

C.A. de Santiago

Santiago, veintiocho de abril de dos mil veinticinco.

**Visto:**

En estos autos RUC 1700788230-0, RIT 148- 2023, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de veintidós de noviembre de dos mil veinticuatro, se resolvió condenar al acusado Eduardo Gregorio Gordon Valcárcel, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más una multa de once (11) unidades tributarias mensuales como autor del delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 N° 3 en relación con la parte final del artículo 238, en grado de consumado cometido en esta ciudad, durante los años 2010 y 2011, sustituyéndosele el cumplimiento de la pena efectiva, por la pena de libertad vigilada intensiva, por el lapso de su condena, al reunirse en favor del sentenciado Gordon Valcárcel, los requisitos previstos en los artículos 14 y 15 bis de la Ley 18.216; y se resolvió asimismo, condenar a la acusada Marcela Alejandra Cuevas Muñoz, a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, a las accesorias legales de suspensión para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena más una multa de siete (7) unidades tributarias mensuales, como cómplice del delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 N° 3 en relación con la parte final del artículo 238, en grado de consumado cometido en esta ciudad, durante los años 2010 y 2011, sustituyéndosele el cumplimiento de ésta por la remisión condicional de la pena, por concurrir todos los presupuestos del artículo 4° de la ley 18.216.

Contra dicha sentencia, el abogado Leonardo Battaglia Castro, en representación de don Eduardo Gregorio Gordon Valcarcede, dedujo recurso de nulidad solo respecto de aquella parte que decidió condenar a aquel como autor del delito consumado de malversación de caudales públicos, fundado en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 233 N° 3 del Código Penal toda vez que se sancionó bajo el título de malversación de caudales públicos a quien correspondía ser sancionado por malversación por aplicación pública diferente, delito tipificado en el artículo 236 del Código Penal; y los abogados Alex Carocca Pérez e Ivanna Alquinta Concha, en representación de doña Marcela Alejandra Cuevas Muñoz, dedujeron recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, invocando como primera causal, la prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, por pronunciarse la sentencia con infracción a lo establecido en el artículo 341 en relación al artículo 259 inciso final del mismo cuerpo legal, al alterar el contenido de la acusación;



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: ENVLXUXDSXF

como segunda causal, en subsidio de la anterior, la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al haber incurrido la sentencia en un error de derecho, aplicando el artículo 233 del Código Penal a un caso que no era constitutivo de un delito de malversación de caudales públicos, pues no se reúne la exigencia esencial de que el autor, el ex general director Eduardo Gordon, haya “tenido a su cargo” los fondos públicos y, en consecuencia, su representada no pudo ser castigada como cómplice en este hecho imputado a un sujeto no calificado; como tercera causal, en subsidio de la primera pero conjuntamente con la segunda, el error de derecho en la aplicación del artículo 233 del Código Penal, que es un delito especial impropio, toda vez que se condena a su representada, a pesar de que se decide que no tenía a su cargo los fondos públicos por ser *extraneus*, de modo que no pudo ser considerada ni como autora ni como partícipe del mismo delito (incomunicabilidad), careciendo de toda argumentación que la justifique, su sanción a título de cómplice; como cuarta causal, en subsidio de la primera pero conjuntamente con la segunda y tercera, el error de derecho por infracción al artículo 16 en relación con el artículo 15 n°1 a 3, todos del Código Penal, al penar indebidamente a su representada como cómplice, ya que el mismo tribunal le atribuyó pero luego descartó la posibilidad de imponerle pena en su propio hecho delictual, de tal modo que termina castigándola como partícipe en un hecho delictivo distinto a aquel que se estableció respecto al autor directo; y por último, como quinta causal, en subsidio de las tres primeras pero en conjunto con la cuarta, el error de derecho por infracción al artículo 94 del Código Penal, por cuanto la conducta que pudo atribuírsele a la acusada Marcela Cuevas, al tratarse de un sujeto no calificado para la comisión del delito de malversación de caudales públicos, se encuentra prescrita.

Se declararon admisibles ambos recursos, procediéndose a su vista en la audiencia de ocho de abril de dos mil veinticinco, asistiendo por el recurso interpuesto por la defensa del sentenciado Gordon, la abogada Antonia Biggs Sutil; por el recurso interpuesto por la defensa de la sentenciada Cuevas, el abogado Alex Carocca Pérez; por el Ministerio Público, el abogado Eugenio Elías Campos Lucero, y por la querellante, la abogada Gabriela Solís Valenzuela, fijándose como fecha para la comunicación de la sentencia el día de hoy.

#### **Oídos los intervinientes y considerando:**

##### **I.- En cuanto al recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado Eduardo Gregorio Gordon Valcárcel.**

**Primero:** Que el recurrente invoca la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 233 N° 3 del Código Penal.



Funda el reproche de nulidad invocado en la errónea aplicación del derecho, cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia, con influencia sustancial en su parte resolutive, consistente en la errada interpretación de la conducta de sustracción y la consumación del delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 N°3 del Código Penal, condenando al sentenciado como autor de un delito consumado de malversación de caudales públicos, en circunstancias de que su conducta se encuadra dentro del delito de malversación por aplicación pública diferente. Lo anterior, por cuanto se aplican tipos penales a sujetos que no cumplen con los elementos objetivos para aquello.

Expresa que el tribunal de primera instancia sostiene que la sustracción de caudales públicos queda asentada dado que los caudales salieron de la esfera de custodia de la institución para ser utilizados con fines distintos a los que estaban destinados, agregando que en virtud de aquello, el tribunal estima que resulta innecesario acreditar que los hechores se hayan apropiado personalmente de ellos incorporándolos a su patrimonio, puesto que, a su juicio, el delito se consuma desde que los caudales son apartados de su destino o finalidad pública, que en este caso era pagar gastos de representación ceremonial o protocolo, por lo que al pagar regalos que no correspondían a dicho ítem se estaría produciendo su desafectación de la finalidad a la cual estaban destinados

Sostiene que en este sentido, resulta esencial definir qué se entiende por sustracción, encargándose la doctrina y jurisprudencia de suplir la falta de definición legal expresa. Que así, el profesor Garrido Montt señala que sustraer consiste en apoderarse – por sí mismo o por medio de un tercero – de los caudales o efectos, sacándolos de la esfera de custodia donde se encuentran. En otros términos, “esos bienes se trasladan del ámbito de la función pública que ejerce el agente, a la esfera de la función privada del mismo agente o de un tercero. Hay que distinguir, de consiguiente, el ámbito de custodia que con relación a los efectos o caudales le corresponde al empleado público como funcionario, del de la esfera privada que le es propia como particular” .

Agrega que el profesor Mañalich señala lo que ha de entenderse por “sustracción”, sosteniendo que “Puesto que el potencial autor de peculado ya tendrá custodia (exclusiva o eventualmente compartida con otro u otros funcionarios) sobre los caudales o efectos en cuestión, cabe descartar el recurso a la definición del concepto de sustracción que ofrece la reconstrucción dogmática de la tipificación del hurto; su sustracción ha de identificarse con una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detentación. Es decir: “sustracción” significa mutación de custodia pública en custodia privada”. Cita también jurisprudencia emanada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que aludiendo a los autores Rodríguez y Ossandón, señala que “generalmente el delito va a suponer algún tipo



de maniobra para traspasar los fondos al ámbito de disponibilidad personal del funcionario o, fundamentalmente para ocultar su existencia” y a Guzmán Dálbora quien señala que “los medios de ejecución son indiferentes, porque la descripción legal no los vincula: desde el empleo de la astucia al de la fuerza, pasando por la manipulación documental y al engaño, todos los medios pueden ser adecuados para desviar los caudales de su destino público al privado del funcionario”.

De lo expuesto por la doctrina y jurisprudencia, estima que la sustracción requiere que los caudales que están a cargo del funcionario público en cuestión se incorporen a la esfera privada o particular del mismo, para efectos de entender que se sustrajeron, cuestión que el tribunal de primera instancia en este caso descarta de plano bajo un razonamiento completamente alejado del derecho, quien señala que resulta innecesario acreditar que los hechores se hayan apropiado personalmente de los caudales, puesto que, a su juicio, el delito se consumaría desde el momento en que esos caudales son apartados de su destino o finalidad.

Bajo este supuesto, agrega, lo que realmente ocurre en este caso es que el Sr. Gordon Valcárcel, al disponer si correspondía la entrega de un saludo o un regalo en nombre de Carabineros de Chile, aplicó fondos con cargos a gastos de representación a un fin público diferente de aquel al que estaban destinados primitivamente, sin que esos fondos se hayan incorporado a su esfera privada de ninguna manera, cuestión que quedó establecida con la prueba vertida en juicio.

Agrega que ni el Ministerio Público ni el Consejo de Defensa del Estado rindieron prueba en orden a acreditar dicha apropiación o desplazamiento de la esfera pública a la privada, al contrario, y tanto es así que el mismo tribunal en su razonamiento errado estima que aquello no necesita ser probado, dado que conoce la falencia probatoria que existe en este caso respecto a este punto en particular.

Luego expone de qué manera se dan los requisitos del tipo penal aplicación pública diferente, consagrado en el artículo 236 del Código Penal, señalando que en este caso el sujeto activo de esta especie de malversación debe sumar la administración de caudales como función asociada a su puesto, lo que implica la facultad del empleado de invertir los caudales en las finalidades que se establecen por derecho, pero no implica que deba detentarlos en persona. Agrega que en cuanto a la acción típica, esta consiste en dar a los caudales una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, exigiéndose que los fondos tengan, como requisito esencial, asignado un destino o finalidad; y citando a Guzmán Dálbora expresa “Son las normas administrativo-presupuestarias las que tienen la palabra aquí, sobre todo la Ley de Presupuestos del Estado, seguida de la de jerarquía inferior que le sirven de desarrollo y la hacen operante, es decir, los reglamentos, órdenes e instrucciones que las autoridades competentes dicten o impartan a sus subordinados”. Agrega que el nuevo destino que arbitrariamente



aplique el administrador o sujeto activo tiene que ser público, esto es, propio de la Administración y sus fines de beneficio colectivo explicando que en este caso en particular, el Sr. Gordon Valcárcel dispuso la orden de compra de regalos por concepto de aniversarios y presentes en representación del organismo, y el error estuvo en disponerlos respecto de aquellas personas que no estaban consideradas como habilitadas para recibirlos, pero el fin en cuestión sigue siendo administrativo, en cuanto la finalidad era representar a Carabineros de Chile exteriorizando la presencia del respectivo organismo. Culmina señalando como último requisito, citando la historia de la ley, que dicha inversión debe ser arbitraria, por lo que no se comprenden en este artículo “aquellos cambios que hicieren los empleados subalternos a virtud de órdenes de superiores i procediendo con arreglo a la lei”.

Culmina refiriendo que en la práctica una vez que se dispone la compra de determinados regalos o atenciones por parte del acusado Eduardo Gordon, el Departamento de Relaciones Públicas, en específico, la encargada de la sección administrativa, doña Marcela Cuevas, era quien se encargaba entre otras funciones de la ejecución de los gastos de representación, de comprar regalos o de contratar los servicios que le eran solicitados. Para aquello se confeccionaban constancias de que esos regalos o esas atenciones tuvieran por destinatarios determinadas personas y fines de carácter institucional, constancias que nunca fueron confeccionadas por el Sr. Gordon, quien incluso no estaba en conocimiento de aquellas. Lo anterior, para poder imputar, con esa constancia y visación que estaba estampada en cada una de las facturas de compra, esos gastos de representación y enviar esa documentación al Departamento de Finanzas para proceder al pago con cargo a la cuenta fiscal, insistiendo en que estos regalos de forma alguna fueron incorporados a la esfera privada del señor Gordon, cuestión que señaló expresamente el oficial a cargo de la investigación, sin que se rindiera como ya se dijo, prueba en contrario.

**Segundo:** Que si se esgrime la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esta Corte no puede alterar los hechos que soberanamente han establecido los jueces del mérito ni hacerse cargo de las falencias probatorias reclamadas por el recurrente. En efecto, dicha norma refiere que “Procederá la declaración de nulidad total o sólo la parcial del juicio oral y de la sentencia, si el vicio hubiere generado efectos que son divisibles y subsanables por separado sólo respecto de determinados delitos o recurrentes:...b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación el derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. Luego, es procedente este recurso —el de nulidad por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal— cuando se ha producido una de las siguientes formas de vulneración legal: a) infracción al texto expreso de la ley; b) no aplicación de la



norma en un caso en que debió aplicarse, esto es, un caso determinado fue fallado con prescindencia de la disposición legal que regulaba el conflicto; c) aplicación indebida de una norma legal, o sea, el juez la empleó para un caso distinto para el que aquella ha sido prevista; y d) aplicación errónea de una norma, esto es, error de interpretación o de fijación de su verdadero sentido y alcance.

**Tercero:** Que en lo que interesa al presente recurso, el considerando noveno, dio por establecidos los siguientes hechos: *“Carabineros de Chile es una institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho, cuya finalidad es garantizar y mantener el orden público, la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la Ley.*

*El mando policial superior de la institución recae en un General Director de Carabineros, designado por el Presidente de la República, quien ejerce su dirección y administración.*

*Para cumplir con los objetivos de la institución, el General Director cuenta con el Consultivo de Generales como organismo asesor eventual, y con el Departamento de Relaciones Públicas, como organismo permanente de trabajo. Los objetivos principales de este último Departamento son proyectar y acrecentar la imagen institucional y coordinar las relaciones de la Dirección General con las autoridades institucionales, entidades públicas y privadas, conforme lo establezca su Directiva de Organización y Funciones.*

*En la mencionada institución, desde junio de 2008 a septiembre de 2011 se desempeñó en el cargo de General Director de Carabineros de Chile, en las dependencias ubicadas en calle Zenteno N° 1196 de la ciudad de Santiago, EDUARDO GREGORIO GORDON VALCÁRCEL, a quien correspondía, entre otras funciones de dirección y administración, la de: “Disponer la inversión de fondos que se destinen por ley a la Institución y de los recursos que se obtengan por enajenaciones y ventas a que se refieren las letras anteriores (...)”, ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 52 letra o) de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.*

*Asimismo, entre los meses de septiembre de 2009 y diciembre de 2012, se desempeñó como Jefe del Departamento de Relaciones Públicas de la institución de Carabineros de Chile, en las mismas dependencias precisadas de la ciudad de Santiago, el entonces oficial del grado Coronel de Carabineros de Chile, JORGE ALEJANDRO SERRANO ESPINOSA, a quien correspondía, entre otras funciones, tener a su cargo la custodia, gestión e inversión de un presupuesto durante tal periodo superior a los \$150.000.000.- destinados a la ejecución de tareas protocolares propias de la institución de Carabineros de Chile.*



De igual manera entre los años 2007 al 2014, se desempeñó en el cargo de oficial, primero, con el grado de teniente, luego de capitán, en el mencionado Departamento de Relaciones Públicas, la actual oficial del grado de Mayor de Carabineros de Chile, MARCELA ALEJANDRA CUEVAS MUÑOZ, a quien correspondía entre otras funciones, realizar las adquisiciones que dicho Departamento requería.

**Los mencionados funcionarios, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2011, en el ejercicio de sus respectivos cargos públicos, sustrajeron y consintieron la sustracción reiterada de caudales y/o efectos públicos, por una suma aproximada de \$24.162.160.-, la que se destinó a fines no institucionales, como lo son la compra de especies, regalos y obsequios así como atenciones realizadas con motivo de cumpleaños, fiestas de navidad, de enlaces, donaciones y festividades varias, siendo gastos improcedentes y no institucionales, no coincidentes con el objeto de los gastos de representación, protocolo y ceremonial, conforme ordena el Decreto N° 854 del año 2004 del Ministerio de Hacienda.**

Por su parte se procedió a la generación de un conjunto de documentación interna - constancias escritas- firmadas por JORGE SERRANO ESPINOSA y MARCELA CUEVAS MUÑOZ, en las que se certificaba de forma mendaz que las especies adquiridas o las atenciones realizadas, habían sido entregadas o brindadas a determinada persona o institución “conforme a lo ordenado por el alto mando institucional y de acuerdo con las funciones propias de esta repartición”; certificación que así dispuesta resulta mendaz, y que al ser necesaria para posibilitar el pago, era adjuntada con la factura o boleta respectiva y presentada a cobro ante el Departamento IV.

Este proceder fue observado por la Contraloría General de la República durante el año 2011, en el contexto de una auditoría realizada al Departamento IV Contabilidad y Finanzas (DIGCAR) de Carabineros de Chile, que incluyó la revisión de los gastos efectuados por el Departamento de Relaciones Públicas. Así, al emitir el Pre informe de Observaciones N° 97/2011, de fecha 27 de mayo del año 2011, se cuestionó la inversión de la suma de \$21.703.191.-, que correspondían a especies adquiridas por el Departamento de Relaciones Públicas en el periodo mayo de 2010 a mayo de 2011, con cargo a la cuenta corriente fiscal N° 9004165 del Banco de Estado de Chile, estimando que se destinaron a fines no institucionales, no coincidentes con el objeto de los gastos de representación, protocolo y ceremonial, conforme ordena el Decreto N° 854 del año 2004 del Ministerio de Hacienda.

El cuestionamiento de la Contraloría General de la República, unido a la finalidad de levantar la observación, motivó que JORGE SERRANO ESPINOSA,



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: ENVLXUXDSXF

previo acuerdo con el acusado entonces General Director de Carabineros EDUARDO GORDON VALCÁRCEL, entregara un cheque de su cuenta personal del Banco BCI N°11257822, girado con fecha 08 de Junio de 2011, por la suma de \$21.703.191.-, que fue depositado en la cuenta corriente N° 9004165, del Banco Estado de Chile, denominada “giros globales de la Dirección General de Carabineros”.

Los fondos que JORGE SERRANO ESPINOSA depósito en la cuenta corriente antes singularizada, los habría obtenido por intermedio de un préstamo solicitado al Servicio de Bienestar de Carabineros de Chile, en el mes de Junio del año 2011, el cual fue tramitado irregularmente al no cumplirse con el mecanismo necesario de aprobación, establecido en el “Reglamento de la Comisión de Acción Social” de Carabineros de Chile. Dichos fondos fueron posteriormente resarcidos a JORGE SERRANO ESPINOSA, por parte del ex General Director EDUARDO GORDON VALCÁRCEL, quien hizo entrega al primero de un vale vista bancario por la suma de \$21.703.000.-

Asimismo, los imputados ya individualizados, en el período comprendido entre los años 2010 a 2011, en el ejercicio de sus respectivos cargos públicos, **sustrajeron caudales y/o efectos públicos y permitieron la sustracción de caudales y/o efectos públicos, por una suma de a lo menos \$ 10.343.099 aproximadamente** -(lo que adicionado a lo detectado por la Contraloría General de la República respecto a las constancias que tenían la frase “conforme a lo ordenado por el alto mando institucional y de acuerdo con las funciones propias de esta repartición” consistente en \$ 10.343.099 totaliza el monto total sustraído de \$ 24.162.160.- la suma total respecto de la acusada Marcela Cuevas fue de \$23.241.260), suma que indicándose como destinada a la compra de especies, regalos y obsequios, así como de atenciones realizadas con motivo de cumpleaños, fiestas de navidad, enlaces matrimoniales, donaciones y festividades varias, siendo además la mayoría de ellas no efectivamente recibidos por las personas señaladas en las respectivas constancias de entrega.

Como se indicó **en el contexto de la sustracción de la suma referida**, JORGE SERRANO ESPINOSA, como Jefe del Departamento de Relaciones Públicas informaba a la entonces Capitán, MARCELA CUEVAS MUÑOZ, las especies que debían comprarse o las atenciones por costear, adquiriéndose o contrayéndose éstas en diversos establecimientos de comercio, para luego realizar los trámites administrativos necesarios que permitían que el Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros de Chile ejecutara el pago de las especies, con cargo a la cuenta corriente fiscal N° 9004165 del Banco de Estado de Chile, con fondos destinados, entre otros gastos institucionales, al pago de los Gastos de Representación Protocolo y Ceremonial de Carabineros de Chile. Así,





*confeccionaban la documentación interna —constancias escritas firmadas por JORGE SERRANO ESPINOSA y MARCELA CUEVAS MUÑOZ—, en que se certificaba que la especie adquirida o la atención realizada fue entregada a determinada persona o institución “conforme a lo ordenado por el alto mando institucional y de acuerdo con las funciones propias de esta repartición (...); certificaciones mendaces, pues muchos de dichos presentes o atenciones no fueron efectivamente recibidos por los destinatarios señalados en las respectivas constancias, cumpliendo éstas el único propósito de habilitar se ejecutara el pago de la respectiva factura o boleta presentada a cobro al Departamento IV de Contabilidad y Finanzas de Carabineros de Chile, con cargo a la cuenta corriente fiscal N° 9004165 del Banco del Estado de Chile, destinada entre otros gastos institucionales al pago de los Gastos de Representación, Protocolo y Ceremonial de Carabineros de Chile.*

*A mayor abundamiento, pudo determinarse a este respecto, que incluso parte de estos presentes o atenciones, ajenos a los fines institucionales y al objeto de los fondos públicos asociados a los gastos de representación, protocolo y ceremonial, fueron entregados a personas distintas de las señaladas en las constancias, entre ellas, personas cercanas al acusado EDUARDO GORDON VALCÁRCEL, y a funcionarios de Carabineros de Chile, entre otras personas; consistiendo dichos bienes en especies muebles, entre otros, tales como: hornos eléctricos, sabanas, toallas, maletines de cuero. Pudo del mismo modo establecerse que en algunos casos, previa gestión de cambio del producto por parte de la acusada MARCELA CUEVAS MUÑOZ, las especies adquiridas que se señalan en la certificación de entrega, fueron cambiadas por otras, lo que reafirma la falsedad de las respectivas constancias de entrega...”.*

**Cuarto:** Que el artículo 233 del Código Penal que es el que se alega infringido, consagra como verbo rector del tipo penal del delito de malversación de caudales públicos “el sustraer” o “el consentir que otro los sustraiga”, prescribiendo al efecto: “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraere o consintiere que otro los substraiga, será castigado...”.

**Quinto:** Que como es evidente, si los hechos que el tribunal *a quo* dio por acreditados, llenan precisamente el tipo penal precedentemente descrito al estimar aquel que los tres acusados -entre ellos el señor Eduardo Gregorio Gordon Valcárcel- sustrajeron o consintieron en sustraer caudales públicos, estéril resulta la argumentación encaminada a desvirtuar el alcance que debiera darse a la expresión en el presente caso. En efecto, aun cuando el tribunal *a quo* expuso con claridad, citando a los autores Rodríguez y Ossandón, que lo que se busca con el



ilícito en cuestión es sancionar “lo que constituye una sustracción definitiva, sin devolución de caudales o efectos, es decir una lesión permanente al patrimonio público” agregando que “resulta innecesario acreditar que los hechos se hayan apropiado personalmente de ellos incorporándolos a su patrimonio, puesto que el delito se consuma desde que los caudales son apartados de su destino o finalidad públicas”, lo cierto, es que las consideraciones del recurrente en torno a que la conducta de su representado se enmarca dentro del delito de malversación por aplicación pública diferente -la que dicho sea de paso, ni siquiera contempla la voz “sustracción”- es una cuestión de hecho, que no era susceptible de atacar por la causal invocada, motivo suficiente para estimar que el presente recurso de nulidad no puede prosperar, como se dirá en lo resolutivo del fallo.

**II.- En cuanto al recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la sentenciada Marcela Alejandra Cuevas Muñoz.**

**Sexto:** Que los recurrentes invocan primeramente la causal prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, por pronunciarse la sentencia con infracción a lo establecido en el artículo 341 en relación con el artículo 259 inciso final del mismo cuerpo legal, al alterar el contenido de la acusación.

Sostienen que concurre un vicio absoluto de nulidad, como lo es la infracción al principio de congruencia, llamada de segundo grado, entre los hechos contenidos en la acusación y aquellos contenidos en la sentencia condenatoria, estableciendo el artículo 341 del Código Procesal Penal, que jamás la sentencia puede exceder el contenido de la acusación y, en consecuencia, no puede establecer una condena por hechos o circunstancias no contenidos en ella, debiendo basarse sólo en la prueba y valoración jurídica de los hechos precisos y concretos contenidos y descritos en aquella, con todas sus circunstancias, de manera tal que si durante el curso del juicio oral resultan probados otros hechos o si en la sentencia se estima que existe una descripción defectuosa de los mismos en la acusación en relación a los que se dan por probados, le está vedado al sentenciador condenar por esos otros hechos o corregir una descripción inexacta o defectuosa, para fundamentar una decisión de condena, porque importa atentar contra el pilar básico del sistema acusatorio, como es la limitación que supone la acusación previa deducida por un órgano distinto al tribunal, lo que, a su vez, **se traduce en un grave atentado al derecho a la defensa, pues si la imputación al final resulta alterada por el organismo jurisdicente en su sentencia, el acusado no habrá tenido oportunidad real de argumentar y producir prueba en su contra, de modo que la sentencia finalmente resultará viciada por grave afectación al debido proceso.**

Precisa que fue eso lo que sucedió en el presente caso, en el marco de los hechos descritos en las acusaciones que en lo relacionado al monto y al



procedimiento en que se llevaron a cabo los presuntos gastos indebidos con cargo al Departamento de Relaciones Públicas, en el periodo cuestionado 2010-2011, eran exactamente los mismos para ambos acusados esto es, la suma de \$ 75.479.839, cantidad compuesta por dos partes: una, ascendente a \$21.703.191, que correspondía a gastos objetados en una revisión llevada a cabo por la Contraloría General de la Republica mediante una revisión rutinaria; y la otra a nuevas especies que habrían sido adquiridas fuera del marco normativo de adquisiciones con cargo del Departamento de Relaciones Públicas, por la cantidad de \$53.776.648, totalizando aquel monto de \$75.479.839, que habría sido la cantidad precisa objeto de la malversación de caudales públicos, por la que se dedujo la acusación tanto del Ministerio Público como la particular, cifra que debía darse como precisa dado que el monto de la penalidad está determinada por el monto de la malversación según el artículo 233 del Código Procesal Penal.

Acusan que los sentenciadores usaron su propio criterio para arribar a sus propios cálculos y determinar el monto de la presunta malversación, advirtiendo que **solo analizarían la existencia o no del delito por el cual fueron acusados los imputados, en dichas operaciones en que constara la frase “conforme a lo ordenado por el alto mando institucional y de acuerdo con las funciones propias de esta repartición”** arribando a un monto total de \$24.162.160 (equivalente a 639 UTM, considerando la época de cada adquisición o servicio), criterio este que jamás fue invocado por los acusadores; **y que adicionalmente en relación con su representada atendiendo a lo invocado por su defensa en orden a que no todas las constancias presentadas en juicio fueron firmadas por ella, los sentenciadores pudieron establecer que una de ellas por un monto de \$1.320.900, tenía claramente una firma distinta a la de la imputada,** por lo que a su respecto el análisis de los hechos se limitaría al monto de \$23.241.260 (equivalente a 604 UTM, considerando la época de cada adquisición o servicio).

Refieren que así en el considerando noveno, parte final, los jueces recurridos, dan por establecido el monto total sustraído de \$24.162.160, precisando que la suma total respecto de la acusada Marcela Cuevas fue de \$23.241.260.

Alegan que el tribunal no pudo condenar por un hecho distinto al de la acusación, respecto a su representada, ya que este era idéntico para ambos acusados, porque lo prohíbe el artículo 341 del Código Procesal Penal, **en cuanto establece que el juzgador no puede alterar los hechos de la acusación, porque de no ser así, el derecho de defensa se ve absolutamente vulnerado, ya que evidentemente una cosa es defenderse de una acusación y de unos hechos determinados, y que estos sean alterados, para poder justificar la decisión de condena, incluso advirtiendo que se hace acogiendo un argumento de la**



**defensa, pues sostienen que esa defensa, no se diseñó, ni se pudo diseñar, para responder a una acusación “corregida” como la que propone la sentencia condenatoria, sino que se atuvo a los hechos de la acusación que el propio Ministerio Público formuló, creyendo haberla desvirtuado y demostrado que no se reunían los requisitos para condenar a su representada, porque la prueba sobre los supuestos regalos o compras improcedentes que eran más de 150 según la acusación, estuvieron muy lejos de poder probarse, no pudiendo los juzgadores reducir ese listado de supuestos hechos ilícitos a 34, según su propio criterio, señalando que el criterio invocado por los acusadores era errado, ya que no todas las constancias eran idénticas.**

**Séptimo:** Que del propio tenor del recurso presentado, se desprende que la causal invocada no puede prosperar, al no haber incurrido la sentencia, en el vicio que se denuncia pues lo que tiene vedado el tribunal es, desde luego, excederse del contenido fáctico de la acusación, cuestión que se encarga de precisar el mismo artículo 341 del Código Procesal Penal, que al aludir a que “no podrá excederse el contenido de la acusación”, refiere que “En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella”. Luego, la decisión del tribunal *a quo*, consistente en haber fijado criterios objetivos para acotar el monto de lo malversado -y en el caso de la imputada Cuevas, lo haya hecho incluso previo requerimiento de la propia defensa, quien alegaba que no todas las constancias que aparecían suscritas por ella, tenían efectivamente su firma-, no puede entenderse de manera alguna como una extralimitación a los márgenes de la acusación, sino por el contrario, a una forma de acotar los hechos contenidos en ella a aquellos que verdaderamente importaban la malversación de los caudales públicos que la motivaron.

**Octavo:** Que, adicionalmente como ya antes se ha dicho por los tribunales superiores de justicia, para determinar si existe la necesaria congruencia, esto es, la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y la pretensión del acusador, debe hacerse una comparación entre los términos de la acusación y los hechos que se tienen por demostrados. Si al hacer tal comparación se observa que no hay relación entre ambos o, dicho de otro modo, que no existe una identidad entre los hechos y circunstancias de una actuación y otra, se deberá concluir que no hay congruencia y que no será posible condenar a una persona por un hecho respecto del cual no tuvo posibilidad de defenderse.

Pero el legislador no ha pretendido que la congruencia sea de tal entidad que calcen a la perfección los hechos y circunstancias descritos en la acusación y en la sentencia porque, desde luego, esta institución se justifica por la vulneración en su derecho a defensa que experimentaría el acusado si se le acusara por una determinada conducta y se le terminara condenando por otra distinta, de la que



nunca se pudo hacer cargo, cuestión que desde luego no ha sucedido en el presente caso, pues como ya se ha dicho, parte de la reducción del monto por la que se condenó a la acusada Cuevas Muñoz, se debió a la defensa que en tal sentido se efectuó en favor de ella.

**Noveno:** Que en subsidio de la causal anterior los recurrentes invocan primeramente, la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al haber incurrido la sentencia en un error de derecho, aplicando el artículo 233 del Código Penal a un caso que no era constitutivo de un delito de malversación de caudales públicos, pues no se reunía la exigencia esencial de que el autor, el ex general director Eduardo Gordon, haya “tenido a su cargo” los fondos públicos y, en consecuencia, su representada no pudo ser castigada como cómplice en este hecho imputado a un sujeto no calificado.

Alegan que los sentenciadores en su afán de condena, y desprovistos ya de objetividad, procedieron a fundamentar su decisión respecto al autor, a un extremo que no se conocía hasta ahora y que tergiversa todo el sistema de imputación penal tratándose del delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal, pues tratándose de un delito especial, de sujeto calificado, no procede por aplicación del principio *pro reo*, hacer una interpretación amplia de la norma, en términos tales que se llegue a castigar a un sujeto que no tenía directamente esos fondos a su disposición y administración.

Sostienen que lo que se debía acreditar era que los dineros a través de los cuales se hicieron las compras cuestionadas estaban a cargo del acusado, en depósito, consignación o secuestro, o a algún otro título jurídico que le encomendara su administración, lo que evidentemente no ocurrió.

Luego de citar doctrina para señalar qué debe entenderse por la expresión “a su cargo” estiman que en sentido técnico estricto, la determinación del sujeto calificado para incurrir en este tipo penal, ha sido completamente tergiversada en la especie, por cuanto se omite que el funcionario público que tenía directamente los fondos del Departamento de Relaciones Públicas de Carabineros, era el Jefe del Departamento, en la época de hechos de la acusación, el Coronel Jorge Serrano, aludiendo a una disposición del Reglamento de Intendencia de Carabineros de Chile N°21, sosteniendo que la custodia y administración de los fondos le correspondía y corresponde al Jefe del Departamento de Relaciones Públicas, y a ningún otro, estimando que es un error jurídico acudir a las normas generales de supervisión de la administración de los recursos que tienen todos los Jefes de Servicio en toda la administración pública, para considerarlo *per se* cómo sujeto calificado para la comisión del delito del artículo 233 Código Penal, extendiendo la exigencia normativa de “tener a su cargo” los fondos a un extremo sin precedentes,



más allá de toda la concepción doctrinaria e incluso de la jurisprudencia más amplia que existe.

Proceden entonces a cuestionar la calificación jurídica del *a quo*, consignada en el considerando décimo de la sentencia, el que entiende que específicamente el artículo 52 letra o) de la ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, le entregaba al acusado Gordon la facultad de “Disponer la inversión de fondos que se destinen por ley a la Institución”, concluyendo que dentro de ellos, por cierto, se encuentran los fondos de representación y protocolo. Al respecto, sostienen que esa norma de carácter genérica en ningún caso entrega la administración directa y resulta difícil entender el razonamiento del tribunal para asimilar a la exigencia normativa que se analiza, la supervisión que corresponde a todo Jefe Superior de Servicio, advirtiendo que con semejante interpretación de ahora en adelante todos ellos podrían ser imputados por cualquier gasto mal ejecutado por cualquiera de sus departamentos o unidades dependientes e indicando que no subsana este reparo el razonamiento que sigue del mismo tribunal, el que cita la Orden General 1845 de 10 de noviembre de 2008 dictada por el propio acusado, la que indicaba a la sazón, que el Departamento de Relaciones Públicas tenía entre otras labores, la función de asesorar al señor General Director de Carabineros y Alto Mando institucional, en todas aquellas materias o asuntos vinculados a sus relaciones y compromisos sociales o protocolares, además de “administrar” los gastos de representación del General Director de Carabineros en las tareas que le fueran asignadas.

Insisten en que lo anterior extiende la exigencia normativa de “tener a su cargo” los fondos, a un extremo sin precedentes, más allá de toda la concepción doctrinaria e incluso la jurisprudencia más amplia que existe, reconociendo que si bien es cierto, la jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de autor del delito de malversación de caudales públicos, a pesar de la opinión en contrario de la doctrina, siempre se había establecido un nexo de tipo normativo directo de parte del funcionario imputado con la custodia y administración de los fondos públicos, para encajar la conducta en ese delito, y que en este caso, el nexo es muy remoto y fija un peligroso precedente, pues el Jefe de Servicio, en virtud de sus atribuciones generales de administración de los fondos públicos de su entidad, pasaría a ser responsable de cualquier mal uso de parte de sus subalternos, aunque este haya reconocido su responsabilidad.

**Décimo:** Que resulta evidente la improcedencia de esta primera causal subsidiaria invocada, que persigue hacer desaparecer la calidad de cómplice de la representada de los recurrentes como consecuencia de no concurrir en el autor del delito la calificación exigida por el tipo, en circunstancias de que dicha calificación ya ha sido asentada por el tribunal *a quo* sin que el arbitrio presentado en favor de



aquel, haya logrado desvirtuarla, razón por la cual la presente causal deberá indefectiblemente ser rechazada.

**Undécimo:** Que sin perjuicio de lo anterior, en subsidio de la causal principal pero conjuntamente con la que se ha rechazado precedentemente, los recurrentes han invocado el error de derecho en la aplicación del artículo 233 del Código Penal, que es un delito especial impropio, al haberse condenado a su representada a pesar de que se decide que no tenía a su cargo los fondos públicos por ser *extraneus*, de modo que no pudo ser considerada ni como autora ni como partícipe del mismo delito (incomunicabilidad).

Sostienen que el tipo penal del artículo 233 del Código Penal, al disponer que se castiga “al empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere en que otro los substraiga”, establece un delito especial, toda vez que sólo puede ser cometido por ciertos sujetos que se encuentran en una determinada posición jurídica, y que a estos efectos son denominados *intraneus*. Agregan que, por su parte, los delitos especiales, se clasifican en propios e impropios. La diferencia es que los primeros son aquellos delitos que no tienen correspondencia con uno común; mientras que los impropios, son aquellos en los que un delito común es secundario al delito especialmente cualificado.

Por esta última razón, en los especiales impropios, el *extraneus* puede ser responsable penalmente si se acredita que realizó la conducta descrita en el delito común, que en este caso, en relación con el delito del artículo 233 del Código Penal, debería ser el de hurto, según informe en Derecho citado por la misma sentencia

Aseveran que la sentencia descartó expresamente en el considerando décimo que Marcela Cuevas, haya tenido a su cargo los fondos públicos a que se refiere a la acusación, requisito esencial para que una persona pueda ser condenada en nuestro ordenamiento penal por el delito de malversación de caudales públicos, pero que a pesar de ello, prácticamente sin hacerse cargo del problema, la sentencia le impuso una sanción como partícipe en el mismo delito, incurriendo en un error jurídico manifiesto.

Transcriben el aludido considerando, que en lo pertinente señala: *“Sin embargo, en cuanto a la imputada Cuevas Muñoz, a juicio de estos sentenciadores, no existen antecedentes normativos para considerar que tuviera a su cargo los fondos de los gastos de representación, protocolo y ceremonial, puesto que, aun cuando, la Orden General N° 1845 vigente a la época de los hechos, en su artículo 9°, dispone que “el Jefe de la Sección Administrativa del departamento de Relaciones Públicas en forma permanente y de acuerdo a directrices del Señor General Director de Carabineros y del Jefe del Departamento, siempre*



*salvaguardando los intereses de los recursos confiados a la Repartición, requerirá muestras y cotizaciones de productos de representación que, una vez aprobados por el Alto Mando, dispondrá que se confeccionen en las cantidades establecidas, controlando su cantidad, calidad y destino final, procediendo a la rendición de cuentas por medio del trámite de las facturas con la constancia de rigor”, si bien ella debía proteger estos fondos, no los tenía bajo su responsabilidad y ni tampoco la facultad de disposición de los mismos, lo que ha quedado acreditado con toda la documentación ingresada a juicio, en el sentido que tanto las rendiciones de cuentas como los oficios en que se solicitaba al Departamento IV el pago de las facturas, eran firmados por el Jefe del Departamento de Relaciones Públicas, incluso cuando se solicitaban anticipos de ellos, aunque los cheques se emitieran nominativos a nombre de Marcela Cuevas, dichos fondos eran solicitados por el Coronel Serrano como jefe del Departamento, sin perjuicio de ello, como se dirá al desarrollar su participación en los hechos, esto no la exime de responsabilidad penal por los mismos”.*

Deducen así, que los sentenciadores dieron por expresamente establecido que su representada, Marcela Cuevas, no “tenía a su cargo” los fondos de que se trataba en el juicio, por lo que jurídicamente se la calificó como *extraneus*, respecto al delito del artículo 233 del Código Penal, entendiendo por tal la persona a la que se le imputa participación en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autora de dicho ilícito.

Agregan que lo sostenido en el considerando décimo fue corroborado en el considerando décimo primero sobre “Participación”, en el que se lee “...*En cuanto a la participación de la acusada Marcela Cuevas Muñoz. Que tal como se señalará, el Tribunal determinó que no existen antecedentes normativos para considerar que ella tenía a su cargo los caudales que fueron malversados y que, además, el Tribunal está dispuesto a compartir con su defensa que dado su grado de Capitán y estando bajo jerarquía directa del coronel Serrano, su intervención en los hechos obedecía al cumplimiento de las órdenes de su superior*”.

Sostienen que en consecuencia los sentenciadores yerran, de modo manifiesto e inexplicable, al señalar que no se puede excluir su participación dolosa en los hechos constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, pero como cómplice de los mismos.

Agregan que la correcta interpretación apoyada por la doctrina y vasta jurisprudencia dan cuenta de que el delito de malversación de caudales públicos, es un delito especial impropio, lo que significa que es un delito base o común que se encuentra agravado por la especial condición de quién custodia, administra o está a cargo de fondos públicos, y que para estar en presencia de este delito, deben





concurrir los elementos del tipo penal de manera copulativa, es decir, ser funcionario público, y además tener a su cargo caudales o efectos públicos.

Aseveran que según la tesis aceptada en Chile, salvo muy contadas excepciones, cuando se trata de delitos especiales impropios, no existe comunicabilidad, es decir, no se puede condenar al *extraneus* por el delito para el cual se carece de la calificación personal exigida por la ley, postura esta, defendida por autores como Etcheberry, Grisolia, Bunster, Bullemore/Mackinnon, Lara, Labatut, Concha, Cury, Politoff /Matus /Ramírez, y Vargas, concluyendo todos ellos que en ese caso, se aplica el artículo 64 del Código Penal, por lo que la calidad especial no se comunica y el *extraneus* responde por el tipo residual que fuere aplicable.

Expresan que resulta difícil entender que los jueces del tribunal oral en lo penal, al hacer el análisis de la calificación jurídica y participación de los acusados en su fallo, no tuvieran en cuenta lo que se indica en el Informe en Derecho de Ignacio Castillo Val y otro, que fue citado en dicho análisis, cuando precisamente sobre este punto que ellos debían resolver, se señala que “En primer lugar, la posibilidad de sancionar a la imputada por el delito de malversación de caudales públicos a título de inductor, coautor o cómplice debiese descartarse por la misma razón en virtud de la cual no resulta posible sancionarla a título de autor: el no cumplimiento de la condición especial exigida por el tipo penal. En la audiencia de formalización de la investigación en el presente caso, el Ministerio Público defendió la tesis de la comunicabilidad absoluta de los elementos del tipo penal, incluso en el caso de delitos especiales impropios. Para ello, el Ministerio Público citó la opinión de los profesores Novoa y Garrido, conforme a la cual, en el caso de delitos especiales impropios, todos los intervinientes deben responder por el delito especial, sin importar que poseyeran o no la calidad especial exigida por la ley. Lo que el Ministerio Público no señala, sin embargo, es que la tesis de los profesores Novoa y Garrido no es compartida por la opinión de la doctrina mayoritaria. En efecto, actualmente, la opinión mayoritaria defiende la tesis de la comunicabilidad relativa o limitada, conforme a la cual, en el caso de los delitos especiales impropios, como lo es el de malversación de caudales públicos, aquellas personas que ejecuten la conducta prohibida sin poseer la calidad especial exigida por el respectivo tipo penal no deben ser sancionadas por el delito especial impropio, sino que corresponde sancionarlas, si así fuere el caso, por el tipo penal común que corresponda...En un caso de malversación, el tipo penal común será generalmente un delito de hurto o de apropiación indebida”.

**Duodécimo:** Que como sostienen Rodríguez y Ossandón en su obra “Delitos Contra la Función Pública”, a propósito de los elementos del tipo en el delito de malversación de caudales público y citando a Etcheberry: “...el fundamento que



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: ENVLXUXDSXF

esgrime la doctrina para considerar que esa especial vinculación con los fondos constituye un requisito imperativo, se basa en que la expresión “teniendo a su cargo” equivale a la exigencia de que se actúe “abusando de su oficio”, contenida en otros delitos funcionarios, expresiones por medio de las cuales se les confiere, precisamente, la calidad de tales”, agregando luego los autores “que si un funcionario público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, el bien jurídico protegido no resultará lesionado en la misma medida que si actúa en contradicción con sus deberes específicos, y no quedaría justificada una pena superior a la del delito común de hurto o apropiación indebida”<sup>1</sup>. Luego, a propósito de la “Penalidad”, sostienen “En cuánto la figura en estudio constituye un delito especial impropio, ella se encuentra en relación de especialidad con los tipos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona. Esto significa que de faltar algunos de los requisitos que se exigen en el tipo del artículo 233 serían aplicables, eventualmente, esas figuras. Así, en el supuesto en que no concurra la especial vinculación entre el funcionario y el objeto malversado, el autor sería igualmente sancionable por el delito común con la agravante de abuso de confianza o prevalecimiento del carácter público, según el caso”.<sup>2</sup>

**Décimo tercero:** Que en la misma línea, la Corte Suprema en sentencia de 3 de mayo de 2023, causa ROL 59856-2022, ha sostenido “8°) Que la disputa acerca de la comunicabilidad o incommunicabilidad trae a colación el distingo entre delitos especiales propios e impropios. Tratándose de los primeros, en que la calidad personal concurrente en el sujeto activo es fundante del injusto y la ausencia de ella determina la atipicidad de la conducta ilícita, se afirma la comunicabilidad. En cambio, los delitos especiales impropios tienen la característica de que la cualidad personal sólo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aún en el evento de no concurrir el factor personal (no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa);”.

Agrega la Corte Suprema, en el párrafo final del considerando noveno - aunque abordando específicamente la calidad o no de funcionario público como elemento del tipo-, que “En las recientes decisiones de esta Sala Penal, se coincide plenamente con aquellas precisiones doctrinarias, concluyendo que en ausencia de la calidad funcionaria, es aplicable a los *extraneus* la figura de estafa común, cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la administración (SSCS Rol N° 13.823-14 de 16 de abril de 2015 y Rol N° 29.891-14 de 8 de octubre

<sup>1</sup> Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena “Delitos Contra la Función Pública”, Editorial Jurídica de Chile, 3ª. Ed., pg. 457.

<sup>2</sup> Ídem, pg.461.



de 2015); y en el considerando décimo “10º) Que existen estudios que, con gran profundidad, han abordado el tema de la comunicabilidad o incommunicabilidad en los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al Fisco (Francisco Grisolia, Revista de Ciencias Penales, 3a época, Enero-Junio 1975, N° 1, T.XXX), evidenciando que el artículo 64 inciso 1 ° del Código Penal resuelve negativamente el caso de los partícipes *extraneus* en los delitos de malversación y fraude al Fisco, en el sentido que el vínculo funcionario no se comunica al particular que co-delinque con el empleado público, toda vez que la calidad funcionaria es una circunstancia de carácter personal, que, al tenor del artículo 64 del Código Penal, sólo puede afectar a aquel en quien concurre”.

**Décimo cuarto:** Que, atendido lo expuesto, a juicio de esta Corte, tratándose de un delito especial impropio, no era posible entender partícipe del mismo a la acusada Cuevas Muñoz, por cuanto aun siendo funcionaria pública, no tenía a su cargo, -según la propia constatación efectuada por el tribunal *a quo*-, los caudales públicos malversados, de manera tal, que no concurriendo en su actuar un elemento del tipo, malamente podía atribuírsele la calidad de cómplice en la comisión de un delito que no podría haber cometido en calidad de autora.

**Décimo quinto:** Que sentado entonces que la acusada Cuevas Muñoz atendida su participación en los hechos debió responder por un delito base, cabe ahora discernir si es posible emitir una condena en este caso.

En este sentido el artículo 341 del Código Procesal Penal establece que “La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.

Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir la, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella”.

Como puede desprenderse de la norma citada, el tribunal está obligado a advertir a los intervinientes durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral o luego de la deliberación, de la posibilidad de realizar una calificación jurídica distinta de la propuesta en la acusación, lo que no aconteció en este caso, puesto que no existe constancia de este llamamiento, y aunque la defensa haya aludido al hurto en el presente arbitrio, no se generó debate respecto de esta materia, en especial si concurrían los requisitos del delito en comento, razón por la cual no puede dictarse



una sentencia condenatoria, pues ello importaría afectar el derecho a defensa de la imputada, lo que el legislador precisamente evita con la incorporación de este artículo 341 del Código Procesal Penal.

**Décimo sexto:** Que, por lo razonado precedentemente, se acogerá la segunda causal subsidiaria fundada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada en el recurso de nulidad por la errónea aplicación del artículo 233 del Código Penal, omitiéndose en consecuencia, pronunciamiento sobre la cuarta causal invocada, por infracción al artículo 16 en relación con el artículo 15 n°1 a 3, todos del Código Penal, y sobre la quinta causal alegada, por infracción al artículo 94 del Código Penal, presentada esta última, conjuntamente con aquella pero en subsidio de la que se acoge.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 372 y 384 de Código Procesal Penal, se declara:

1°.- Que **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Eduardo Gregorio Gordon Valcárcel, en contra de la sentencia de veintidós de noviembre de dos mil veinticuatro, dictada por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

2°.- Que, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Marcela Alejandra Cuevas Muñoz, por la segunda causal subsidiaria invocada, fundada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal por la errónea aplicación del artículo 233 del Código Penal, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, defecto relativo sólo a la sentencia impugnada, mas no al juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

**Regístrese** y dese a conocer a los intervinientes que asistan a la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de su notificación por el estado diario, hecho, devuélvase la competencia.

Redacción de la abogada integrante Catalina Infante Correa

**N°Penal-730-2025**

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor José Pablo Rodríguez Moreno e integrada por el ministro señor Tomás Gray Gariazzo y por la abogada integrante señora Catalina Infante Correa. No firma el ministro señor Gray por encontrarse ausente.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: ENVLXUXDSXF



**José Pablo Rodríguez Moreno**  
Ministro  
Corte de Apelaciones  
Veintiocho de abril de dos mil veinticinco  
13:40 UTC-4



**Catalina CYNTHIA INFANTE CORREA**  
Abogado  
Corte de Apelaciones  
Veintiocho de abril de dos mil veinticinco  
13:49 UTC-4



Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Jose P. Rodriguez M. y Abogada Integrante Catalina Infante C. Santiago, veintiocho de abril de dos mil veinticinco.

En Santiago, a veintiocho de abril de dos mil veinticinco, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: ENVLXUXDSXF

C.A. de Santiago

Santiago, veintiocho de abril de dos mil veinticinco.

En cumplimiento a lo ordenado por la decisión de nulidad que antecede y lo prescrito en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente **sentencia de reemplazo**.

**Visto:**

Se reproduce la sentencia anulada reemplazando en el primer párrafo del considerando noveno relativo al “Análisis y Valoración de los medios de prueba y hecho acreditado” la voz “los acusados”, por la voz “el acusado”. Asimismo, se elimina en el considerando décimo -ante penúltimo párrafo página 236- la oración “, *sin perjuicio de ello, como se dirá al desarrollar su participación en los hechos, esto no la exime de responsabilidad penal por los mismos*”; se reemplaza la oración “*los hechores se hayan apropiado*” -último párrafo página 236- por la oración “*el hechor se haya apropiado*” y asimismo, en la página 237 -segundo párrafo-, la voz “los acusados” por la voz el “acusado”. En el considerando décimo primero, a propósito de “la participación de la acusada Marcela Cuevas Muñoz” , se elimina su desarrollo a partir de la oración “, aquello bajo ningún respecto puede” -penúltimo párrafo página 238- hasta la oración final de dicho considerando “*pero no su concierto con sus superiores*”: Se elimina íntegramente el contenido del considerando décimo segundo sobre el “Rechazo de la prescripción de la acción Penal”, promovida por la defensa de la acusada Marcela Cuevas Muñoz, por innecesario. A partir del considerando décimo tercero, que pasa a ser décimo segundo -y así sucesivamente con los siguientes-, se reemplaza por el singular, toda referencia que involucre a ambos acusados, excluyendo a Marcela Cuevas Muñoz de toda alusión referente a su participación, defensa o condena, eliminándose desde luego íntegramente, los párrafos tercero y noveno de dicho considerando; la segunda parte del párrafo segundo del considerando décimo cuarto; la letra C del considerando décimo quinto; y el segundo párrafo del considerando décimo sexto. Por último, en la parte resolutive del fallo se eliminan los numerales III.- y IV.-; y en el VI.- se sustituye la voz “los sentenciados” por la voz “el sentenciado”.

**Y se tiene, en su lugar, y además presente:**

1° Que ha quedado establecido que la acusada Marcela Cuevas Muñoz tuvo participación en los hechos que dieron origen a la presente causa, pero conjuntamente con ello se ha constatado que no existen antecedentes normativos para considerar que aquella tenía a su cargo los caudales que fueron malversados, surgiendo la interrogante de si es posible atribuirle algún grado de participación en el delito del artículo 233 del Código Penal en relación con el



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: FZPNXUPDSXF

artículo 238 del mismo cuerpo legal, en circunstancias de que aquel requiere como elemento del tipo, la concurrencia de un sujeto calificado, calidad que aquella no ostenta.

**2°** Que como sostienen los autores Rodríguez y Ossandón en su obra “Delitos Contra la Función Pública”, a propósito de los elementos del tipo en el delito de malversación de caudales público “si un funcionario público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, el bien jurídico protegido no resultará lesionado en la misma medida que si actúa en contradicción con sus deberes específicos, y no quedaría justificada una pena superior a la del delito común de hurto o apropiación indebida”.

**3°** Que en la misma línea la Corte Suprema en sentencia de 3 de mayo de 2023, causa ROL 59856-2022, ha sostenido “8°) Que la disputa acerca de la comunicabilidad o incommunicabilidad trae a colación el distingo entre delitos especiales propios e impropios. Tratándose de los primeros, en que la calidad personal concurrente en el sujeto activo es fundante del injusto y la ausencia de ella determina la atipicidad de la conducta ilícita, se afirma la comunicabilidad. En cambio, los delitos especiales impropios tienen la característica de que la cualidad personal sólo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aún en el evento de no concurrir el factor personal (no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa).

**4°** Que, atendido lo expuesto, a juicio de esta Corte, tratándose de un delito especial impropio, no es posible entender partícipe del mismo a la acusada Cuevas Muñoz, por cuanto aun siendo funcionaria pública y habiendo participado en la comisión de los hechos, no tenía a su cargo los caudales públicos malversados, de manera tal que, si no podía haber participado como autora, por no concurrir respecto de ella un elemento del tipo, malamente podía atribuírsele la calidad de cómplice en la comisión de aquel delito.

**5°** Que no obstante lo anterior, atendido el hecho de que la acusada Cuevas Muñoz sí tuvo participación en los hechos solo que en una calidad que la dejaba fuera del tipo, surge la interrogante de si debió responder por un delito base, correspondiendo ahora discernir si es posible emitir una condena a su respecto.

En este sentido el artículo 341 del Código Procesal Penal establece que “La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.





Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella”.

Como puede desprenderse de la norma citada, el tribunal está obligado a advertir a los intervinientes durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral o luego de la deliberación, de la posibilidad de realizar una calificación jurídica distinta de la propuesta en la acusación, lo que no aconteció en este caso, puesto que no existe constancia de este llamamiento, y aunque la defensa haya aludido al hurto, no se generó debate respecto de esta materia, en especial si concurrían los requisitos del delito en comento, razón por la cual no puede dictarse una sentencia condenatoria, pues ello importaría afectar el derecho a defensa de la imputada, lo que el legislador precisamente evita con la incorporación de este artículo 341 del Código Procesal Penal.





En mérito de lo razonado y teniendo presente, además, lo dispuesto en las normas ya citadas y en los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se absuelve** a la acusada Marcela Alejandra Cuevas Muñoz del delito de malversación de caudales públicos contemplado en el artículo 233 del Código Penal en relación con el artículo 238 del mismo código.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la abogada integrante señora Infante.

**N°Penal-730-2025.**

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor José Pablo Rodríguez Moreno e integrada por el ministro señor Tomás Gray Gariazzo y por la abogada integrante señora Catalina Infante Correa. No firma el ministro señor Gray por encontrarse ausente.

<div></div> <div><b>José Pablo Rodríguez Moreno</b> Ministro Corte de Apelaciones Veintiocho de abril de dos mil veinticinco 13:40 UTC-4</div> <div></div>	<div></div> <div><b>Catalina CYNTHIA INFANTE CORREA</b> Abogado Corte de Apelaciones Veintiocho de abril de dos mil veinticinco 13:49 UTC-4</div> <div></div>
--	---

Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Jose P. Rodriguez M. y Abogada Integrante Catalina Infante C. Santiago, veintiocho de abril de dos mil veinticinco.

En Santiago, a veintiocho de abril de dos mil veinticinco, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: FZPNXUPDSXF