicios causados hacia su persona por algún acto del ministerio. En este caso la solicitud se dirigía directamente al Senado, quien decidía si “ha lugar o no su admisión” (Artículos 99 y 100)

<sup>12</sup> Loveman respecto de la reforma de 1874: “Esta reforma hizo de la acusación constitucional un instrumento para destituir a funcionarios o para hacer un juicio político-histórico a ex funcionarios del Estado, dentro de cierto plazo después de completar sus funciones. En cierta forma, la acusación constitucional integró elementos del juicio de residencia y del juicio histórico, combinándolos con la destitución de sus cargos de los funcionarios y ministros en ejercicio”.

<sup>13</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. Op. cit. P. 127.

acusaciones en contra del Presidente, Ministro de Estado, Generales, Almirantes y Consejeros de Estado, y otro procedimiento para los Magistrados, miembros de la Comisión Conservadora y los Intendentes.

El mínimo de diputados firmantes de una acusación era de diez miembros. La exigencia de un mínimo de diputados para interponer eficazmente la acusación buscaba asegurar que revistiera la seriedad conveniente a su gravedad<sup>14</sup>.

De las autoridades acusables se excluyó los miembros del Consejo de Estado y de la Comisión Conservadora. Sin embargo hizo común sus causales a los Gobernadores e Intendentes.

La historia de la Constitución regente de 1980, respecto a la acusación constitucional, se extrae de las sesiones de la Comisión Ortúzar<sup>15</sup>. Al revisar las diferentes actas, la principal discusión se da respecto a la acusación en el caso de los Magistrados de tribunales superiores de justicia.

El señor Ortúzar sintetizó las materias y principios que debía consagrar la nueva Constitución, dentro de los cuales se encuentra perfeccionar el sistema de las acusaciones constitucionales<sup>16</sup>.

El abogado y senador Sergio Diez, en las primeras sesiones de la Comisión expresó la necesidad de revisar el sistema control de legalidad y de fiscalización de los actos de la autoridad, indispensable, a su juicio, para conseguir el respeto del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la estabilidad democrática. En este aspecto, consideró necesario modificar el actual régimen de los decretos de insistencia, a fin de evitar que se legisle al margen del Parlamento con el consiguiente perjuicio para los afectados<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> *Ibídem*.

<sup>15</sup> Integraron la Comisión Ortúzar: Enrique Ortúzar Escobar (quien la presidía); Rafael Eyzaguirre Echeverría; Jaime Guzmán Errázuriz; Alejandro Silva Bascunán; Jorge Ovalle Quiroz; Alicia Romo Román; Enrique Evans de la Cuadra, Sergio Diez Urzúa; Gustavo Lorca. Luego, en el año 1977 renunciaron los señores Silva y Evans, y con posterioridad el señor Ovalle. Por lo mismo ingresaron tiempo después Luis Bulnes Aldunate, Raúl Bertelsen Repetto y Juan de Dios Carmona.

<sup>16</sup> Tomo I. Sesión N° 1 a 54 (29 de septiembre de 1973 a 16 de julio de 1974), Actas Comisión Ortúzar. Biblioteca de Congreso Nacional. P. 16. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

<sup>17</sup> *Ibídem*. P.70-71.

Además indica que en materia de fiscalización pueden distinguirse dos formas<sup>18</sup>:

- 1) Una de carácter político, destinada a dar a conocer a la opinión pública los actos del Ejecutivo, para que ésta, como órgano generador del poder, esté en conocimiento de lo que realiza el Gobierno y le permita apoyarlo o sancionarlo al momento de pronunciarse en una elección popular, y
- 2) Una de carácter jurídico, destinada a detectar y corregir los actos o sistemas ilegales y los abusos de poder, estableciendo un tribunal competente para conocer de esta clase de requerimientos, ya que la acusación constitucional o juicio político vigente en la Carta Fundamental es, a todas luces, insuficiente para corregir los excesos, incluso, los de funcionarios menores de la administración. El Parlamento agregó, no puede transformarse en un organismo judicial, por lo que ha sugerido la existencia de un tribunal especial para que ejerza una efectiva fiscalización jurídica de los actos de Gobierno.

Precisó que la labor fiscalizadora, que se debe encomendar a un organismo autónomo e independiente, no debe caer en excesos de entorpecer o entorpecer la acción del Poder Ejecutivo, ya que su objeto será el de evitar actos ilegales y abusos de poder, restableciendo el imperio del derecho cuando éste se vea amagado<sup>19</sup>.

El señor Guzmán señala, respecto de las facultades no legislativas del Parlamento, que en la acusación constitucional o juicio político debía mantenerse la idea de que sea la Cámara de Diputados la que acuse, pero a propuesta de un número de Diputados no inferior a diez ni superior a veinte. Agrega que habría necesidad de hacer un estudio más minucioso respecto de las causales y de las personas susceptibles de ser acusadas constitucionalmente, pero que, en líneas generales, las normas de la Constitución de 1925 están bien concebidas en esta materia, aunque sería conveniente considerarlas nuevamente a la luz de todos los debates de técnica jurídica y de aplicación práctica que se han presentado<sup>20</sup>.

El mismo Senador estima que debería exigirse un quórum de los tres quintos de los Diputados en ejercicio para que prospere una acusación contra el Presidente de la República

---

<sup>18</sup> Ibídem. P.71.

<sup>19</sup> Ibídem. P.71.

<sup>20</sup> Sesión N° 345 del 5 de abril de 1978, Actas Comisión Ortúzar. Biblioteca del Congreso Nacional. P.13. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

en la Cámara, y también un quórum más alto, como el de la mayoría de los Diputados en ejercicio, en el resto de las acusaciones.

Expresa que, una vez materializada la acusación, deberá distinguirse la causal, y que, - si ésta es de índole jurídica, su conocimiento corresponderá al Tribunal Constitucional, pero es de carácter político, al Senado. Al respecto, recuerda que el señor Díez propuso la siguiente clasificación; considerar como causales políticas el comprometer el honor o la seguridad de la Nación, el dejar sin ejecución las leyes, y el incurrir en notable abandono de deberes. Precisa que estas tres corresponderían al Senado, y que todas las demás al Tribunal Constitucional. Apunta que de esta manera podría suceder que la acusación constitucional deducida en contra de un Ministro de Estado, por ejemplo, podría pasar indistintamente a uno u otro organismo, según cuál sea la causal invocada. Estima innegables las ventajas de trasladar las causales de orden jurisdiccional al Tribunal Constitucional, por cuanto la institución del juicio político constituyó un fracaso, y recuerda que en el pasado se llegó al extremo de que la prensa anunciara que los parlamentarios tenían orden de partido para votar en determinada forma, en circunstancias de que, según la Constitución, debían actuar como jurados<sup>21</sup>.

La Constitución de 1980 contiene la acusación constitucional en sus artículos 52 N°2 y 53, artículos que hacen mención a las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados y del Senado respectivamente. Sus causales y procedimientos serán analizados en los siguientes capítulos del presente trabajo.

---

<sup>21</sup> *Ibídem.* P. 13.

## 1.2. CONCEPTOS RELEVANTES

A continuación se tratarán algunos conceptos que se tornan relevantes para desarrollar el tema de la presente memoria.

### 1.2.1 Responsabilidad constitucional

Corresponde a una de las bases orgánicas del Estado la responsabilidad de las personas que en él realizan funciones públicas<sup>22</sup>, según lo expresa Mario Quinzio. El mismo autor distingue dentro de esta responsabilidad:

- a. Responsabilidad política o parlamentaria: que es aquella que corresponde a la dirección que los gobernantes imprimen en los negocios públicos, como ser la ruptura de relaciones de Estado, la aprobación de un tratado. A la vez, existen algunos autores que distinguen la responsabilidad política de la parlamentaria, siendo esta última la responsabilidad política ante el Parlamento o con más propiedad ante la Cámara política. En términos generales, es aquella que afecta a los Ministros en el gobierno parlamentario y se hace efectiva mediante la interpelación y censura.
- b. Responsabilidad penal: es aquella que corresponde a los delitos que se cometen en el desempeño del cargo, que son llamados “ministeriales”.

El profesor Mario Quinzio señala que el juicio político encuentra su fundamento en la responsabilidad penal de los altos funcionarios, siendo su finalidad el hacer efectiva la responsabilidad de los gobernantes o de los altos funcionarios por hechos delictivos cometidos en el ejercicio de sus funciones<sup>23</sup>.

Según Diez-Picaso, es irrefutable que la responsabilidad penal y la responsabilidad política pueden entrecruzarse, agregando también que no se implican ni se excluyen. No se implican, porque un mismo hecho puede ser jurídicamente lícito y políticamente inoportuno y,

---

<sup>22</sup> Quinzio Figueiredo, Mario. Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución Política de la República de 1980. Primera Edición. Santiago Chile, Ediciones Universidad de la República, 1994. P. 122 y ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*. P.293.

viceversa, delictivo y oportuno; no se excluyen, porque un mismo hecho puede ser simultáneamente delictivo e inoportuno<sup>24</sup>.

Sin embargo la mayoría de la doctrina chilena, el profesor Silva Bascuñán entre otros, afirma que la acusación constitucional tiene por efecto la llamada “responsabilidad constitucional”, que es diversa a la responsabilidad política, y que permite distinguir entre juicio político y acusación constitucional, como si fueran dos institutos distintos.

Para otros autores, la responsabilidad constitucional es un subtipo de responsabilidad, junto a la responsabilidad política estricta, dentro del género de la responsabilidad política, sujeta a causales determinadas.

### **1.2.2. Funcionarios públicos**

Originalmente, el artículo 260 del Código Penal tenía la siguiente redacción "Para los efectos de este Título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado".

Para Etcheverry, esta definición era suficientemente amplia, pues la expresión "cargo público" comprende cualquier clase de vinculación, permanente o accidental a las funciones de la Administración Pública<sup>25</sup>.

En atención a como los Tribunales empezaron a interpretar la norma original que contenía la definición de empleado público, se modificó su contenido, por medio de la Ley N° 13.211, quedando contemplados los alcaldes y empleados semifiscales .

Posteriormente, con la ley 15.978, se logró precisar que lo que importa es la función pública desempeñada por sobre la naturaleza del cargo.<sup>26</sup>

El Código Penal actualmente en su artículo 260<sup>27</sup>, contiene una definición de empleado público, como disposición general. De manera que, a partir del texto legal, se puede afirmar

---

<sup>24</sup> Diez-Picazo, Luis María. La criminalidad de los gobernantes. Barcelona, Editorial Crítica, 1996. P.80.

<sup>25</sup> Etcheverry, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile.1998. P.205.

<sup>26</sup> Revista Jurídica del Ministerio Público N° 37, Diciembre 2008. Disponible en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=367&pid=33&tid=1&d=1>

que son empleados públicos los funcionarios que sirven a la administración pública dentro de las nuevas formas administrativas, judiciales y económicas que las actividades de Estado han ido asumiendo<sup>28</sup>.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Chile, promulgada el 29 de octubre 1998 y publicada el 2 de febrero de 1999 en el Diario Oficial, establece en su artículo primero: “función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al Servicio del Estado o sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos”. Dicha definición es coincidente con lo enunciado en el Código Penal.

Según lo expresa el profesor Rolando Pantoja, el funcionario público no tiene en el Derecho Administrativo una acepción definida que la sitúe como un concepto unívoco en el campo del Derecho y, por lo mismo, aceptado generalmente por la doctrina y la jurisprudencia<sup>29</sup>.

Por lo mismo, al ser un concepto no definido en la norma, es más bien genérico, y en principio abarcaría tres grandes funciones clásicas: la función legislativa, la administrativa y la judicial. Entonces se podría conceptualizar en razón a dichas funciones como la persona natural que se desempeña en cada una de estas grandes funciones, permitiendo hablar entonces de funcionarios legislativos, administrativos y judiciales<sup>30</sup>.

En la esfera administrativa, la voz funcionario público admite dos acepciones: una de carácter funcional y otra de carácter orgánico, siendo esta última la más utilizada<sup>31</sup>.

Según ella, es funcionario público toda persona natural que ocupa un cargo público dentro de la Administración del Estado, entendiendo por cargo público, en los términos del

---

<sup>27</sup>“Art. 260. Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.”

<sup>28</sup> La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. Contraloría General de la República. Disponible en [www.contraloria.cl/.../Responsabilidad\\_Penal\\_Juana\\_Sanhueza.pdf](http://www.contraloria.cl/.../Responsabilidad_Penal_Juana_Sanhueza.pdf)

<sup>29</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. Los funcionarios públicos como sujetos de derecho. Apunte de clases de Derecho Administrativo. Disponible en plataforma U-Cursos, Facultad de Derecho. Universidad de Chile. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D123A0525/4/.../bajar?id..> P.2.

<sup>30</sup> Ibídem.

<sup>31</sup> Ibídem.

artículo 3º letra a) del Estatuto Administrativo, “aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º”: Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos centralizados y descentralizados”<sup>32</sup>.

El Estatuto Administrativo regula la carrera funcionaria como así las obligaciones y derechos de cada funcionario. Para la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la expresión funcionario público sólo está referida a quienes ejercen funciones en los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y Servicios Públicos centralizados y descentralizados. Esta acepción orgánica excluye al Presidente de la República y Ministros de Estado, ya que ellos no tienen ninguna de las calidades mencionadas.

La jurisprudencia ha señalado, en un fallo de la Excma. Corte Suprema que, el empleado público, para ser tal, debe a) ejercer "un cargo o función pública", y b) Tal quehacer debe servirse en un "organismo creado por el Estado o dependiente de él", sea o no de elección popular, independiente de su modalidad de contratación o remuneración, siendo el concepto penal, más amplio que el mencionado en el estatuto administrativo.<sup>33</sup>

Reafirma la jurisprudencia recién citada, que para efectos penales, carece de relevancia la modalidad de contratación del funcionario, no se atiende, por ejemplo, al contrato en virtud del cual el empleado ejerce sus funciones, sino más bien, son consideraciones de carácter práctico las que van a determinar si se trata o no de un empleado público.

Cabe agregar a este respecto que el concepto de cargo público no fue definido por el legislador, pero sí lo ha hecho el Estatuto Administrativo contenido en la ley N° 18.834, cuyo art. 3º, letra a) puntualiza que es tal "aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa".<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> *Ibídem.*

<sup>33</sup> *Gaceta Jurídica*, Número 335, Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 19 mayo 2008. P.165.

<sup>34</sup> *Ibídem.*

## **CAPITULO II: ANÁLISIS NORMATIVO**

### **2.1. ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL**

#### **2.1.1. CONCEPTO**

La acusación constitucional se puede definir como la atribución exclusiva de la Cámara de Diputados que se enmarca dentro de sus facultades en relación a los actos de Gobierno y cuyo objeto es que la Cámara declare si han o no lugar la acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia; el Contralor General de la República; los Generales y Almirantes y los Intendentes y Gobernadores<sup>35</sup>.

Sin embargo, este concepto es muy normativo, ya que emana de su regulación expresa enunciada en el artículo 52 n°2 de la Carta de 1980.

Para don Jorge Ulloa Aguilón, la acusación constitucional es un procedimiento propio de un régimen presidencial que tiene por objeto destituir a los más altos funcionarios de la administración del Estado, cuando por su conducta se hayan cometidos delitos o faltas previamente consagradas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo central es hacer posible que esta autoridad responda política, penal y/o civilmente del delito o falta en que ha incurrido el funcionario recurrido<sup>36</sup>.

También se ha definido como un proceso constitucional complejo de naturaleza jurídico-política seguido ante el Parlamento, que tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad de de los altos funcionarios del país taxativamente señalados en la Constitución, por haber incurrido en alguna causal de ilicitud constitucional predeterminada por nuestra Carta Fundamental que justifica la destitución del cargo<sup>37</sup>.

De las definiciones de los párrafos precedentes, se puede extraer las características distintivas de la acusación constitucional<sup>38</sup>:

---

<sup>35</sup> Glosario Legislativo. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

<sup>36</sup> Ulloa Aguilón, Jorge. Op. Cit. P.16.

<sup>37</sup> Martínez, Gutenberg; Rivero, Reneé. Acusaciones Constitucionales: análisis de un caso. Una visión Parlamentaria. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2004. P. 62.

<sup>38</sup> Seaman Espinoza, Lizzy. Op. Cit. P.14.

a. Es un procedimiento constitucional, ya que lo regla la Constitución Política de la República, al menos en sus elementos primarios.

b. Es un procedimiento seguido ante el Congreso Nacional.

c. Es un procedimiento seguido contra altos funcionarios públicos, taxativamente enumerados por la Constitución en su artículo 52:

c.1. Presidente de la República.

c.2. Ministros de Estado.

c.3. Magistrados de tribunales superiores de Justicia y Contralor General de la República.

c.4. Generales o Almirantes de las Instituciones pertenecientes a las Fuerzas de Defensa Nacional.

c.5. Intendentes o Gobernadores.

Los hechos que eventualmente podrían dar lugar a una acusación constitucional son personales, no proceden por actos cometidos por subordinados a ésta.

d. Causales establecidas taxativamente por la Carta Fundamental. Las causales tipifican hechos graves, lo cual evidencia el carácter excepcional y de ultima ratio de la acusación constitucional.

Las causales, a modo genérico son de tres tipos: delitos, infracciones y abusos de poder. En la antigua Constitución de 1833, sólo se hacía referencia a crímenes y delitos, aunque también hacían mención a conductas de distinta naturaleza, como el notable abandono de deberes. Mientras que la Carta de 1925 sólo se refería a delitos y abusos de poder.

*“Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, artículo 52 N°2, declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:*

*a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan*

*comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara;*

*b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno;*

*c) De los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República por notable abandono de sus deberes;*

*d) De los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nacional, y*

*e) De los intendentes, gobernadores y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a que se refiere el artículo 126 bis, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión.”*

### **2.1.2 PROCEDIMIENTO**

La acusación constitucional consta de dos etapas: la tramitación en la Cámara de Diputados (artículo 52 N°2) y la tramitación en el Senado (artículo 53).

#### **Tramitación en la Cámara de Diputados**

La acusación según el mismo artículo 52 N° 2 de la Constitución se tramitará en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional relativa al Congreso.

Según lo ordena su artículo 37, la acusación debe presentarse siempre por escrito y se tendrá presentada desde el momento es que se dé cuenta de aquella en la Cámara de Diputados. Tendrá que darse cuenta en la sesión más próxima que se celebre.

En la misma sesión que se dé cuenta de la acusación, se designa una comisión de cinco diputados, con el objeto que informen si ésta procede o no (artículo 38).

Dentro de tres días contados desde que se dé cuenta de la acusación, se le notifica al acusado personalmente o por cédula. Dicha notificación se lleva a cabo por el secretario de la Cámara de Diputados o por funcionario que éste designe.

Luego el acusado podrá, dentro de décimo día de notificado, concurrir a la comisión para hacer su defensa personalmente o bien presentarla por escrito.

El artículo 40 indica que si el acusado no concurre a la sesión en que se le ha citado o no envía defensa escrita, se procederá sin su defensa.

La Comisión deberá dentro de seis días, desde la comparecencia del acusado o de que se haya acordado proceder sin su defensa, estudiar la acusación y pronunciarse sobre ella. El informe resultante debe contener una serie de antecedentes, tal como lo enuncia el mismo artículo 41 inciso II, como también un examen de los hechos y de las consideraciones de derecho, y la o las resoluciones adoptadas por la Comisión informante.

Una vez transcurrido el plazo de seis días mencionado en el inciso I del artículo 41, aún cuando no se haya presentado informe, la Cámara sesionará diariamente para ocuparse la acusación. Se entenderá tácitamente citado al acusado por el sólo efecto de habersele notificado.

Antes de que la Cámara de Diputados inicie el debate, sólo el afectado podrá deducir, de palabra o por escrito, la cuestión previa de que la acusación no cumple con los requisitos que la Constitución Política señala.

Según lo señala el artículo 43 inciso 2, deducida la cuestión previa, la Cámara la resolverá por mayoría de los diputados presentes, después de oír a los diputados miembros de la comisión informante<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> “Se ha acogido de tal modo un cambio relevante en este proceso, por cuanto, bajo el imperio de la Constitución de 1925, según los reglamentos, tan sólo en el Senado podía formularse una cuestión previa. Tal alteración parece lógica, en el terreno de los principios, porque en este procedimiento es la Cámara la que debe estar en situación de analizar si, como corporación, hace suya o desestima la acusación interpuesta por determinado número de sus integrantes” Silva Bascuñán, Alejandro. Op. Cit. P.188.

Si la Cámara acogiere la cuestión previa, la acusación se tendrá por no interpuesta; de lo contrario, si la desecha, no podrá renovarse la discusión sobre la procedencia de la acusación y nadie podrá insistir en ella.

Según Silva Bascuñán, dentro del marco en que la Cámara debe ejercer su facultad constitucional, ha de comprenderse su responsabilidad de pronunciarse si acoge o desecha el libelo, teniendo únicamente en cuenta si éste reúne o no los requisitos que lo hagan procedente; si no cumple, no puede acoger ni dar curso a una presentación que, cualquiera sea su valor sustantivo, no debió en entablarse<sup>40</sup>.

Respecto del criterio que debe inspirar el dictamen de la comisión que se pronuncia sobre la cuestión previa, han surgido dudas. Estas consisten en el momento de entablar la cuestión previa, la que en la práctica se ha entendido que es antes de votar la admisibilidad en la sala de la Cámara de Diputados. Según Silva Bascuñán, el esclarecimiento dependerá del concepto que prevalezca en cuanto al marco de la función confiada a la comisión.

La comisión como órgano simplemente informante, no está obligada a ilustrar a la Cámara dándole a conocer la opinión o diversidad de criterios surgidos, tanto a los aspectos vinculados a la procedencia formal como aquellos relacionados con su mérito o demérito; no es ella sino la Cámara el órgano que ha de definirse en uno u otro aspecto<sup>41</sup>.

El artículo 46 de la LOC del Congreso Nacional, enuncia que en la última sesión que celebre la Cámara para conocer de la acusación, se votará su admisibilidad. La sesión sólo se podrá levantar si se desecha la acusación o si ésta se acepta.

Se ha discutido el criterio que debe presidir la declaración de la Cámara, respecto a que si ha o no lugar la acusación.

Debe ella analizar si los términos del libelo acusatorio imputan al acusado alguno de los actos u omisiones que, en consideración a la calidad de las funciones por él desempeñadas,

---

<sup>40</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. Op. Cit. 189.

<sup>41</sup> *Ibíd.*

hacen procedente la acusación, y si los antecedentes de que dispone son de tal consistencia que pueda razonablemente imputársele responsabilidad<sup>42</sup>.

Silva Bascuñán también agrega, que aun cuando existe un mandato constitucional que ordena que los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que le son propias (artículo 19 N° 15) y que la LOC de partidos políticos expresa en su artículo 2 inciso 5 que no podrán estos intervenir en el ejercicio de las atribuciones exclusivas de las autoridades que la Constitución y las leyes establecen, inevitablemente es un hecho político para el diputado, en cuanto se vincula con la dirección del interés general<sup>43</sup>.

Finalmente el trámite en la Cámara de Diputados, en caso de dar por aprobada la acusación, concluye debiendo comunicar este hecho al Senado y al acusado, dentro de un plazo de veinticuatro horas siguientes de concluida la sesión. Agrega el artículo 46, que del oficio correspondiente se dará cuenta en la sesión más próxima que celebre el Senado.

Un efecto inmediato que genera la admisión de la acusación por la Cámara de Diputados, es la suspensión del acusado en las funciones que estuviere desempeñando. Esto no aplica en el caso de que el acusado sea el Presidente de la República<sup>44</sup>.

#### Tramitación en el Senado

El artículo 53 de la Carta contiene las atribuciones exclusivas del Senado, expresando en su numeral primero la función de conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable<sup>45</sup>.

El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.

---

<sup>42</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. Op. Cit. P. 192.

<sup>43</sup> *Ibidem*. P. 192-193.

<sup>44</sup> *Ibidem*. P. 193.

<sup>45</sup> Según lo indica Silva Bascuñán, durante la gestación de la Carta de 1980, se suscitó debate en la Comisión Ortúzar respecto de la proposición de Jaime Guzmán, de llamar a pronunciarse sobre la acusación sólo si la causal revestía el carácter sustancialmente político y llamando a su turno, al Tribunal Constitucional a pronunciarse si la causal presentaba una cuestión esencialmente jurídica. Op. Cit. P. 195.

El quórum para declarar la culpabilidad del acusado será de la mayoría de los senadores, y de dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación contra el Jefe de Estado.

Una vez puesto en conocimiento del Senado el hecho de que la Cámara de Diputados ha entablado acusación, se procederá a fijar el día en que comenzará a tratar de ella. La fecha se fijará en la misma sesión en que se dé cuenta de la acusación; si el Congreso estuviese en receso, esta determinación la hará el presidente del Senado (artículo 47 LOC de Congreso Nacional).

El Senado quedará citado por el solo ministerio de la ley a las sesiones especiales diarias, a partir del día fijado y hasta que se pronuncie sobre la acusación.

El artículo 49 de la misma LOC expresa que el Senado citará al acusado y a la comisión de diputados designada para formalizar y proseguir la acusación a cada una de las sesiones que celebre para tratarla.

La formalización de la acusación la harán los diputados miembros de la comisión especial, y en caso de su ausencia, se tendrá formalizada con el oficio de la Cámara de Diputados (artículo 50).

A continuación hablará el acusado o se leerá su defensa escrita. El acusado podrá ser representado por un abogado (inciso 2 artículo 50). Hay derecho a réplica y dúplica. Luego el presidente del Senado anunciará que la acusación se votará en la sesión siguiente especial.

La misma ley señala en su artículo 51 que cada capítulo de la acusación se votará por separado. A la vez define capítulo como el conjunto de hechos específicos que, a juicio de la Cámara de Diputados, constituyan cada uno de los delitos, infracciones o abusos de poder que, según la Constitución, autorizan para imponerla.

El resultado de la votación será comunicado al acusado, a la Cámara de Diputados y, según corresponda, al Presidente de la República, a la Corte Suprema o al Contralor General. Sin perjuicio de aquello, se remitirán todos los antecedentes al tribunal ordinario competente (artículo 52 LOC en comento).

El autor Silva Bascuñán, expresa que en virtud a que la Carta ordena al Senado a resolver como jurado, éste debe apreciar, y más bien sus miembros, leal y honradamente, en conciencia según su leal saber y entender, debiendo corresponder la decisión al concepto íntimo que se haya formado en cuanto a su seriedad y fundamento. En el espíritu de la Constitución no debería ser el voto de ninguno de los senadores reflejo de pasiones y de prejuicios, sino al contrario, el resultado de una sincera, imparcial y objetiva calificación de los antecedentes que se ha logrado reunir en razón a las exigencias del bien común<sup>46</sup>.

Según el mismo autor, la declaración del Senado da término a un proceso que no presenta los caracteres de una contienda penal o civil, sino de evidente sustancia política, en cuanto persigue colocar al margen del desempeño de funciones públicas relevantes a quienes no se muestren a la altura de la misión recibida y dar paso a la aplicación, dentro de la igualdad jurídica, a las sanciones que merezcan o a la indemnización de los daños causados<sup>47</sup>.

### **2.1.3. CAUSALES DE LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL**

Para analizar las causales establecidas en el artículo 52 N°2 de la Constitución, se tratarán respecto de cada una de las autoridades susceptibles de acusación constitucional.

Presidente de la República. Ministros de Estado. Generales o Almirantes.

a. Actos administrativos del Presidente de la República que han comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación.

En misma redacción esta causal procede respecto de Ministros de Estado y de los generales o almirantes.

La palabra “comprometer” en el texto legal significa exponer o poner en riesgo a alguna persona o cosa en una acción o caso aventurado. No es necesario que el acto se haya consumado, sino que se haya configurado tal peligro en virtud de las características del acto<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. Op. Cit. 197.

<sup>47</sup> Ibídem. P. 198.

<sup>48</sup> Ibídem. P. 145.

El vocablo “gravemente” denota que el acto debe ser de gran importancia, estableciendo la norma un criterio de proporción lógica de la forma e intensidad del peligro generado por el acto<sup>49</sup>.

El “honor” es la buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la grajea, según la Real Academia Española. Según Silva Bascuñán, una sociedad política, tiene como bien de incalculable valor, el prestigio de su nombre, que simboliza el legado de las generaciones pasadas, explicación de sus actuales potencialidades y augurio de la continuación y robustecimiento en el futuro de los progresos logrados. Todo lo que empañe ese prestigio, desdiga de los méritos que se reconocen en el grupo y deprima el espíritu colectivo, va contra su honor<sup>50</sup>.

Cuando la causal habla de “seguridad del Estado”, se refiere a la calidad de “seguro”, es decir, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo.

Comprometer gravemente el honor o la seguridad de la Nación constituye traición e importa, en muchas de sus formas de concretarse, un delito descrito y penado en la legislación criminal. Estos delitos y castigo se contemplan en el Código Penal, en el Código de Justicia Militar, en la ley de Seguridad Interior del Estado y en la ley que define las Conductas Terroristas y fija su penalidad<sup>51</sup>.

Según Alejandro Silva Bascuñán, para configurar la causal en estudio, no se exige que los hechos presenten exactamente las características definitorias de la figura delictual prevista en la legislación criminal.

b. Puede ser acusado el Presidente de la República cuando haya cometido actos de su administración que hayan infringido abiertamente la Constitución o las leyes.

Esta causal también se aplica a los Ministros de Estado, pero se omite el calificativo de “abiertamente”. A la vez se agrega el hecho de haber dejado la Constitución y la ley sin aplicación; esta inexecución existe cuando no se actúa como se debe, como cuando no se

---

<sup>49</sup> Ibídem.

<sup>50</sup> Ibídem. P.146.

<sup>51</sup> Ibídem.

precisa la forma en que se habrá de actuar (por ejemplo si no se dicta el reglamento según el cual se debe cumplir la disposición legal).

“Infringir abiertamente” significa quebrantar francamente, sin reservas.

Los Títulos III y V del Libro II del Código Penal contempla normas que se refieren específicamente a los crímenes y delitos que afectan derechos garantizados en la Carta Fundamental<sup>52</sup>.

Respecto del Presidente de la República, la acusación se podrá interponer mientras éste se encuentre en el desempeño de sus funciones y en los seis meses siguientes a la expiración de su cargo, tiempo en que a la vez no podrá ausentarse del país sin acuerdo de la Cámara de Diputados.

#### Magistrados de tribunales superiores de justicia y Contralor General de la República.

La causal de acusación respecto a los Ministros de Corte Suprema, de Cortes de Apelaciones y de Cortes militares, y del Contralor, es el “notable abandono de deberes” (Art. 52 letra c) N°2 de la Constitución)<sup>53</sup>.

Siguiendo a Silva Bascuñán, definir el contenido de lo que es el “notable abandono de deberes” es una discusión que no se encuentra zanjada. De las definiciones propias de cada palabra según la RAE, se puede desprender que significa dejar de hacer, en grado excesivo, lo que corresponde realizar en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo<sup>54</sup>.

El mismo autor señala que entre una interpretación que quita eficacia al resorte de la acusación, y la otra, que la hace en extremo peligrosa, se encuentra la recta comprensión que se aviene con la natural de los vocablos<sup>55</sup>. Procede el notable abandono de deberes cuando se producen circunstancias de suma gravedad que demuestran, por actos u omisiones, la torcida

---

<sup>52</sup> *Ibíd.* P. 147.

<sup>53</sup> La causal de “notable abandono de deberes” se replica en la Constitución de 1833, de 1925 y de 1980.

<sup>54</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. *Op. Cit.* P. 164.

<sup>55</sup> Aquello en virtud de la lata discusión que se produjo en las diferentes sesiones de la Comisión Ortúzar, las cuales hace referencia en el libro antes citado.

intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan, olvidando o infringiendo los deberes inherentes a la función pública ejercida<sup>56</sup>.

Agrega que limitarla al incumplimiento de deberes simplemente adjetivos importa una interpretación tan fuera de propósito constitucional, como lo está, por otra parte, descargar, por su intermediario, sanción a quien haya satisfecho rectamente, dentro de mínimas y razonables aptitudes y conocimiento, sus tareas de alto magistrado o Contralor<sup>57</sup>.

### Intendentes y Gobernadores

El artículo constitucional cita que serán acusables constitucionalmente los intendentes y gobernadores, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión. Causales que son semejantes a los que se contemplan respecto de los Ministros de Estado, con la salvedad de que no incluye el delito de soborno, y a su vez incluye la sedición.

A continuación se tratarán en el presente trabajo los delitos de soborno y malversación de fondos públicos, las cuales son las causales en que se profundiza nuestra investigación y estudio.

## **2.2. CAUSALES PENALES**

### **2.2.1 SOBORNO**

#### 2.2.1.1 Concepto

El término soborno puede entenderse como sinónimo de cohecho en su sentido amplio, o como sinónimo de cohecho activo. En razón de ello, es que nos referiremos a todas las figuras de cohecho, profundizando en la figura del cohecho activo.

El cohecho en nuestra legislación se encuentra regulado entre los artículos 248 a 251 del Código Penal.

---

<sup>56</sup> Silva Bascañán, Alejandro. Op. Cit. P. 173.

<sup>57</sup> Ibídem. P. 174.

El profesor Mario Garrido Montt define el cohecho como “la pretensión de un funcionario de obtener un beneficio de orden económico que no le corresponde, por hacer o no hacer lo que tiene el deber de realizar con motivo de su cargo”.<sup>58</sup>

#### 2.2.1.2 Naturaleza jurídica

Hay dos posturas en relación a la naturaleza jurídica del cohecho. Quienes indican que es bilateral y quienes señalan que es unilateral, ello, en atención al número de sujetos que concurren en el acto.

La mayoría de la doctrina señala que su naturaleza sería bilateral. Quienes lo señalan, argumentan que se consideran copartícipes al funcionario que recibe o acepta y al particular que da u ofrece. Sin embargo, aceptar esta clasificación implica dejar sin castigo algunas conductas del funcionario público y en cambio sancionar de igual manera conductas de distinta gravedad.

En atención a lo anterior es que surge la clasificación de cohecho activo y pasivo.

##### a. Cohecho pasivo

Se refiere a la conducta del funcionario. Esta se divide en cohecho pasivo propio simple, cohecho pasivo propio agravado y cohecho pasivo impropio.

##### b. Cohecho pasivo propio simple.

Señala el art. 248 del Código Penal “ *El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados*”

---

<sup>58</sup> Garrido Montt, Mario, Derecho Penal Parte Especial, Cuarta Edición. Santiago Chile, Editorial Jurídica, 2010. P.464.

Lo que castiga la norma actualmente es la “solicitud o aceptación de una oferta de dinero o de beneficios económicos hecha por terceros al funcionario con la promesa de realizar una conducta propia del cargo”<sup>59</sup>. Hay que poner de manifiesto que carece de relevancia si efectivamente se produce la recepción del dinero o se ejecuta la conducta, pues lo que exige la norma es la “solicitud” o “aceptación”.

### c. Cohecho pasivo propio agravado

Se encuentra regulado en el artículo 248 bis, que dice “ *El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si la infracción al deber del cargo consiste en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.*”

En este tipo lo que se castiga es la abstención del funcionario de ejecutar un acto que es propio de su cargo a cambio de un pago o por realizar un acto en contra de los deberes propios de sus funciones. “El delito en estudio no es de omisión, sino de acción, en atención a que no se castiga al empleado porque no hizo lo que estaba obligado a hacer, sino por pedir o aceptar un beneficio por ello”<sup>60</sup>.

Es un delito de dolo directo, de mera actividad y de peligro, no se admite tentativa ni frustración.

Siguiendo con lo señalado por el profesor Mario Garrido Montt, la sanción se agrava cuando la conducta del funcionario consiste en influenciar el comportamiento de otro

---

<sup>59</sup> Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal, Segunda Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. P.503

<sup>60</sup> Garrido Montt, Mario, Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, Cuarta Edición. Santiago Chile., Editorial Jurídica de Chile, 2010. P.466

empleado público para beneficiar a un tercero, pues, además de las penas de reclusión y multa, se le impone la pena de inhabilitación especial o absoluta perpetua, para cargo u oficio público.

d. Cohecho pasivo impropio.

El art. 249 del Código Penal señala *“El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado.”*

El objeto de esta norma es que el funcionario que solicita o recibe el beneficio ejecute delitos específicos y el beneficio debe ser económico. Debe tratarse de uno de los delitos comprendidos entre los artículos 148 a 161 de la Constitución Política y arts. 220 a 260 del Código Penal.

Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y se exige dolo directo.

e. Cohecho activo

El artículo 250 tipifica esta conducta y señala *“El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones...”*

La ley 19.645 modifica el contenido anterior de la norma, en el sentido de que se tipifica la conducta pasiva de un tercero como cohecho activo, esto es, consentir en otorgar un beneficio económico al empleado público, y se sanciona como cohecho pasivo a un comportamiento activo, consistente en que el funcionario solicite derechos que no le corresponden o más de los que debe percibir en razón de su cargo.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Oliver, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. Disponible en línea en <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwji68iz>

En razón de lo anterior es que el autor señala que la terminología cohecho pasivo y cohecho activo no está bien utilizada, y en su lugar, debiera decirse cohecho del empleado público y cohecho del particular. Es por esto que el autor utiliza una clasificación distinta a la usada por nosotros, y distingue entre: cohecho activo y cohecho del empleado público, y cohecho pasivo y activo del particular.

Lo que hace esta norma es castigar a quien “ofrece” o “consiente” en dar un beneficio económico a un funcionario para que incurra en alguna de las conductas del cohecho pasivo, con excepción del delito de concusión<sup>62</sup>.

Señala Etcheberry que el soborno consiste en la figura del cohecho activo, “el cohecho propiamente tal consiste en aceptar dádiva para la ejecución de actos funcionarios que deberían realizarse gratuitamente, y por eso a tal conducta se le llama cohecho propio”

Es preciso señalar que el tratamiento que se le da al particular no es el mismo que el que se le da al funcionario público, que es quien tiene un “deber especial de lealtad para con el Estado.”<sup>63</sup>

### 2.2.1.3 Elementos constitutivos soborno

a. Verbo rector: este delito contempla dos conductas, una es “ofrecer”. Es el particular el que tiene la iniciativa de prometer un beneficio económico en favor del funcionario para que incurra en alguna de las conductas que contempla el tipo. La otra posible conducta es “consentir”, y aunque es el funcionario quien solicita un beneficio al particular, el reproche va dirigido al particular que acepta la entrega del beneficio económico.

b. Sujeto activo: el sujeto activo de esta conducta es el particular, es un delito común que puede ser realizado por cualquier persona. La acción del particular es independiente de la acción del funcionario público, pues cada uno responderá de acuerdo a la modalidad establecida para sus respectivos comportamientos.

c. Dolo: esta figura sólo puede realizarse a través del dolo.

---

\_szMAhUMOyYKHbvdCSkQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.cl%2Fpdf%2Fpoliterim%2Fv7n14%2Fart01.pdf&usg=AFQjCNHaUipQTTvSNEjo6qMTd5jBFX mujg&sig2=IwlSE7kdr5EckastAii5zA

<sup>62</sup> Politoff, Matus y Ramírez. Op Cit. P.505.

<sup>63</sup> Etcheberry Alfredo, Derecho Penal, ob. Cit., p.253 y ss.

## 2.2.2. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

### 2.2.2.1 Historia del delito de malversación

Incluso antes de regularse en el Derecho Romano, en un cuerpo normativo más antiguo, encontramos referencias a este delito, más precisamente en el Código de Manú, que contemplaba las siguientes normas asimilables a este tipo:

En su libro VII, en el artículo 40 señala: "40.- Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad".

"Art.120: Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino".

Si bien no se trata de normas que directamente castiguen el delito de malversación, pueden entenderse como un antecedente histórico de dicho delito.

Posteriormente, remontándonos a la época de los romanos, que denominaron a este delito peculado, ello, atendido a que los bienes de los romanos eran principalmente bienes pecuarios, antes de que se difundiera el uso del dinero, llamándose reos de peculado a aquellos que se apropiaban de fondos públicos, siendo el hurto de este tipo de bienes, el más castigado dentro de la legislación romana.

El peculado, al igual que en nuestra regulación actual, contemplaba distintas conductas, las cuales son<sup>64</sup>:

- Sustracción de metales o monedas de la comunidad o de alguna caja pública.
- Sustracción de una cosa mueble de propiedad del Estado depositada en manos de empleados fiscales.
- Cualquiera otra defraudación cometida contra la Caja Pública.

---

<sup>64</sup> Vieira Volpi, Alicia. 1936. Del Peculado: (malversación de caudales públicos). Memoria de para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago. P.15.

- Remisión de una deuda en favor del erario, hecha ésta sin motivo o justificación.
- Alteración del valor de la moneda, hecha en los talleres del Estado.
- Acuñar mayor cantidad de monedas que las autorizadas.
- Manipulaciones ilícitas hechas en libros de contabilidad pública.
- Pérdida dolosa o simulada de una embarcación, actuando en perjuicio del Estado.

Cabe señalar en este punto, que los romanos trataban la penalización de este delito de dos formas<sup>65</sup>:

El peculado propio: que era la apropiación de fondos públicos al funcionario encargado.

El peculado impropio: apropiación por parte de los particulares.

Siguiendo la clasificación utilizada por el autor Jorge Villada, los romanos además distinguían entre, fondos públicos que eran los que pertenecían al pueblo de Roma, considerados sagrados por ellos, y por otro, los bienes de la ciudad o instituciones públicas que eran privados.

El enjuiciamiento por peculado era similar al de los delitos de hurto, y como en el caso de esos delitos, durante un tiempo se condenaba al pago de una suma que tuviera relación con lo sustraído.

Cabe agregar en este punto, que dentro del delito de peculado, no se incluían los delitos contra los bienes municipales, ello se regía por los distintos derechos o estatutos locales.

Más adelante, la Ley Julia del Peculado, regula este delito, disminuyendo la entidad del castigo existente hasta ese momento.

Otro cambio introducido por esta ley<sup>66</sup>, es que se modificó al sujeto activo, eliminando a los simples particulares o empleados públicos que no manejaban fondos del Erario, y que cometían sustracciones, dándoles las penas de los delitos comunes de hurto, robo o estafa.

---

<sup>65</sup> Villada, Jorge. Delitos contra la función pública: concordado con códigos latinoamericanos. Primera Edición. Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1999. P.391.

Lo requisitos de este delito eran similares a los del "furtum," que era la apropiación en general de una cosa ajena mueble, que se componía de los siguientes requisitos: contacto con la cosa, que sea mueble, intención de enriquecimiento ilícito, daño a un tercero. Para efectos de constituir peculado, habría que agregar los siguientes requisitos: bienes del Erario, municipalidades o provincias.

En cuanto al tratamiento de este delito en Las Partidas, que recordemos fue un cuerpo normativo del siglo XIII que contenía legislación civil y penal que se basó en teorías romanas para efectos de castigar el delito.

Dentro de sus disposiciones podemos encontrar artículos que pueden asimilarse en cierta forma a las conductas que hoy se castigan como malversación de fondos públicos, más bien podríamos hablar de antecedentes para lo que actualmente conocemos. Entre ellas encontramos las siguientes:

Partida VII, Título XIV, Ley XIV: Los que tienen maravedíes del rey para su servicio si los invirtiesen en su utilidad y no los da cual debe, como los debe pagar.

Partida VII, Título XIV, Ley XV. Cometten hurto los monederos y maestros de monedas que las hagan separadamente para ellos mismos, uniéndolas con las del rey.

Partida VII, Título VII, Ley IX. Qué pena merece el falso monedero o el que cercena la moneda buena.

Se distinguía entre el Oficial del Rey, recaudador y depositario de caudales públicos, y aquél que sin tener ese rango estaba encargado de aplicar esos bienes a determinados fines o efectuar un pago determinado. En el caso de los primeros, el castigo era la pena de muerte, para los segundos, se aplicaban penas pecuniarias.

Como podemos ver, ya se hacía una distinción en cuanto al sujeto activo de estos delitos que dicen relación con la falsificación o adulteración de la moneda, siendo la pena más grave para aquellos funcionarios encargados directamente de los caudales.

---

<sup>66</sup> Vieira Volpi, Alicia. Op. Cit. P.18.

Las disposiciones del Título V, Libro II del Código Penal, tienen su origen principalmente en el Código Penal español de 1848. Sus principales modificaciones son producto de las sesiones 153, 154 y 171 de la Comisión.

En lo que dice relación con el delito de malversación, no se han realizado modificaciones realmente sustanciales a la fecha, a excepción de la Ley N ° 13.303 de 1959, que agregó el inciso segundo del artículo 238, y algunas reformas introducidas por las Leyes 19.450 y N° 19.501.<sup>67</sup>

Durante la codificación, el término malversación sirvió para designar un conjunto más amplio de conductas, incluyendo no sólo inversión indebida, si no que también la apropiación.

La apropiación de fondos públicos aparece en Las Partidas, siendo la Partida VII la que castigaba la malversación de fondos públicos. Asimismo, la Novísima Recopilación castigaba con pena de muerte a aquellos que usurparan las rentas reales.

De esta forma, en la actualidad, son cinco las figuras comprendidas bajo la denominación "Malversación de caudales públicos": malversación por apropiación o peculado, artículo 233 y 234, en su modalidad dolosa y culposa respectivamente, malversación por distracción o desfalco, en su artículo 235, por aplicación pública diferente en el artículo 236, y negativa a un pago o entrega, en el artículo 237. Todas estas modalidades reunidas en torno a tres ideas: calidad de funcionario público del que ejecuta, carácter público del objeto del delito y relación especial entre sujeto y objeto.

En lo que dice relación con la figura contemplada en el artículo 233 del Código Penal, la llamada malversación por apropiación o peculado, tiene como base el artículo 318 del Código Penal español.

En lo que respecta a otra modalidad de malversación de fondos públicos, la distracción de fondos, esta se contenía en el Digesto, aunque no necesariamente separada de otras modalidades de malversación. Lo mismo sucedía con la Novísima Recopilación, sin embargo,

---

<sup>67</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Delitos contra la función pública. Segunda Edición. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008. P.383.

ya en el Código español de 1822 puede divisarse más claramente este tipo, de otros similares de malversación.

El legislador chileno tomó como base el Código español de 1850 para legislar respecto a esta norma.<sup>68</sup>

El mensaje del Código Penal del año 1874, relativo al Libro II, Título V, señaló que se ubicarán, entre otros, todos aquellos delitos que impidan el ejercicio de los poderes públicos y que destruyan la marcha regular del Estado.

Desde la publicación de este Código no se han realizado mayores modificaciones en lo que respecta al delito de malversación.

#### 2.2.2.2 Bien jurídico protegido.

Entendemos por bien jurídico protegido "un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente"<sup>69</sup>.

El Libro II, Título V del Código Penal, en donde se encuentra tipificado el delito de malversación de caudales públicos, agrupa a estos delitos en torno al sujeto activo, estos es, encontramos todos aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos, situación que suele ser criticada por la doctrina, que señala que no es correcto este criterio, sino que es más apropiado aquel relativo al bien jurídico protegido.

En atención a esta circunstancia, durante la tramitación de la ley N° 19.645, que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción, se discutió acerca de la denominación de los delitos que se encuentran en el Libro II Título V del Código Penal. El Ejecutivo propuso modificar la denominación del Título V, por "De los Delitos contra la Función Pública", reuniendo estos delitos en torno a la idea de bien jurídico protegido, iniciativa que no prosperó, rechazándose finalmente.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Bunster Briceño, Álvaro. La malversación de caudales públicos: estudio de doctrina y jurisprudencia. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago Chile. 1948. P.70.

<sup>69</sup> Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Parte General, Tomo II, Segunda Edición. Santiago Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997. P. 63.

<sup>70</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Op. Cit. P.383.

Nos interesa en este apartado, hacer una revisión de cuáles son las posturas existentes en torno a cual es el bien jurídico protegido en el delito de malversación, y cuál es la posición predominante.

a. Patrimonio público como bien jurídico protegido por el delito de malversación de fondos públicos.

Existen diversos argumentos para sostener que las conductas contempladas en este título tienen una dimensión patrimonial y representan un atentado contra los intereses patrimoniales del Fisco.

Diversos autores, entre ellos, Luis Rodríguez Collao, señalan como el más fuerte de los argumentos, que prueba de esto, sería que en el artículo 233 del Código Penal las penas se gradúan de acuerdo a lo sustraído, razón por la cual se consideran como delitos patrimoniales<sup>71</sup>.

Entre los autores que se inclinan por esta opinión, se encuentra Álvaro Bunster, quien indica que la malversación ataca de manera directa los intereses patrimoniales del Estado, sin embargo, no desconoce que existen otras consideraciones, y señala que además de la integridad del patrimonio público, también se protege la fe pública respecto del funcionario que ha abusado de la confianza que públicamente se ha depositado en él.<sup>72</sup>

En la misma senda, tenemos a Queralt, quien señala que estos delitos están incluidos tradicionalmente entre los de funcionarios, o sea, en torno a la idea de sujeto activo, pero aquí parece primar otro bien jurídico, debiendo tener preferencia, pues, según entiende el autor, lo que está en juego aquí es la Hacienda Pública, ya que el legislador quiere "asegurar que el dinero y otros efectos patrimoniales existentes y a su disposición sea administrado con las finalidades previstas en la Ley".<sup>73</sup>

b. Probidad administrativa como bien jurídico protegido en el delito de malversación.

---

<sup>71</sup> Rodríguez Collao, Luis. 2008. La función pública como objeto de tutela penal [en línea]. Valparaíso, Chile. <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/579/547>> [consulta:29 agosto 2015]

<sup>72</sup> Bunster Briceño, Álvaro. Op. Cit. P.40.

<sup>73</sup> Queralt Jiménez, Joan. Derecho penal español.: parte especial, Cuarta Edición. Barcelona España, Editorial Atelier. 2002. P.452.

La doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido aquí es la probidad administrativa, esto es, la afectación de la Administración Pública en su aspecto funcional como objeto de tutela, no en su aspecto orgánico, sino como una actividad de servicio del Estado para los ciudadanos. El sustento constitucional de ese buen desempeño de la función pública estaría dado por el principio de eficacia de la actividad administrativa.<sup>74</sup>

El autor José Guzmán Dalbora, al respecto, señala que, sin desconocer el trasfondo patrimonial del delito de malversación de fondos públicos, no se justificaría, si sólo ese fuera el bien jurídico protegido, la entidad de sus penas, en consideración a que los delitos relativos a la Hacienda Pública se encuentran protegidos en el título IX, libro II.

El Estado actúa a través de sus órganos y funcionarios, debiendo depositar obligadamente su confianza en aquellos, confianza que es abusada por el malversador, dando un uso a los bienes, distinto a los que quiere el Derecho. Esta situación, justifica que esta clase de delitos reciba un tratamiento distinto.<sup>75</sup>

Al respecto Labatut, por su parte, señala lo siguiente "No obstante la variedad de formas que doctrinal y legalmente reviste la malversación de caudales públicos, en general su objetividad jurídica no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como la infracción del deber de probidad del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados por razón de su oficio", y posteriormente citando a Maggiore "De aquí resulta que este delito es antológicamente perfecto, aunque no se cause ninguna lesión patrimonial a la administración pública, como en el caso de que ésta sea cubierta por la fianza prestada por el funcionario"<sup>76</sup>.

De esta opinión es el autor Juan Bustos Ramírez, quien señala que .." no es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa, y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera el funcionamiento socioeconómico del sistema.."

---

<sup>74</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Op. Cit. P. 388.

<sup>75</sup> Guzmán Dálbora, José. Estudios y Defensas Penales, Segunda Edición. Santiago Chile, Editorial Lexis Nexis. 2007. P. 290.

<sup>76</sup> Labatut, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Séptima Edición. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1983. P.78.

Como podemos ver, el autor no desconoce que existe alguna dimensión patrimonial en este tipo de delitos, sino que le atribuye más bien un carácter secundario, en atención a que la función administrativa se concreta en el cuidado de los fondos públicos, es decir, más bien se trataría de un efecto.

Hay que dejar claro en este punto, que lo que trata de protegerse no es el vínculo entre la Administración y las personas que dependen de esa Administración, sino que es el propio desempeño de la función pública, que es lo que finalmente afecta a la ciudadanía. Tampoco lo es el prestigio y la confianza en la generalidad de las instituciones, pues estos son un efecto derivado del correcto funcionamiento de la Administración<sup>77</sup>.

La jurisprudencia se inclina a señalar que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la recta Administración de justicia. Así, en un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 enero 2004<sup>78</sup>, se afirma que no es el patrimonio fiscal el bien jurídico protegido en este título, si no, la recta administración pública, debiendo entenderse en sentido muy amplio como "actividad general del Estado".

Lo mismo se afirma en otro fallo de la Excma. Corte Suprema del 1 de junio de 1967<sup>79</sup>.

En otro fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 21 de abril de 2006, se reconoce por la Ilustrísima Corte, que si bien se protege el patrimonio fiscal, la probidad administrativa es el principal bien jurídico protegido, al señalar que " los hechos investigados se refieren al delito de malversación de caudales públicos, cuyo bien jurídico protegido no sólo es la hacienda pública o el patrimonio del Estado, sino especialmente la probidad funcionaria, pues de otro modo no se entiende la intención del legislador cuando en el artículo 235 del Código Penal configura el ilícito, a pesar de haberse verificado el reintegro y el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio, habiendo por tanto desaparecido el bien jurídico protegido relativo a las arcas fiscales."

---

<sup>77</sup> Rodríguez Collao, Luis. 2008. La función pública como objeto de tutela penal [en línea]. Valparaíso, Chile. <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/579/547>> [consulta:29 agosto 2015]

<sup>78</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Número 8, sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 enero 2004. P. 56.

<sup>79</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, t. LXIV, sentencia de la Excma. Corte Suprema, 1 junio 1967. P. 125.

Además, prosigue el fallo recién citado, indicando las consecuencias de que el bien jurídico protegido sea el antes mencionado, y es que al tratarse de un "delito de especial persecución para el legislador, en la medida que incluso el principio de oportunidad está limitado cuando se trata de un ilícito cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones. En conclusión, se trata de bienes jurídicos no disponibles"<sup>80</sup>. Cabe agregar a este respecto, que si bien algunos fallos declaran que se trata de un bien jurídico no disponible, hay jurisprudencia que plantea que no en todos los casos cuando nos encontramos frente a esta clase de delitos podemos señalar que es un bien jurídico no disponible, y que dependerá de cada caso particular.

### 2.2.2.3 Malversación en su versión dolosa

#### a. Tipicidad.

El artículo 233 del Código Penal tipifica el delito de malversación en su modalidad culposa, de la siguiente forma "Artículo 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1° Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2° Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos. "

---

<sup>80</sup> Revista Derecho y Jurisprudencia, Número 9, sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 abril 2006. P.87.

Lo que este artículo sanciona es la sustracción definitiva, sin devolución, constituyéndose en una lesión permanente al patrimonio público. Junto con ello, se sanciona la mayor gravedad de la infracción a los deberes de fidelidad del funcionario, aparejando como consecuencia mayores penas que la de las otras figuras.<sup>81</sup>

Los siguientes son requisitos de este tipo: a) Calidad de funcionario público a la fecha de comisión del delito. b) Caudales o efectos públicos a cargo del empleado en depósito, consignación o secuestro. Esto es, un título de mera tenencia, que confiere cualidad de administración. c) Efectos son sustraídos de su destino o finalidad.<sup>82</sup>

A continuación, analizaremos cada uno de los requisitos recién señalados:

- Sujeto activo.

Delito especial impropio, el autor debe ser un funcionario público y debe existir una especial vinculación entre el funcionario y los caudales o efectos, por ello, sólo aquel funcionario que tenga a su cargo dichos caudales puede entenderse como agente del delito de peculado.

Hay consenso en la doctrina en relación a que el sujeto debe tener las cosas en razón de sus funciones, por lo que no es suficiente una relación ocasional. La relación existente debe ser lícita, en caso contrario, se responderá de los delitos comunes que se configuren con la realización del hecho<sup>83</sup>

Así también ha sido señalado por la Corte Suprema, tanto en jurisprudencia antigua, como más reciente, que comete el delito de malversación de caudales públicos

el empleado público que sustrae caudales o efectos que se hallan a su cuidado y sujetos a su responsabilidad en virtud de las funciones propias del empleo que desempeña.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. 2008. Op. Cit. P. 389.

<sup>82</sup> Microjuris, Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 26 octubre 2007. Referencia: MJCH\_MJJ N° 15828.

<sup>83</sup> Guzmán Dalbora, Luis. Op. Cit. P. 310.

<sup>84</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 7 mayo 1954. P. 53

Por otra parte, la Corte Suprema ha señalado también, que el tipo penal sancionado afecta a los funcionarios que prestan servicios al Estado, siendo esta una expresión amplia, no queda circunscrito en el tipo penal solo a quienes prestan servicios a empresas del Fisco, sino por el contrario afecta a todos los empleados de la Administración.<sup>85</sup>

También la jurisprudencia ha señalado como ejemplo de sujeto activo a los cajeros de los Juzgados de Policía Local.<sup>86</sup>

En lo que dice relación con la autoría mediata en este delito, se ha señalado que se castiga con la pena de autor al funcionario público que utiliza a un tercero para cometer el delito, pues está consintiendo en ella, con independencia de que los bienes sustraídos sean entregados al funcionario público o que el tercero se los quede<sup>87</sup>.

- Objeto material.

El objeto material de este delito son los caudales o efectos públicos o de particulares. Debe tratarse de bienes de valor pecuniario significativo, pues, aquellos bienes sin valor significativo, quedan fuera del injusto, se excluyen también los bienes inmuebles.

Entenderemos por efectos "todos los documentos que son susceptibles de estimación pecuniaria y que signifiquen un valor negociable"<sup>88</sup>

La jurisprudencia ha tomado ambos conceptos, caudales o efectos públicos como sinónimos, y referidos únicamente al dinero y documentos representativos del mismo o documentos de crédito.<sup>89</sup>

A este respecto es interesante hacer referencia a un fallo de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, donde se descarta que nos encontremos frente a un caso de malversación cuando se trata de otros tipos de bienes "en la especie no concurren los elementos del tipo penal ya que los sentenciados, principalmente Hernández Catalán, de acuerdo a sus funciones como ayudante de bodega, recepcionaba físicamente la mercadería y,

---

<sup>85</sup> Ibídem. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile, 17 abril 1997. P. 81.

<sup>86</sup> Ibídem. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile, 4 junio 1968. P. 125.

<sup>87</sup> Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2004. P. 492.

<sup>88</sup> Guzmán Dalbora, Luis. Op Cit. P. 312.

<sup>89</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Op. Cit. P. 392.

posteriormente, satisfacía los pedidos de otras unidades de CORFO remitiendo lo que requerían mediante formularios existentes para tal efecto, y Olga Duarte como encargada de la fotocopidora de Fiscalía, tenía bajo su cargo y responsabilidad resmas de papel que en una oportunidad proporcionó a Hernández Catalán pues éste le manifestó que tenía un faltante.

La norma penal hace sinónimos ya que emplea la conjunción "o", y no "y" para referirse a los caudales o efectos públicos.

Caudales, implica indiscutiblemente la idea de dinero o documentos representativos de lo mismo, y, efectos públicos de acuerdo al Diccionario son constitutivos de "documentos de crédito emitidos por el Estado, las provincias, los municipios y otras entidades oficiales, que han sido reconocidos por el Gobierno como negociables en Bolsa".

Evidentemente no es el caso si se tiene presente que lo sustraído eran resmas de papel, diskettes, cintas para máquina de escribir y productos similares."<sup>90</sup>

Podemos desprender del fallo recién citado, que la jurisprudencia restringe claramente los bienes sobre los cuales recae el objeto del delito de malversación de caudales públicos, calificando de manera distinta, como en este caso, donde la Iltrma. Corte consideró que se trataba de un caso de hurto simple.

Como ejemplo de caudales públicos, la jurisprudencia ha señalado los dineros del Departamento de Previsión Social, y el empleado de esa repartición que los sustrae se entiende que comete malversación.<sup>91</sup>

En cuanto a los bienes de particulares en depósito, existe prácticamente consenso en la doctrina y la jurisprudencia, en que el sentido que se le debe atribuir no es aquel que entrega el Código Civil en sus artículos 2211, 1599 y 2249, sino su sentido natural y obvio. Así se señala por ejemplo, en un fallo de la Excma. Corte Suprema, que precisa el significado de la palabra depósito en el artículo 233 tiene sentido genérico y no el restringido del Código Civil.<sup>92</sup>

- Conducta

---

<sup>90</sup> Revista Legal Publishing, CL/JUR/1258/1997; 20543

<sup>91</sup> Gaceta de los Tribunales N° 45, Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 25 junio 1943. P. 240.

<sup>92</sup> Gaceta de los Tribunales N° 36, Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 4 enero 1936. P. 194.

La conducta puede consistir en sustraer o en consentir que otro sustraiga. De acuerdo a la definición de María Ossandón<sup>93</sup>, sustraer consiste en una acción material de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular, y en atención a que la norma habla de sustracción y no de apropiación, por lo que no se exige especialmente el ánimo de señor y dueño.

Bunster ha señalado al respecto, que el concepto de sustracción se encuentra despojado de todo contenido subjetivo, y es también un elemento constitutivo del tipo contenido en el artículo 235 del Código Penal. En lo que concierne al dolo, el conocimiento que se exige recae sobre las "circunstancias de hecho", es decir, sobre la acción misma de sustraer y de que los caudales existen positivamente.

- Culpabilidad

Hay acuerdo en la doctrina que se requiere como mínimo dolo directo. Ello se deduce del verbo rector utilizado en este tipo penal. Cabe señalar que existe una parte de la doctrina que considera que puede existir dolo eventual, especialmente porque la disposición en comento contiene la expresión consentir, por lo que el dolo eventual puede entenderse comprendida en esta disposición, y no en el artículo 234.

#### b. Iter Criminis

El delito se perfeccionaría por la sustracción de los caudales o efectos, lo que en la práctica se comprobaría, cuando de la rendición de cuentas, se desprende que falta dinero u objetos, aunque no se constituye como suficiente para dar por acreditado que es el funcionario quien ha cometido la sustracción<sup>94</sup>.

En este sentido existe jurisprudencia antigua de la Excma. Corte, que indica que basta para establecer el delito de malversación de caudales públicos el que se compruebe un déficit de caja y que el funcionario no dé sobre el particular explicación satisfactoria<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Op. Cit. P.389.

<sup>94</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Op. Cit. P.395.

<sup>95</sup> Gaceta de los Tribunales N° 72, Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 26 julio de 1932. P. 280.

En sentido contrario, la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca ha señalado que el hecho de comprobarse un déficit de caja no es antecedente bastante para dar por establecido que dicho déficit se deba a un acto imputable al funcionario encargado de la administración.<sup>96</sup>

Al respecto, Bunster señala que en el caso del delito del artículo 233 del Código Penal no es posible establecer la responsabilidad por medios de convicción directos, siendo extremadamente probable que se acredite la existencia del delito y la responsabilidad en forma indirecta, erigiéndose como la presunción más directa la que se basa en la comprobación del déficit y la falta de explicaciones por parte del funcionario.<sup>97</sup>

Por otra parte, respecto a la comisión del delito en grado de tentativa, y como señala José Guzmán Dalbora, cuando el funcionario deba desplegar una actividad fraccionable para lograr la apropiación, es posible la tentativa, aunque precisa el autor, que no es requisito que el iter sea prolongado para que se pueda producir. Por el contrario, otra parte de la doctrina señala que dadas las características de este tipo penal no puede producirse la tentativa, argumentando que, "los caudales o efectos se encuentran en su origen lícitamente en poder material del funcionario, no es posible configurar aquí tentativa o frustración, pues en caso de sustracción y posterior devolución el tratamiento penal derivaría a la figura del art. 235, y en el caso de la omisión de restituir, por tratarse de omisión propia- y al igual que en la apropiación indebida-, no es posible concebir etapas del iter críminis anteriores al momento en que se exige la cuenta correspondiente."<sup>98</sup>

### c. Causales de justificación.

La antijuricidad puede ser material o formal. La antijuricidad material dice relación con el daño efectivo o el peligro en que ha sido puesto el bien jurídico que la norma protege, mientras que la formal se entiende como la falta de autorización legal, esto es, causal de justificación para realizar la conducta típica.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Gaceta de los Tribunales N° 465, Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 14 junio de 1913. P. 1537.

<sup>97</sup> Bunster Briceño, Álvaro. Op. Cit. P.61.

<sup>98</sup> Politoff, Matus y Ramírez. Op. Cit. P.497.

<sup>99</sup> Politoff, Matus y Ramírez. Op. Cit. P.209.

Siguiendo a Guzmán Dalbora, atendido el bien jurídico protegido en este delito, el ámbito de aplicación de las causales de justificación queda muy reducido, en el caso de la autorización por parte del dueño cuando es un particular, no produce efecto, pues de todas formas se ha incumplido con el deber de custodia. Lo mismo sucede cuando se trata de fondos públicos, pues el superior no tiene la facultad de autorizar.<sup>100</sup>

#### 2.2.2.4 Malversación en su modalidad culposa

Ya habiendo analizado la malversación de caudales públicos en su versión dolosa, procede ahora ver cuáles son las diferencias con su versión en modalidad culposa.

La malversación culposa está regulada en el artículo 234 del Código Penal, y reza de la siguiente forma: "El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos".

Se entiende que actúa con culpa quien debiendo evitar un resultado previsible y evitable, no lo prevé, o previéndolo, no lo evita pudiendo hacerlo.

Este tipo estaría conformado por tres elementos:

- Calidad de funcionario público del agente, que tiene a su cargo por razón de sus funciones los caudales.
- Omisión que tiene como efecto la sustracción que un tercero realiza: un tercero distinto al funcionario es el sujeto activo. Se trata de una figura independiente y autónoma
- Omisión de carácter culposa: la culpa es un elemento constitutivo del delito, sin este o existiendo dolo, ya no se da la figura del artículo.

Es relevante aclarar que si bien este artículo se conoce como la versión culposa del tipo contemplado en el artículo 233, esto no es del todo correcto, pues basta con leer la disposición recién citada para notar que no se trata de los mismos elementos, no hay sustracción de parte

---

<sup>100</sup> Guzmán Dalbora, Luis. Op. Cit. P. 397.

del funcionario, ni consentimiento en que otro lo haga, y tampoco encontramos la figura del reintegro. Lo que señala parte de la doctrina, es que lo que se castiga en este tipo es cualquier conducta negligente que está en relación de causalidad con la sustracción que realiza un tercero, se estaría castigando en el fondo una falta al deber funcionario de resguardo.

Otra parte de la doctrina, en el mismo sentido, señala al respecto, que en este tipo la responsabilidad penal no está ligada a la conducta culposa del autor. Se castiga a un funcionario pues con su conducta da ocasión a que otro sustraiga, y este tercero puede tener la calidad de funcionario público o no. La jurisprudencia la ha entendido como negligencia inexcusable. La falta del debido cuidado y preocupación por las actividades del subordinado, que facilitaron la apropiación del dinero, constituyen al superior jerárquico en autor de este delito.<sup>101</sup>

La ley sólo exige la concurrencia de culpa grave, que equivale al dolo, por lo inexcusable.<sup>102</sup>

Hay que hacer presente que, en el acta de la sesión 171 de 11 de junio de 1873, quedó constancia de que quiso establecerse una presunción de culpa en esta norma. Pero nos parece, al igual que expresa Bunster, que no sería justo establecer una presunción de este tipo respecto del encargado de los caudales, eliminando la presunción de inocencia, pues la realidad es compleja y pueden darse perfectamente supuestos diversos.

Se reconoce por la jurisprudencia el requisito de que los caudales estén a cargo del empleado público, al igual que en el artículo 233, tal como se señala en el siguiente fallo de la Excma. C.S. "SEGUNDO: Que, en su comentario a una sentencia, Jorge Mera Figueroa precisa que el artículo 233 del Código Penal sin el cual es imposible interpretar adecuadamente la figura culposa del artículo 234 no alude simplemente a empleado público que tiene en su poder o detenta los caudales o efectos a que él se refiere, sino que al empleado público que teniendo a su cargo esos fondos los sustrajere o consintiere en que otro los sustraiga, o sea, al empleado público encargado de los fondos por el vínculo que lo liga con la administración pública y que le impone el deber de custodiarlos. La interpretación correcta,

---

<sup>101</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXVIII Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, P. 133.

<sup>102</sup> Revista Legal Publishing; CL/JUR/4634/2007; 35908

corroborada con el epígrafe del título V del libro II del Código, De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, es que el sentido de la voz cargo debe entenderse dentro del contexto general del texto citado y en tal virtud, la palabra cargo debe referirse a un cuidado especial de los caudales o efectos, derivado, precisamente, del cargo desempeñado por el agente (...)

CUARTO: Que, custodiar significa, según el Diccionario, guardar con cuidado y vigilancia, resguardo significa guardia, seguridad que se pone en una cosa.

QUINTO: Que, una revisión de casos fallados por los tribunales nacionales, dando aplicación al artículo 234, evidencia que el agente del ilícito penal reprochado ha sido un funcionario tenedor o custodio de caudales, encargado, por sus funciones, de la seguridad o resguardo de tales efectos" ...<sup>103</sup>

En este tipo penal, el funcionario público, incurre en omisión culposa, la que resulta ser la causa directa de la sustracción de especies, que mantenía en posesión según los títulos que la norma dispone y en razón de las directas funciones que el sujeto desempeña en el servicio.<sup>104</sup> Para sancionar la conducta del agente, según esta norma, debe darse un nexo causal entre el abandono o negligencia inexcusable y la sustracción por terceros.<sup>105</sup>

Es pertinente señalar que existen excepciones y casos en los que a pesar de detentar la posesión no se incurre en este delito. Este es el caso, por ejemplo, de quien fuera contratado por una municipalidad y que debió realizar labores de jefe de finanzas en forma excepcional, por falta de personal en dicha corporación.<sup>106</sup>

Encontramos en nuestra jurisprudencia diversos casos de malversación culposa. Así, en un fallo de la Excma. Corte Suprema de 1971, se señala que incurre en este delito el empleado público que teniendo a su cargo una caja fuerte, olvida cerrarla o guardar las llaves,

---

<sup>103</sup> Fallos del Mes N° 541. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 15 enero de 2007. P. 190.

<sup>104</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXXII. Sentencia Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena. La Serena, 14 octubre de 1975. P. 227.

<sup>105</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXXXVI. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 25 julio de 1989. P. 40.

<sup>106</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXVIII. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 30 junio de 1971. P. 133.

permitiendo que terceros se apropien de los fondos contenidos en ella.<sup>107</sup> En otro fallo de la Excma. se indica que si bien la existencia del déficit en la caja a cargo del empleado no es una prueba para convencer de que éste haya sustraído los caudales o que esa sustracción se haya verificado con su consentimiento, importa un abandono inexcusable, que lo hace responsable de la malversación prescrita en el artículo 234 del Código Penal.

- Penalidad.

A diferencia de la penalidad establecida para el art. 233, en el artículo 234 del Código Penal, se establece una pena única de suspensión para todos los supuestos.

Se agrega la obligación de devolver las cantidades o efectos sustraídos.

Al respecto la jurisprudencia, en un fallo de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, señala que no es una sanción penal, sino que es obligación general de indemnización.<sup>108</sup> Esta obligación de devolución de lo sustraído no formaría parte de la pena.

#### 2.2.2.5 Fraude al Fisco

Esta disposición se encuentra tipificada en el artículo 239 del Código Penal, y reza de la siguiente forma

Artículo 239. El empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo.

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

---

<sup>107</sup> Gaceta de los Tribunales N° 58. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 8 enero de 1938. P. 305.

<sup>108</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXII. Sentencia Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago. Santiago, 24 junio de 1965. P. 213.

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

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

Labatut define fraude o defraudación como "el logro abusivo de una ventaja patrimonial en perjuicio de tercero. En estos fraudes el perjudicado es generalmente el Fisco."<sup>109</sup>

El sujeto activo en este tipo penal debe ser un empleado público, según señalan Rodríguez y Ossandón<sup>110</sup>, no es necesario que pertenezca al mismo ente defraudado, pero si debe tratarse de un empleado público que debe intervenir en el proceso en razón de su cargo. Como señalan los autores, puede ser cualquier tipo de intervención, siempre y cuando que al funcionario le quepa un cierto grado de responsabilidad en el procedimiento y en las decisiones. Existe jurisprudencia que indica que el delito se puede cometer por acción u omisión, según el texto legal. esta disposición contempla dos formas de delitos cometidos por empleados públicos: la defraudación directa, al originar pérdidas o privación de lucro legítimo, y la defraudación indirecta, por permitir que un tercero cause las mencionadas pérdidas o privación de lucro legítimo. Es decir, puede darse una conducta activa o una conducta pasiva por parte del funcionario.<sup>111</sup>

Además se ha señalado que no puede ser autor del delito el funcionario que dispone de los fondos, sino otro que los obtiene de éste. En este sentido existe jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, que indica que el tipo penal, supone por esencia un comportamiento doloso, concertado para defraudar, destinado al engaño, falsedad, encubrimiento de la realidad, que desembocan en un daño patrimonial a cualquiera de las instituciones nombradas en dicha norma.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Labatut. Op. Cit. P. 83.

<sup>110</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Op. Cit. P. 417.

<sup>111</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LVII. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 9 noviembre de 1960. P. 239.

<sup>112</sup> Fallos del Mes N° 550. Sentencia Excma. Corte Suprema de Chile. Santiago, 1 septiembre de 2008. P. 560.

Esto, de acuerdo al autor, lo hace muy difícil de conciliar con la exigencia de que la defraudación debe ser efectuada por un funcionario público que actúa en razón de su cargo. En este caso la víctima no puede coincidir con el ente público pues debe ser distinto, el perjuicio en la estafa se produce desde fuera, por ende, debiera haber un funcionario público

Nos parece interesante para efectos de contraponer posiciones citar a Guzmán Dalbora, en uno de sus artículos <sup>113</sup> donde señala que habría una especie de error conceptual al caracterizarse este delito en Chile como uno contra la "probidad administrativa", pues si bien el incumplimiento de ciertos deberes inherentes al cargo del funcionario puede representar una irregularidad disciplinaria, no necesariamente nos encontraríamos frente a un bien jurídico digno de tutela penal. Señala el autor que para que el bien jurídico sea digno de tutela penal, el mal funcionamiento interno de la Administración debe afectar el servicio que se entrega a los administrados.

- Bien jurídico protegido.

De acuerdo a lo señalado por Guzmán Dalbura, el bien jurídico principal protegido por la norma es de contenido patrimonial. En segundo lugar tenemos la imparcialidad y probidad con que deben desempeñarse las funciones públicas. Sigue señalando el autor que, debe tratarse de "operaciones" provistas de un contenido económico entre un particular y un ente público, aunque el presupuesto base de la acción es la intervención del empleado "en razón de su cargo", tal como se ha visto en los tipos anteriores, y como señala la doctrina mayoritaria el funcionario debe intervenir en razón de sus funciones, de no poseer esta característica, el autor responderá por los delitos comunes que se configuren, con su responsabilidad agravada por el art 12 del Código Penal.

#### 2.2.2.6 Análisis de las variantes del delito de malversación

- a. Por distracción o desfallo.

Señala el artículo 235 del Código Penal "El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo,

---

<sup>113</sup> Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal, 2011 [http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/3a63d3614ea8e1b595979ebad09cd94a.pdf] P. 160-161

sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad, que hubiere sustraído.

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro”.

Señala la doctrina, que para que la distracción sea constitutiva de delito, ha de llevar implícito el ánimo de comportarse como dueño, pues el uso de la cosa reconociendo dominio ajeno, no es susceptible de sanción.

De acuerdo a la jurisprudencia, el objeto material sólo incluye caudales o efectos públicos. Los caudales o efectos a que se refiere el artículo 235 son exclusivamente los caudales o efectos públicos colocados a cargo del empleado por mandato de la ley, a diferencia de los artículos 233 y 234, que comprenden también aquellos de procedencia de los particulares.<sup>114</sup>

Caracteriza esta figura delictiva la distracción transitoria de los fondos con ánimo de restituirlos.<sup>115</sup> El reintegro de los fondos sustraídos es un elemento o condición esencial para fijar el hecho punible del artículo 235 del Código Penal.<sup>116</sup> Debe ser realizado por el encargado, no por el fiador. El reintegro efectuado por el fiador del reo no es un acto voluntario y espontáneo del reo sino sólo el cumplimiento de una obligación legal.<sup>117</sup>

Este delito se consuma desde que el empleado distrae los caudales transitoriamente, con miras a reintegrarlos.<sup>118</sup>

Respecto a esta norma, se ha suscitado toda una discusión que bien explica Juan Mañalich, y que a grandes rasgos dice relación con cómo se efectúa por la doctrina y la

---

<sup>114</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LIV. Sentencia Excma. Corte Suprema. Santiago, 22 octubre de 1957. P. 390.

<sup>115</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXXXII. Sentencia Excma. Corte Suprema. Santiago, 6 diciembre de 1985, P. 260.

<sup>116</sup> Gaceta de los Tribunales, N° 56. Sentencia Excma. Corte Suprema. Santiago, 7 mayo de 1935. P. 261

<sup>117</sup> Gaceta de los Tribunales N° 82. Sentencia Excma. Corte Suprema. Santiago, 15 octubre de 1930. P. 311.

<sup>118</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXVI. Sentencia Excma. Corte Suprema. Sentencia 14 octubre de 1969. P. 296.

jurisprudencia, la diferenciación entre los ámbitos típicos del delito de peculado y el inciso 2° del artículo 235, al cual se le hacen aplicables las penas del delito de malversación de fondos públicos.

Para ejemplificar un caso en el cual se emplea este artículo, citaremos un fallo de la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco, en el cual, el acusado, funcionario de la Municipalidad Villarrica, quedó temporalmente a cargo de la caja de Tesorería y, con ocasión de ello no ingresó ni contabilizó dos órdenes de ingreso, por \$63.303 cada una, que correspondían a pagos efectuados por contribuyentes de patentes municipales temporales, aplicando esos valores a usos propios, personales. Dichas sumas fueron reintegradas por el funcionario, no causando dicha distracción daños ni entorpecimiento del servicio público. En consecuencia se ha cumplido la figura de menor gravedad sancionada en el inciso 3° del artículo 235.<sup>119</sup>

En relación a la culpabilidad, este delito requiere dolo directo. Por otra parte, se trata de un delito de resultado, de consumación instantánea, debiendo agregarse en este punto que la devolución no borra la criminalidad, sino que sólo atenúa la pena.

#### b. Aplicación pública diferente.

Se encuentra tipificado en el artículo 236 del Código Penal, “el empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.” Este artículo fue tomado de manera casi textual del artículo 320 del Código Penal español de 1850.

Este tipo penal consiste en la aplicación de fondos públicos a propósitos diversos de aquellos a los que estaban destinados, pero de la misma naturaleza, sin que dichos fondos

---

<sup>119</sup> Revista Procesal Penal, año 2002. Sentencia Itma. Corte de Apelaciones de Temuco. Temuco, 4 septiembre de 2002. P.191.

vayan en beneficio del autor de dicha desviación, evidentemente, la destinación debe ser distinta de aquella a la que dichos fondos fueron destinados originalmente.

De acuerdo a lo que señala el autor Luis Collao, el destino de los fondos es aquel que la ley señala, y de no estar regulado en la ley, en reglamentos o decretos, trae como consecuencia que se debe recurrir a diversas disposiciones distintas a la regulación penal para determinar cuando se configura el ilícito.

En virtud de lo anterior, es que este y otros autores llegan a la conclusión de que esta se trata de una ley penal en blanco, porque la tipicidad de la conducta depende de que se hayan infringido otras disposiciones que exceden el ámbito del Derecho Penal.

El autor Villada, señala en relación al elemento subjetivo del tipo, que el funcionario debe obrar con conciencia, esto es, conociendo que está infringiendo las normas de determinada reglamentación.

Por otra parte, el daño efectivamente verificado, respecto del servicio al que estaban destinados los dineros, no modifica la naturaleza formal del delito, configurándose sólo como circunstancia agravante de la pena<sup>120</sup>.

Respecto al elemento subjetivo recién mencionado, hay otra posición doctrinaria que indica que se trataría de un delito formal, el cual se perfecciona por la simple aplicación distinta de la debida, aduciendo a que ella debe ser arbitraria, caprichosa, sin justificación.

- Discusión en torno a su tipificación en el Derecho Penal.

Existe una gran parte de la doctrina que señala que habría una infracción a los deberes del funcionario, mas no de la entidad suficiente para ser considerado punible en materia penal, en consideración además a que no existe un perjuicio material para la Administración Pública, pues no se trata de una sustracción, sino de una desviación, debiendo haberse tratado más bien como un ilícito administrativo.

Sin embargo, otra parte de la doctrina, si bien reconoce los puntos anteriores, justifica su sanción penal desde que se trata de velar por el orden económico de los bienes del Estado, y

---

<sup>120</sup> Villada, Luis, Op. Cit. P. 400.

por otra parte, no es obstáculo que no exista daño material para el Estado, pues no todas las disposiciones relativas a la malversación de fondos públicos contemplan daño material.

En sentencia del año 1997, la Excma. Corte Suprema ha señalado que tres son los requisitos que el Código Penal establece para la concurrencia del tipo penal contemplado en el artículo 236 “a) el sujeto activo, que como en todas las demás formas de malversación, debe ser un empleado público que tiene a su cargo en razón de sus funciones caudales o efectos públicos de particulares; b) existencia de un acto de aplicación de esos caudales a fines públicos diversos de aquéllos a que estuvieren destinados; y c) elemento subjetivo que se traduce en la especie principal de culpabilidad, el dolo...

... Que el segundo elemento, esto es, el acto de otorgar a los caudales una aplicación pública diferente de la que tuvieren destinada, es propiamente el objeto en que consiste el delito y que lo diferencia de las otras formas de malversación que sanciona nuestro Código Punitivo.

En efecto, en los artículos 233 y 235, se parte del supuesto de un sujeto activo calificado, el funcionario público, que sustrae los caudales puestos a su cargo en razón de sus funciones y en cambio el hecho tipificado en el artículo 236 no puede regirse por ese esquema, pues la acción en que consiste no es una sustracción, sino la desviación de los caudales públicos autorizados a otros fines también públicos, pero indebidos y es precisamente para resolver por cuál delito debe ser sancionado el encausado este requisito (sic) el que debe relacionarse con lo que preceptúa el artículo 233 del Código Penal para determinar si se ha producido la violación que denuncia el recurso”...<sup>121</sup>

En cuanto al objeto jurídico de este delito, ha señalado la jurisprudencia, que el contenido de injusto de la aplicación pública diferente tiene en cuenta la regularidad administrativa en la gestión de los recursos económicos de la Administración, en especial, el leal acatamiento de los propósitos del Estado y de los fines de beneficio colectivo a los que éstos responden, que viene a ser el objeto jurídico específico de la infracción, por ello no representa obstáculo que la conducta no irroque daño o entorpecimiento al servicio público.

Si no hay daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse los efectos, es delito de mero peligro para los recursos económicos del Estado. Cuando se produce

---

<sup>121</sup> Revista Legal Publishing; CL/JUR/1890/1997; 14212

dicho daño o entorpecimiento, se trata de un delito de lesión, pues hay privación de sustento financiero, con consecuencias nocivas para la actividad pública de que se trate, y perjuicio para los administrados. .<sup>122</sup>

El precepto exige como modalidad de comisión arbitrariedad en el actuar del funcionario. No resulta posible sostener que un funcionario actúe de forma arbitraria o caprichosa cuando efectúa una aplicación pública diferente destinada a una mayor eficacia del Servicio para hacer frente a una contingencia. En esos casos, puede representar algún ilícito administrativo, mas no el señalado en el artículo en comento.<sup>123</sup>

Este delito se consuma por el hecho de dar a los caudales o efectos públicos un destino distinto de aquel al que se encuentran afectos, resulte o no daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse.<sup>124</sup>

c) Negativa a un pago o entrega.

Su antecedente histórico es el artículo 321 del Código Español de 1850. Está regulado en el artículo 237 del Código Penal, y señala “Art. 237. El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio. Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.”

En esta norma penal encontramos dos hipótesis:

- El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin motivo legítimo.
- El empleado público que requerido por orden de autoridad competente, rehúse la entrega de aquella cosa que se encuentra bajo su custodia o administración.

---

<sup>122</sup> Revista Legal Publishing; CL/JUR/4876/2002; 30788\_CA

<sup>123</sup> Gaceta Jurídica N° 189. Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Santiago, 26 marzo de 1996, P. 143.

<sup>124</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo LXIII. Sentencia Excma. Corte Suprema. Santiago, 18 abril de 1966. P. 84.

El sujeto activo de este delito debe ser un tenedor de fondos del Estado, si entre sus funciones no está la de pagar, o si no existen fondos para aquello, entonces nos encontraremos frente a una acción atípica.<sup>125</sup>

En el mismo sentido, señala Alicia Vieira<sup>126</sup>, existen situaciones en que un empleado tenga la obligación de efectuar un pago, pero “no puedan ni deban hacerlo en ciertas circunstancias por motivos legítimos y justificados, como por ejemplo, cuando no se les han suministrado los fondos necesarios para efectuar el pago, o cuando han recibido órdenes de autoridad competente para suspenderlo. En estos casos no existirá la responsabilidad criminal del empleado.”

El objeto sobre el que recae este delito son los fondos o cosas, excluidos los de particulares.

De acuerdo a lo que señalan los profesores Ossandón y Collao<sup>127</sup>, este artículo tipifica esencialmente delitos de mera desobediencia de órdenes de la autoridad o de disposiciones administrativas. Se trataría nada más que de ilícitos administrativos.

Tal como puede desprenderse del texto de la norma, este tipo se diferencia totalmente del resto de las disposiciones que comprende el delito de malversación de fondos públicos, pues el funcionario no se apropia de los bienes que tiene a su cargo, ni los destina a otra finalidad, como puede verse en las otras disposiciones, sino que el funcionario se rehúsa a un pago sin causa bastante y rehúsa la entrega de una cosa.

Por lo anterior, es que al interior de la doctrina se critica esta disposición, en el sentido de que más pareciera que nos encontramos frente a un ilícito administrativo como antes se señaló.

Para el autor Álvaro Bunster, este delito no constituiría técnicamente malversación, no existe un atentado contra los intereses patrimoniales del Estado, ni tampoco contra la regularidad en la administración de los fondos.

---

<sup>125</sup> Guzmán Dalbora, Luis. Op. Cit. P. 354.

<sup>126</sup> Vieira Volpi, Alicia. Op. Cit. P.83.

<sup>127</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María. Op. Cit. P.411.

La ubicación de esta disposición de acuerdo al autor, se debe a que de todas formas se trata de una actuación funcionaria que se vincula a los intereses patrimoniales de la Administración.<sup>128</sup>

#### 2.2.2.7 Juicio de cuentas

En relación al delito de malversación de fondos públicos, el papel de la Contraloría es el de realizar la revisión de la rendición de cuentas respecto de los funcionarios públicos que habrían cometido este delito, como cuestión de previo y especial pronunciamiento, anterior a la sustanciación del proceso ante la justicia ordinaria.

A este respecto, señala el artículo 89 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República “La persona autorizada para girar o invertir los fondos será responsable de la oportuna rendición de las cuentas y de los reparos u observaciones que éstas merezcan.

Se exceptúan de esta regla los alcaldes municipales, en cuyo caso son responsables los Tesoreros Comunales.”

Por otra parte, el artículo 81 del mismo cuerpo legal indica “Si las cuentas no fueren presentadas dentro del plazo legal o del plazo adicional que otorgue el Contralor, podrá este suspender al empleado o funcionario responsable.”

Pero la norma que ratifica el papel de la Contraloría en la etapa previa a la sustanciación del juicio penal se encuentra en el artículo 67 de la ya mencionada ley, que señala “Si de cualquiera investigación, examen o revisión que practique la Contraloría, resultare que se ha cometido malversación de fondos públicos, soborno, cohecho u otro delito semejante, se pasarán los antecedentes a la autoridad judicial competente.”

El juicio de cuentas es un procedimiento administrativo, y que si bien tiene una finalidad esencialmente civil, no por ello deja de tener un papel importante para efectos de determinar la responsabilidad penal que la comisión del acto pueda generar.

Nos parece ilustrativo indicar algunas cuestiones relevantes en torno a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. Esta se encuentra regulada en la LOCGR. Dicha responsabilidad se establece a través de un procedimiento judicial que se realiza al interior de

---

<sup>128</sup> Bunster, Álvaro, Op. Cit. P 124.

la Contraloría, cuya fuente normativa es el artículo 98 de la Constitución Política de la República.

Procederemos a examinar brevemente el procedimiento del juicio de cuentas, en atención al papel relevante que a nuestro parecer tiene en la determinación de la posible responsabilidad que le puede caber a los funcionarios públicos en la comisión de ciertos ilícitos, y en lo que a nosotros nos interesa, en la malversación de caudales públicos.

Quienes administran los recursos públicos se encuentran sujetos a la fiscalización de la Contraloría, debiendo dentro del año calendario, o dentro del plazo que señale el Contralor, o cumplida la necesidad pública, dar cuenta al órgano contralor de su “exacto y documentado destino”.<sup>129</sup> El procedimiento del juicio de cuentas se va a iniciar como consecuencia del Examen de Cuenta que la Contraloría debe efectuar, cuando se considera que una cuenta no ha sido rendida o presentada a su revisión en forma legal.

A continuación una breve descripción de las etapas que integran el denominado juicio de cuentas:

- Inicio del juicio de cuentas: Se origina como resultado del examen de cuentas o como resultado de un juicio administrativo o investigación sumaria. Se constituyen como partes el cuentadante y el Fiscal de la Contraloría General, y conoce el Sub-Contralor General.

- Período de discusión: alegación y defensa que se inicia con la demanda (reparo). Una vez emplazado el cuentadante, comienza el plazo que este tiene para contestar, en caso de que no se evacue dicho trámite por el cuentadante, se declarará de oficio en rebeldía.

Con posterioridad el Jefe de División o Contralor Regional que realizó el reparo, debe emitir informe en el plazo de 30 días. Recibido dicho informe por el Fiscal, éste debe evacuar la réplica.

---

<sup>129</sup> Ruiz Pulido, Guillermo. Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos. Disponible en internet <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/40257fc0-1c94-45e9-b600-84f55091cc3a/5-%22ENSAYO+ACERCA+DE+LA+MALVERSACION%20DE+CAUDALES+PUBLICOS+Y+DISTRACCION%20DE+LOS+MISMOS%22+Guillermo+Ruiz+Pulido.pdf?MOD=AJPERES>

- Etapa probatoria: El juez puede abrir un término probatorio de 15 días, prorrogable. En este plazo las partes pueden aportar los medios de prueba que estimen convenientes. Se consideran medios de prueba los documentos que se acompañen a la contestación de los reparos, medidas para mejor resolver que dicte el juez de primera instancia y todos los medios de prueba que las partes aporten posteriormente a la contestación.

- Etapa decisoria: Luego de finalizados todos los trámites y vencidos los plazos, el expediente quedará en estado de sentencia, que debe ser dictada en un plazo de 30 días desde la última diligencia. Se notificará personalmente al cuentadante y al Fiscal.

- Recursos procesales: en el juicio de cuentas proceden dos recursos, el de apelación y el de revisión.

El Tribunal de segunda instancia se compone por el Contralor General, quien preside dicho tribunal, y por dos abogados destacados designados por el Presidente de la República.

Recurso de apelación: El artículo 119 de la Ley N° 10.336, establece que procede recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, el tribunal tiene 30 días para pronunciarse desde que se concede el recurso. Si alguna de las partes desea rendir prueba, el tribunal de oficio o a petición de parte, puede fijar un término probatorio de un máximo de 10 días. La notificación de este fallo debe ser personal.

Recurso de revisión: procede recurso de revisión contra resolución firme o ejecutoriada, de segunda instancia, con independencia de si es apelable o no, se interpone ante el mismo tribunal de segunda instancia, cuyo plazo de interposición será de 3 o 6 meses, según si el recurrente reside o no en territorio nacional, desde la notificación del fallo que se recurre.

- Cumplimiento: la sentencia dictada tiene mérito ejecutivo, y respecto de esta sólo procede la excepción de prescripción, pago o falta de emplazamiento.

Si dentro de tercer día de producido el requerimiento por el juez de primera instancia no se produjera el pago de lo que se ordenare reintegrar, se aplicará un interés penal de 1% mensual más las sanciones administrativas y penales que correspondan. Por lo demás, la ley establece

otros medios para obtener el cumplimiento del fallo, como el descuento directo de las remuneraciones del demandado, y las acciones que procedan de acuerdo a la justicia ordinaria.<sup>130</sup>

- Presunción del artículo 158.

Brevemente haremos referencia a la presunción establecida en este precepto. Señala el artículo 158 de la ley 10.336 “Cuando un empleado, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores”. Por otra parte, el inciso tercero del artículo 67 del mismo cuerpo legal indica “En aquellos procesos, el Contralor o sus delegados prestarán su declaración por medio de informes, en los casos en que sea solicitada, y tales informes constituirán una presunción grave para los efectos de establecer la responsabilidad penal de los procesados.”

Sin perjuicio de que, como puede desprenderse de las normas citadas, la ley establece presunción de responsabilidad si se cumplen los supuestos señalados, seguiremos en este punto a don Guillermo Ruiz Pulido<sup>131</sup>, quien señala que las presunciones legales o simplemente legales perdieron su valor cuando se reformó el sistema procesal penal, lo que se fundamenta en las disposiciones que establecen la libertad de prueba y sobre valoración de la prueba, que, de acuerdo a lo que señala este autor, las hace incompatibles con la libertad de prueba que el Código Procesal Penal establece, pues lo que hace la presunción legal es “forzar” al juez a creer en un hecho, por ende, y como conclusión al respecto, las presunciones que en esta materia establece la ley 10.336 actualmente carecerían de valor en materia penal.

---

<sup>130</sup> III Versión Seminarios; Probidad y Transparencia para la Administración, El Juicio de Cuentas. Marcelo San Martín Cerruti. Disponible en internet [www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/.../Html/.../JuicioCuentas.doc](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/.../Html/.../JuicioCuentas.doc)

<sup>131</sup> Ruiz Pulido, Guillermo. Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos. Disponible en internet <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/40257fc0-1c94-45e9-b600-84f55091cc3a/5-+%22ENSAYO+ACERCA+DE+LA+MALVERSACION%20DE+CAUDALES+PUBLICOS+Y+DISTRACCION%20DE+LOS+MISMOS%20Guillermo+Ruiz+Pulido.pdf?MOD=AJPERES>

## **CAPITULO III: ANÁLISIS CRÍTICO**

### **3.1. IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA DE LOS DELITOS PENALES DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y SOBORNO COMO CAUSALES DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL.**

La acusación constitucional supone un mecanismo de control a la gestión administrativa, con el fin de establecer límites al ejercicio del poder político. En un Estado democrático la norma constitucional debe ser efectiva, y dicha efectividad se vale de diferentes medios.

Según lo señala Manuel Aragón se distingue entre la legitimación democrática del poder, que se manifiesta en la soberanía nacional; la legitimación democrática de las decisiones del poder público, que se materializa en la ley como emanación de la voluntad general; y la limitación material del poder, concretada en los derechos fundamentales; la limitación funcional del poder, mediante el mecanismo de división de poderes; y la limitación temporal del poder mediante elecciones periódicas<sup>132</sup>.

En el Estado democrático de derecho surge la necesidad de prevenir y sancionar las ilegalidades cometidas por quienes ejercen la función pública. Por lo mismo, la acusación constitucional es un mecanismo de control conferido al Congreso, en donde él mismo falla como jurado al decidir la acusación, apreciando los hechos en conciencia.

Dentro de las diferentes causales, se contemplan los delitos de malversación y soborno (cohecho), los cuales son respecto de determinados funcionarios públicos, antes mencionados en el presente trabajo. A nuestro criterio sigue siendo muy relevante los delitos enunciados como causales de acusación, debido a la contingencia no sólo nacional sino también sudamericana.

Si bien en Chile no existen antecedentes directos de acusaciones constitucionales respecto a delitos de malversación de fondos públicos y soborno, consideramos que dichos delitos penales son necesarios para cumplir la finalidad de prevenir y evitar la corrupción.

---

<sup>132</sup> Seamen Espinoza, Lizzy. Op. Cit. P. 7.

Debido a la evolución de la sociedad contemporánea, es importante hacer frente a la corrupción y sus consecuencias, que atentan gravemente la gobernabilidad, la democracia y el desarrollo socio económico de una nación. La corrupción no permite que los ciudadanos sean los beneficiarios de los bienes y servicios públicos como debe ser.

Al ser la malversación de fondos públicos y el soborno causales de acusación constitucional, se le entrega un poder denunciante al Congreso Nacional, el cual debe velar por la probidad de quienes desempeñan cargos públicos. Asimismo, al ser señalados en la Constitución dichos delitos, se les confiere gravedad a su comisión.

### **3.2 CRÍTICAS Y DISCUSIONES EN TORNO A LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y SOBORNO COMO CAUSALES DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL**

Como se ha señalado anteriormente, el cohecho como causal de acusación constitucional se contempla expresamente respecto de los Ministros de Estado.

Fue ampliamente discutido en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, incluirlos dentro de los funcionarios susceptibles de ser sujetos de acusación constitucional, pues se hacía necesario tener certeza respecto de cuál es el tipo de responsabilidad por el cual debían responder los Ministros<sup>133</sup>. Esto, pues en opinión de diversos autores, esta se trata de responsabilidad jurídica, ya que responden de su responsabilidad política frente al Presidente de la República.

Existe otra parte de la doctrina que disiente de dicha opinión, entre ellos el profesor Francisco Zuñiga, quien expone lo siguiente *“pasa por disociar el control político de la responsabilidad política (...) y al mismo tiempo reconocer la especificidad de la responsabilidad penal funcionaria y divisibilidad de responsabilidades. De este modo, por una parte, la responsabilidad política directa del Gobierno, supone una relación fiduciaria Gobierno-Parlamento rodeada de ciertas formas (racionalizada), pudiendo revestir incluso el carácter de responsabilidad colectiva-objetiva en razón de la configuración del órgano*

---

<sup>133</sup> Ulloa Aguilón, Jorge. Op. Cit. P.52.

*gubernamental, y por otra, la responsabilidad penal exige nexo causal, personalización, legalidad penal y tipicidad, y ciertamente, tribunal, instrucción, prueba, valoración de la prueba y juzgamiento conforme a la ley (Díez-Picazo, Loewenstein). Por todo ello no resulta correcto caracterizar esta responsabilidad como "política" o "penal", y en consecuencia afirmamos que esta responsabilidad constitucional del Gobierno es un mixtum jurídico-político.*"<sup>134</sup>

Con independencia de cuál es la postura a la que se adscriba, respecto a la naturaleza de la responsabilidad de los Ministros de Estado en la acusación constitucional, desde nuestro punto de vista, y como lo señala parte de la doctrina, esta responsabilidad presenta, entre otros problemas, la discrecionalidad en cuanto a la interpretación de la normativa aplicable, lo cual deja esta herramienta al arbitrio de la fuerza política preponderante en el Congreso para su uso caprichoso.

A este respecto cabe abordar una discusión que se ha suscitado a propósito de a que funcionarios públicos se les aplica dicha causal, más específicamente si en la actual redacción de la norma es dable aplicar el delito de soborno como causal de acusación constitucional a los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, por una parte, y por otro lado, una modificación legal que contemple el soborno como causal aplicable a toda la magistratura.

Examinaremos el primer punto mencionado, y lo abarcaremos desde el análisis de la causal "notable abandono de deberes" y de si es posible que en ella se comprenda el delito de cohecho.

El alcance de esta expresión ha suscitado un debate entre aquellos que consideran que delitos como el soborno se encuentran incluidos dentro de la expresión notable abandono de deberes y aquellos que consideran que, entre otras causales, el soborno (o cohecho) no se encuentra incluido.

A continuación, explicamos las implicancias e inconveniencias de cada una de las posiciones:

---

<sup>134</sup> Zuñiga, Francisco, Responsabilidad Constitucional del Gobierno. Disponible en internet [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000200003#nota11](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200003#nota11)

a. Argumentos de quienes opinan que el cohecho se encuentra contemplado en la disposición:

Así queda de manifiesto en el texto que contiene la acusación del Ministro don Servando Jordán<sup>135</sup>, el cual procedemos a citar *“Así, si bien la Constitución dispone que la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva la responsabilidad de los miembros de la Corte Suprema frente a los delitos de cohecho (...) y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones (art. 76 de la Carta Política) ello no puede impedir, de acuerdo con todo lo relacionado, a que esta Cámara de Diputados en el uso de sus atribuciones exclusivas y excluyentes, pueda declarar que ha lugar la acusación constitucional frente a un magistrado del más alto Tribunal de la República prevaricador o cohechable. Pues la Constitución no se limita en esta materia a la responsabilidad jurídica del infractor o del que abusa del poder, sino que persigue la responsabilidad política de aquél. En otras palabras, esta honorable Cámara de Diputados constituye el brazo visible de la sociedad nacional que persigue y castiga al magistrado, o aquél que falta gravemente a sus obligaciones constitucionales y legales.”*

Nos encontramos frente a una interpretación amplia del texto constitucional por parte de la Cámara de Diputados en el texto señalado, en el cual si bien se reconoce que la Constitución Política indica en uno de sus articulados que es la ley la que va a determinar la forma en la que se van a perseguir los delitos del artículo 76 de dicho cuerpo normativo, su texto de ninguna forma lo hace incompatible con la facultad de la Cámara de Diputados de acoger a tramitación la acusación constitucional en contra de un Ministro de los Tribunales Superiores de Justicia, esto, como consecuencia, de una interpretación extensiva del concepto de notable abandono de deberes.

b. En la posición contraria, están quienes consideran que el soborno y otros delitos penales no se encuentran incluidos dentro de la norma constitucional.

---

<sup>135</sup> Acusación Constitucional Presidente de la Excm. Corte Suprema señor Servando Jordán López. Disponible en internet <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44103/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalJordan.pdf>

En la acusación de 1868 contra los Ministros de la Corte Suprema, en su informe de minoría, queda de manifiesto esta posición, expuesta por el diputado Domingo Arteaga *"Me parece dudoso que en la expresión 'notable abandono de los deberes de un magistrado' puedan comprenderse todos los delitos y crímenes de que el mismo magistrado puede hacerse reo. De un juez que infringe maliciosamente la ley o que estampa a sabiendas falsos considerandos en sus sentencias, se dice en nuestro idioma que ha cometido el delito de prevaricación, o de torcida administración de justicia, al paso que puede decirse con razón de otro juez que ha incurrido en notable abandono de sus deberes, aunque no haya llegado a hacerse prevaricador. Creo, pues muy cuestionable que el artículo 38 (29) de nuestra Carta Fundamental haya querido someter a la jurisdicción del Senado a los Magistrados Superiores del orden judicial por todos los delitos y crímenes que pueden cometer. Si tal hubiere sido la mente del legislador, no se concibe por qué no lo habría expresado claramente, como podía hacerlo. Además, es imposible desconocer la gran suma de peligros e inconvenientes que afecta esa ilimitada jurisdicción ejercida por un cuerpo político irresponsable, cuyos miembros no tienen que sujetarse a ninguna regla fija de procedimientos, ni es seguro que posean siempre la competencia bastante para juzgar ciertos delitos"*.

Hay dos puntos argumentativos que podemos rescatar del texto que acabamos de citar; por una parte, si el legislador hubiera tenido la voluntad de incluir todo tipo de delitos penales, o ciertos delitos penales como causal de acusación constitucional, lo habría hecho de manera expresa, sin dejarlo al arbitrio del intérprete. Por otra parte, se deja ver la dificultad de dejar en manos del Congreso la facultad de juzgar a los integrantes del Poder Judicial, principalmente, pues parece dudoso que todos los integrantes del poder legislativo cuenten con todas las competencias necesarias para el juzgamiento de toda clase de delitos.

Otra línea argumental, en favor de esta postura, proclama como principal fundamento para defender una interpretación restrictiva del concepto de notable abandono de deberes, como contenedor de diversas causales adicionales de acusación constitucional, es aquella que dice relación con la separación de funciones y la independencia del Poder Judicial. Se ha señalado, por ejemplo, que al formular una acusación constitucional contra los Ministros de la Corte se le está otorgando al Congreso Nacional la facultad de superponérsele, con las consecuencias propias de un hecho como este.

## Modificación al artículo 52 N°2

Existe una parte de la doctrina que señala que las causales del artículo 52 N°2, letras a), b), c), d), entre las cuales se encuentran incluidas las causales en estudio, no serían compatibles con el régimen presidencial que hoy rige en Chile. Entre otras razones, se esgrime que no existe un criterio unificado en cuanto a cómo se aplica, ello, derivado de que la norma se torna insuficiente en su contenido, motivo por el cual, según señala el autor Jorge Ulloa<sup>136</sup>, “no cabe sino intentar la búsqueda de un método correctivo que al parecer va más por el camino de una modificación sustancial al art.52 N°2 en su parte pertinente que por la vía de las interpretaciones, puesto que ellas no son más que el resultado de las conveniencias que para las mayorías circunstanciales que forman la Cámara de Diputados y de Senadores pudieran resultar positivas”.

Actualmente existe en el Senado un proyecto de ley, ingresado el año 2008, que pretende modificar el articulado señalado, en lo que a nosotros nos es relevante, en los siguientes puntos:

Actualmente se contempla en la letra c) del numeral 2 del artículo 52 de la Constitución Política de la República: “los magistrados de los tribunales superiores de justicia y el Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes”, de lo que se entiende, según el mismo proyecto señala, a los Ministros de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones y magistrados de la Corte Marcial.

El proyecto comprende una serie de bases sobre las cuales debiera efectuarse la reforma legal<sup>137</sup>:

*“Violación de las obligaciones previstas en el párrafo séptimo del Título décimo del Código Orgánico de Tribunales, deberes y prohibiciones éstos últimos aplicables a todos los jueces y por ende aplicables a los Ministros de Corte de Apelaciones y Corte Suprema.”*

El artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales establece la responsabilidad de los jueces respecto de varios delitos, el cohecho entre otros.

---

<sup>136</sup> Ulloa Aguilón, Jorge. Op. Cit. P.140.

<sup>137</sup> <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

Una modificación de este tipo zanjaría definitivamente cualquier discusión en cuanto al alcance de la causal de notable abandono de deberes, o si es el caso, la eliminación de dicha causal a cambio de un contenido más específico, lo que evidentemente traería como consecuencia certeza en cuanto a la aplicación del cohecho como causal de acusación constitucional.

Por otra parte, se amplía el rango de aplicación que en la actualidad es sobre los magistrados de Tribunales Superiores, para extenderse a todos los jueces. Ello queda de manifiesto, en el siguiente texto del boletín:

*“No obstante, estimamos que debiera ampliarse el precepto constitucional extendiéndolo a otras personas que desempeñan cargos constitutivos de magistraturas. Ellos son, entre otros, los integrantes del Tribunal Constitucional.”...*

*“Corresponde hacer presente, en primer término que el artículo 92 inciso sexto de la Constitución Política establece que los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles en sus cargos. Esta situación puede sorprender a algunos ya que según estas palabras los miembros del Tribunal Constitucional no están afectos a responsabilidad política quedando excluidos de la nómina de autoridades susceptibles de acusación constitucional. En ese sentido Chile siguió, en su oportunidad, el modelo europeo predominante de control de constitucionalidad.”...*

*“Considerando sus funciones y analizando las normas contenidas en la ley N° 17.997, podemos observar que los ministros del Tribunal se encuentran afectos a causales de implicancia específicas y las aplicables a los jueces en general (artículo 195 del COT), y otras obligaciones que los hacen sujetos, a juicio nuestro, de eventuales responsabilidades políticas.”...*

*“En la especie, el notable abandono de deberes se configuraría sea por la infracción de las normas constitucionales así como las previstas en su ley orgánica constitucional.”...*

Del texto que acabamos de citar, se desprende que de las normas que rigen la existencia o no de responsabilidad política por parte de los ministros del Tribunal Constitucional, no hay uniformidad en cuanto si estos son susceptibles de ser acusados constitucionalmente, si atendemos al artículo 42 de la Constitución Política. Pero, al mismo tiempo, de otra normativa existente en nuestra legislación, entre ellos su ley orgánica constitucional y el Código Orgánico de Tribunales, puede interpretarse por ejemplo, que si les afectan las causales de impiccancias y otras normas sobre responsabilidad de los jueces.

### **3.3 APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE SOBORNO Y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS**

Hemos querido detenernos en este punto, pues más allá del análisis jurídico que puede hacerse al respecto, nos parece necesario tener un acercamiento al ámbito práctico de las causales en análisis, lo que nos lleva a obtener conclusiones más precisas y cercanas a la realidad.

Hablando en términos generales, puede verificarse que respecto de los Presidentes de Estado, ha existido cierta cautela por parte de las Cámaras. Ello tiene su causa en que se trata de un representante popular, y las inconveniencias de enfrentar una posible destitución traerían aparejado un conflicto político - constitucional de grandes proporciones. Por otro lado, y respecto de la acusación constitucional contra los Ministros de Estado, sucede algo muy distinto, y es que al tratarse de autoridades que no necesariamente cuentan con un respaldo democrático, pues son elegidos directamente por el Jefe de Estado, las cámaras tienen mayor libertad de acción para efectos de proceder a la acusación constitucional, que muchas veces se utiliza como una forma de ataque político. En tercer lugar, en lo que dice relación con los tribunales superiores de justicia, no se produce la misma dinámica antes descrita, y su uso es más cercano al espíritu de la norma, sin embargo, no puede desconocerse que su eficacia es cuestionable, tanto por la falta de prueba reglada, como porque en todas las etapas de la acusación son los parlamentarios los que conocen de ella.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> Bronfman Vargas, Alan, El Tipo de responsabilidad perseguida en el juicio político. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/593/560>. P. 116- 117.

Ahora, refiriéndonos específicamente a la revisión de las acusaciones constitucionales que se han llevado a cabo en Chile, puede darse cuenta que las causales en estudio no han tenido mucha utilización práctica, sino más bien de forma secundaria en los textos de acusación constitucional, como consecuencia de otras infracciones, o como antecedente para efectos de formular la acusación.

Uno de los casos que ilustra muy bien lo recién señalado, respecto del soborno (cohecho), es la acusación constitucional contra del ex Ministro de Educación Harald Beyer. Desde el año 1990 hasta el 23 de octubre de 2013, se habían presentado 19 acusaciones constitucionales, de las cuales el Sr. Beyer fue el tercer Ministro de Estado que resultó destituido de su cargo<sup>139</sup>.

Respecto de la acusación, ésta fue presentada a la Cámara de Diputados, tal como lo prescribe el artículo 51 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en tres capítulos para su votación:

- a. Infracción al principio de probidad<sup>140</sup>
- b. No ejercer un control jerárquico permanente sobre los órganos sometidos a su dependencia<sup>141</sup>
- c. Omisión del cumplimiento de las obligaciones ministeriales, particularmente, la de fiscalizar las actividades del sector del Ministerio de Educación.

Si bien, no consta en la acusación la causal de delitos penales, se hace referencia a ellos cuando se le acusa de “Infringir la Constitución o las leyes” y “Dejar sin ejecución las leyes”. Procederemos a citar ciertos pasajes del texto en cuestión:

---

<sup>139</sup> Acusación constitucional a Ministro de Estado Harald Breyer, en línea, disponible en página web de Cámara de Diputados. <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=CUENTADOCUMENTO&prmID=8734>. P. 1-95.

<sup>140</sup> Según el texto presentado, se cita declaraciones del Ministro, tales como “El Mineduc tiene pocas atribuciones de fiscalización en esa materia, y actúa en función de las acusaciones que le llegan”. Se agrega otro pasaje “El Ministerio no tiene facultades específicas para fiscalizar las Universidades, Institutos Profesionales, centros de formación técnicas u otros, como sí lo tienen las superintendencias”.

<sup>141</sup> El artículo 33 de la Constitución Política de la República indica que corresponde al Ministro ejercer las funciones de gobierno y administración de su respectivo sector. La norma señalaría claramente que las responsabilidades de las actuaciones u omisiones ilícitas que cometerán los órganos de un sector corresponde al Ministro.

*“Ya que el Ministro Harald Beyer, en virtud de esas disposiciones, estaba obligado a denunciar dentro de 24 horas los delitos de los que hubiera tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones, particularmente del eventual delito de cohecho en los casos vinculados a la Comisión Nacional de Acreditación, respecto de lo cual tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado actuaron de manera mucho más diligente que el Ministro obligado a denunciar.”*

*“Lamentablemente, frente a antecedentes concretos y explícitos de cohecho en materia de acreditaciones universitarias, dicho Secretario de Estado omitió un deber de denuncia.”*

*“En ese informe, que le fue entregado oficialmente, hay antecedentes sobre hechos que revisten caracteres de delito (figuras de estafa, fraude al Fisco, cohecho, soborno, lavado de activos) que el Ministro no denunció, teniendo la obligación legal de hacerlo.”<sup>142</sup>*

Como queda de manifiesto, en este caso, se increpa al Ministro su obligación de denunciar respecto de un delito que se estaba cometiendo en su cartera, se aborda el delito de cohecho como resultado de una actuación negligente, como consecuencia de otra causal, el cual es dejar sin ejecución las leyes, esto es, como uno de los fundamentos que soporta la acusación.

Sin embargo, en definitiva no se acusó al Sr, Harald Beyer por delito de cohecho, ya que este delito se nombra en el libelo de la acusación con la finalidad de representar las consecuencias la falta de fiscalización y la no observancia a las leyes en que hubiere incurrido el Ministro en sus funciones.

Similar situación acontece en el caso de la malversación de caudales públicos, delito en que se invierte ilícitamente los caudales públicos o equiparados a ellos en usos distintos a los que están destinados, causal que casi no tiene utilización directamente, en cuanto tal, en casos de acusación constitucional, sino más bien como consecuencia de la infracción de otras

---

<sup>142</sup> Acusación Constitucional Harald Beyer. Disponible en [https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjf8L3A\\_KzMAhUUKKiYKHfykB5YQFggpMAI&url=https%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Ftrabajamos%2Fcomision\\_portada.aspx%3FprmID%3D729&usg=AFQjCNFQ5iMS5kmsRX-PoZWb74F-x8mn2Q&sig2=k6uU\\_q7Prg5OLzjPcXI0Dg](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjf8L3A_KzMAhUUKKiYKHfykB5YQFggpMAI&url=https%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Ftrabajamos%2Fcomision_portada.aspx%3FprmID%3D729&usg=AFQjCNFQ5iMS5kmsRX-PoZWb74F-x8mn2Q&sig2=k6uU_q7Prg5OLzjPcXI0Dg)

normas por parte del acusado, que por lo general suele ser la falta de observación de otras disposiciones.

Por lo tanto, en relación al delito de cohecho y malversación de caudales públicos en la acusación en contra del Sr. Beyer, sólo tienen categoría consecuencial, y no forman parte alguna de la acusación constitucional en su contra.

Es el caso, por ejemplo, de la acusación constitucional en contra de la ex Ministra Yasna Provoste, autoridad que, entre otros, se le acusó de: falta de control de control y fiscalización de la Ministra respecto de sus subalternos; haber incumplido su obligación de hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios respectivos; no aplicación de sanciones graves a la ley de subvenciones, etc. Todas estas actuaciones habrían derivado en que se propiciara la comisión de delitos de fraude y malversación, lo que reafirma lo antes señalado por nosotros, en cuanto a que la causal en comento tiene más que nada un uso secundario.

Es en atención a lo anterior, que cabe preguntarse cuál es el motivo que impide la utilización de estas causales como fundamento directo de una acusación constitucional, lo que debiera llamarnos la atención, en pos de una reformulación de la norma, en la actualización de su contenido y en un replanteamiento de la misma.

## CONCLUSIONES

En este último apartado de nuestra memoria, cabe hacer mención a lo que postulamos inicialmente en nuestra investigación. Existe escasa referencia a los delitos de malversación de caudales públicos y soborno como causal de acusación constitucional en nuestra doctrina, lo cual nos hizo preguntarnos qué ha sucedido en las diferentes acusaciones que han acontecido en el tiempo reciente en el país, cuál han sido las causales denunciadas por la Cámara de Diputados.

Al avanzar en nuestro estudio, nos hemos dado cuenta de que no se ha acusado a ningún Ministro de Estado, Intendente ni Gobernador por antedichos delitos; quizás es por aquello mismo la poca referencia de los autores respecto a la causal objeto de nuestra memoria.

En las acusaciones constitucionales más recientes, específicamente la acusación en contra del entonces Ministro de Educación, Harald Beyer, sólo se hace mención a los delitos de soborno y malversación de caudales públicos cuando se trata de imputarle responsabilidad por no haber ejercido un control jerárquico permanente sobre los órganos sometidos a su dependencia y la omisión de las obligaciones ministeriales, particularmente la de fiscalizar las actividades del sector de la educación, en relación al lucro de algunas Universidades y entidades de educación superior. Todo aquello reafirma la escasa o nula aplicación de dichos delitos como causal de acusación constitucional.

Asimismo, el funcionario acusado debe haber cometido actuaciones personales, de modo directo y que importen infringir una norma de competencia o atribución de potestades propias de la autoridad en cuestión. Lo cual, en caso de delitos como el cohecho y la malversación de caudales públicos es mucho más difícil de llegar a imputar en una acusación.

La acusación constitucional en Chile no es un juicio político<sup>143</sup> ni puede de ningún modo cuestionar el mérito de las decisiones de la autoridad, debido a que tiene el carácter de

---

<sup>143</sup> Silva Bascuñán, expresa que en virtud a que la Carta ordena al Senado a resolver como jurado, éste debe apreciar, y más bien sus miembros, leal y honradamente, en conciencia según su leal saber y entender, debiendo corresponder la decisión al concepto íntimo que se haya formado en cuanto a su seriedad y fundamento. En el espíritu de la Constitución no debería ser el voto de ninguno de los senadores reflejo de pasiones y de prejuicios,

jurídico constitucional, y no político. Sin embargo, en las últimas acusaciones contra la ex Ministra Provoste y el Sr. Beyer, a nuestra consideración, tuvieron mucho de juicio de reproche o reprobación de la gestión o conducta de la autoridad, lo cual puede atentar al principio de separación de poderes , ya que implicaría la intromisión en atribuciones exclusivas de otro poder del Estado.

Distintos autores hacen referencia a que la acusación constitucional no es lo mismo que un juicio político. Don Jorge Ulloa Aguilón define acusación constitucional como “Procedimiento propio de un régimen presidencial que tiene por objeto destituir a los más altos funcionarios de la administración del Estado, cuando por su conducta se hayan cometidos delitos o faltas previamente consagradas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo central es hacer posible que esta autoridad responda política, penal y/o civilmente del delito o falta en que ha incurrido el funcionario recurrido.” Mientras que el mismo autor define juicio político como “Procedimiento utilizado y creado para un régimen de carácter parlamentario basado en la confianza política y que tiene por objeto sacar del cargo a los funcionarios del Estado cuando éstos pierden dicha confianza por parte del parlamento, sin necesidad de encontrarse frente a delitos o faltas previamente tipificadas en el ordenamiento jurídico”<sup>144</sup>.

Por lo mismo, es importante procurar que las acusaciones constitucionales no sean el producto de susceptibilidades circunstanciales de los miembros que integran la Cámara de Diputados en aquella situación. A nuestra consideración, la norma constitucional y las demás leyes concernientes a la materia no son suficientemente garantizadoras de aquello.

Es evidente que la normativa que regula la acusación constitucional tiene falencias, y ciertos vacíos que como consecuencia traen aparejadas discusiones en cuanto a su aplicación que podrían zanjarse con ciertas modificaciones en su contenido.

Algunos puntos que a nuestro parecer pueden considerarse para ser objetos de modificación dicen relación con lo siguiente:

---

sino al contrario, el resultado de una sincera, imparcial y objetiva calificación de los antecedentes que se ha logrado reunir en razón a las exigencias del bien común.

<sup>144</sup> Ulloa Aguilón, Jorge. Op. Cit. P.16

a. Debiese limitarse el ámbito de discreción respecto a la valoración de la prueba por parte del ente que conoce de la acusación.

b. Debiese modificarse el artículo 52 N° 2 de la Constitución Política de la República, en lo que dice relación con las causales de acusación de los jueces de tribunales superiores, y la causal de notable abandono de deberes. Se hace necesario determinar el contenido de dicha expresión, por las razones ya antes expuestas en este trabajo.

c. Revisión de las causales penales. Las acusaciones constitucionales en contra de los Ministros de Estado suelen formularse por las causales genéricas de infringir la Constitución o la ley o dejar éstas sin ejecución.

A nivel general, y en la línea de lo que señala gran parte de la doctrina, la normativa actual permite una discreción tal, que la sanción impuesta por la acusación puede llegar a ser desproporcionada en comparación con la magnitud de la infracción.

El medio de control de responsabilidad gubernamental de la acusación constitucional tiene una importancia fundamental para asegurar un Gobierno responsable, en el marco de la separación de poderes del Estado. Sin embargo, urge una mejor regulación normativa de ella, para cumplir el objetivo de velar por una honesta y plena función pública. Se debe procurar por eliminar la discrecionalidad al momento de acusar a algún funcionario, debido a que no debe, en lo posible, transformarse en un juicio sin sustento real motivado sólo por políticos y el Gobierno de turno.

Tanto del delito de malversación de caudales públicos como el de soborno, deben extenderse a nuestro criterio, a otros funcionarios públicos. No sólo los Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores debiesen ser responsabilizados en caso de cometer los dichos delitos penales por medio de acusación constitucional, sino también, todo aquel que pueda incurrir en aquellas conductas y que correspondan a altos funcionarios de la Administración del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes

1. Constitución Política de República.
2. Código Penal.
3. Ley Orgánica Constitucional relativa al Congreso.
4. Actas Sesiones Comisión Ortúzar. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
5. Legalpublishing.
6. Microjuris.

### Bibliografía general

1. Díez- Picazo, Luis María. La criminalidad de los gobernantes. Barcelona, Editorial Crítica. 1996.
2. Etcheverry, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1998.
3. Garrido Montt, Mario. Manual de Derecho Penal Parte Especial, Cuarta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2010.
4. Garrido Montt, Mario. Manual de Derecho Penal, Tomo III, Cuarta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2010.
5. Guzmán Dálbora, José. Estudios y Defensas Penales, Segunda Edición. Santiago, Editorial Lexis Nexis. 2007.
6. Glosario legislativo, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
7. Labaut, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Séptima Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1983.
8. Martínez, Gutenberg; Rivero, René. Acusaciones Constitucionales: análisis de un caso. Una visión parlamentaria. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2004.
9. Pantoja Bauzá, Rolando. Los funcionarios públicos como sujetos de derecho. Apunte de clase de Derecho Administrativo. 2008. Disponible en plataforma U-Cursos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D123A0525/4/.../bajar?id>

10. Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal, Cuarta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005.
11. Quinzio Figueiredo, Mario. Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución Política de la República de 1980, Primera Edición. Santiago, Ediciones Universidad de la República. 1994.
12. Rodríguez Collao, Luis; Ossandón Window, María. Delitos contra la función pública, Segunda Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2008.
13. Rodríguez Collao, Luis; Ossandón Window, María. La función pública como objeto de tutela penal. Disponible en línea. 2008.  
<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/579/547>
14. Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI, Segunda Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2000.
15. Ulloa Aguilón, Jorge. Acusación Constitucional y Juicio Político: legislación constitucional chilena y derecho comparado, Primera Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2009.
16. Villada, Jorge. Delitos contra la función pública: concordado con códigos latinoamericanos, Primera Edición. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot. 1999.

### Memorias

1. Bunster Briceño, Álvaro. La malversación de caudales públicos: estudio de doctrina y jurisprudencia. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1948.
2. Seaman Espinoza, Lizzy. La acusación constitucional contra la Ministra de Educación Yasna Provoste Cmpillay. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2013.
3. Vieira Volpi, Alicia. Del Peculado: malversación de caudales públicos. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1936.

## Revistas

1. Revista de Derecho y Jurisprudencia
2. Gaceta Jurídica
3. Gaceta de los Tribunales
4. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
5. Revista Jurídica del Ministerio Público.

## Consultas electrónicas

1. Contraloría General de la República. La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. Disponible en línea en [www.contraloria.cl/.../Responsabilidad\\_Penal\\_Juana\\_Sanhueza.pdf](http://www.contraloria.cl/.../Responsabilidad_Penal_Juana_Sanhueza.pdf)
2. Acusación Constitucional Presidente de la Excma. Corte Suprema, don Servando Jordán López. Disponible en línea en <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44103/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalJordan.pdf>
3. Bronfman Vargas, Alan. El tipo de responsabilidad perseguida en el juicio político. Disponible en línea en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/593/560>
4. Acusación Constitucional Harald Beyer. Disponible en línea en [https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjf8L3AKzMAhUKKiYKHfykB5YQFggpMAI&url=https%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Ftrabajamos%2Fcomision\\_portada.aspx%2F](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjf8L3AKzMAhUKKiYKHfykB5YQFggpMAI&url=https%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Ftrabajamos%2Fcomision_portada.aspx%2F)
5. Informes en Derecho. Doctrina procesal penal. Disponible en línea en <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/3a63d3614ea8e1b595979ebad09cd94a.pdf>
6. Oliver, Guillermo. Aproximación al delito de cohecho. Disponible en línea en <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEWji68izszMAhUMOyYKHbvdCSkQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.cl%2Fpdf%2Fpolitcrim%2Fv7n14%2Fart01.pdf&usg=AFQjCNHaUipQTTvSNEjo6qMTd5jBFXmujg&sig2=IwlSE7kdr5EckastAii5zA>