



000414

Santiago, seis de noviembre de dos mil quince.

VISTOS:

Enunciado del requerimiento, declaración de admisibilidad y precepto legal impugnado.

Con fecha 17 de julio de 2015 (a fojas 1) el Senador de la República señor Carlos Bianchi Chelech interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 239 y 240, incisos primero, tercero y cuarto, del Código Penal, que, respectivamente, tipifican las figuras de fraude al fisco y de negociaciones incompatibles, en el marco de los delitos perpetrados por empleados públicos en el desempeño de su cargo; solicitando a este Tribunal que declare la inaplicabilidad de dichos preceptos legales en el proceso penal RIT N° 2017-2013, RUC N° 1300410940-0, seguido en su contra ante el Juzgado de Garantía de Punta Arenas, y actualmente pendiente ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad bajo el RIT N° 76-2015, seguido en su contra ante el Juzgado de Garantía de Punta Arenas.

Por resolución de 21 de julio de 2015 (a fojas 106), la Segunda Sala de este Tribunal admitió a tramitación el requerimiento y ordenó que las partes vinieran a alegar acerca de su admisibilidad. Al efecto se verificó la audiencia de 28 de julio de 2015, en que fueron oídos el requirente, el señor Miodrag Marinovic, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado; resolviendo la Sala, por resolución de la misma fecha (a fojas 209), la admisibilidad parcial del requerimiento, esto es, declarando la inadmisibilidad respecto del artículo 239, por carecer de fundamento plausible, y la admisibilidad respecto de la impugnación del artículo 240, por estimar que en relación con esta última norma se cumplían los requisitos constitucionales y legales al efecto.



000415

En consecuencia, la sentencia que debe recaer sobre el fondo de la acción de inaplicabilidad deducida en estos autos se circunscribe únicamente al contexto del impugnado artículo 240, incisos primero, tercero y cuarto, del Código Penal, que dispone:

(Inciso primero): "El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

... (Inciso tercero): Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

(Inciso cuarto): Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma."





000416

Gestión judicial en que incide el requerimiento.

En relación con la gestión judicial en que incide el requerimiento, conforme expone el actor y consta de los demás antecedentes que obran en autos, el 23 de mayo de 2015 el Ministerio Público dedujo acusación en contra del requirente como autor del delito del artículo 240 aludido, señalando, en síntesis, que los hechos constitutivos del ilícito consistían en que el señor Bianchi, siendo Senador de la República por la circunscripción 19, correspondiente a la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, actuando en su calidad de empleado público, interviniendo en razón de su cargo y haciendo uso de su "asignación para la labor parlamentaria", entre los años 2006 y 2010, arrendó como sede parlamentaria un inmueble en la ciudad de Punta Arenas, originalmente de propiedad de su suegra, su cónyuge y sus dos cuñados, que luego pasó a ser de propiedad exclusiva de sus dos cuñados.



Se agrega en la acusación que, en primera instancia, el señor Bianchi solicitó a Tesorería del Senado extender los pagos mensuales a su nombre, con cargo al ítem "gasto de oficina", y, posteriormente (desde octubre de 2009), al modificarse por la Comisión de Régimen Interior del Senado dicho ítem por "gastos para el funcionamiento de oficina y de labor parlamentaria", el Senado realizó directamente los pagos del arriendo.

Se añade en la acusación que durante todo el período de tiempo anotado el Senador pactó una renta con un sobreprecio seis veces mayor al promedio de mercado, dando con ello interés a sus parientes e infringiendo su deber de probidad.

En cuanto al estado actual de la gestión *sublite*, consta en autos que, previa resolución de la Corte de Apelaciones respectiva, confirmada por la Corte Suprema,



000417

que declaró el desafuero del Senador, el Juzgado de Garantía de Punta Arenas tuvo por deducida la acusación fiscal en su contra por el delito de negociación incompatible, a la que adhirió el Consejo de Defensa del Estado, y se dedujo también acusación particular por el señor Miodrag Marinovic.

Luego, se verificó la audiencia preparatoria (6 de agosto de 2015) y se dictó el auto de apertura del juicio oral, encontrándose actualmente pendiente la realización de la audiencia de juicio ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del tribunal.

En relación al fondo del asunto y al conflicto constitucional sometido a conocimiento y resolución de esta Magistratura, el requirente, luego de manifestar que el artículo 240, impugnado, es aplicable y decisivo para la resolución del asunto, pues, precisamente, es el sustento legal del delito de negociaciones incompatibles por el cual fue acusado, así como la norma determinante para las pruebas que deberán rendir las partes en el juicio, postula que la aplicación de dicho precepto, en el caso concreto, importa infringir el Capítulo V de la Constitución Política y, específicamente, el artículo 62 de la misma.

Lo anterior, toda vez que la norma cuestionada constituye una interferencia inconstitucional de la ley en la autonomía e independencia del Congreso Nacional, desde que el artículo 62 de la Carta Fundamental, al disponer que *"los diputados y senadores percibirán como única renta una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado, incluidas todas las asignaciones que a éstos correspondan"*, en el marco de uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho, asegura la





000418

separación de los poderes del Estado y la garantía de su autonomía e independencia, lo cual, precisamente, el artículo 62 de la Constitución hace extensivo al presupuesto del Poder Legislativo, en cuanto a la dieta y asignaciones de los Diputados y Senadores, sin restricción alguna.

Agrega que el artículo 62 equipara la dieta con las "asignaciones parlamentarias", no por otorgarle el carácter de renta, sino en cuanto a la autonomía presupuestaria que tiene el Congreso respecto de ambas, siendo este poder del Estado quien determina libremente y a través de sus órganos internos el destino de aquéllas, sin que pueda el artículo 240 cuestionado limitar o restringir el uso de las asignaciones en el marco de la función parlamentaria, bajo amenaza de pena, pues ello vulnera la separación de poderes garantizada por la Carta Fundamental.



Añade que la referida autonomía es reconocida por la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que, en armonía con el artículo 62 constitucional, dispone en su actual artículo 66 que "el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias determinará, con cargo al presupuesto del Congreso Nacional, el monto, destino, y criterios de uso de los fondos públicos destinados por cada Cámara para financiar el ejercicio de la función parlamentaria", entendiéndose dentro de ésta "todas las actividades que realizan senadores y diputados para dar cumplimiento a las funciones y atribuciones que les confieren la Constitución y las leyes, comprendiendo la tarea de representación popular y las diversas labores políticas que llevan a cabo".

Sostiene el actor que, en el mismo sentido anotado, lo ha entendido el Consejo Resolutivo de Asignaciones



000419

Parlamentarias que, por resoluciones del año 2011, aprobó una regla que dispone que los contratos que suscriban parlamentarios con cargo a sus asignaciones y con personas sujetas a algún vínculo de parentesco, deberán ser aprobados por la respectiva Comisión de Ética. Luego, si se entendiera que el artículo 240 se aplica a las asignaciones parlamentarias, el propio Consejo Resolutivo estaría incitando a los parlamentarios a incurrir en un delito.

En consecuencia, el artículo 240 impugnado no puede, sin conculcar la Constitución, aplicar restricciones al destino que el Congreso Nacional, con cargo a su presupuesto, da libremente a las asignaciones parlamentarias, como lo hace dicho precepto legal al disponer que los parlamentarios no pueden, con cargo a sus asignaciones, contratar con sus parientes.

Observaciones al requerimiento formuladas por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado.

Con posterioridad a su declaración de admisibilidad parcial, y conforme al artículo 86 de la ley orgánica constitucional del Tribunal (por resolución de fojas 222), el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de las demás partes en la gestión *sublite*, a fin de que ejercieran su derecho a formular observaciones acerca del fondo.

Por presentaciones de 17 de agosto de 2015 (a fojas 245) y de 20 de agosto de 2015 (a fojas 313), el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, respectivamente, hicieron uso de este derecho, instando ambos por el rechazo del requerimiento, conforme a las siguientes argumentaciones.

- El **Ministerio Público** solicita el rechazo, en primer término, porque en la especie no se presenta un





000420

conflicto constitucional relacionado con la función parlamentaria o la separación de poderes; pues la discusión en la causa en que incide el requerimiento se circunscribe a determinar si el artículo 240 del Código Penal puede o no aplicarse a los miembros del Congreso, en relación con el uso de sus asignaciones, cuestión de interpretación legal que debe ser resuelta por el juez del fondo.

En segundo lugar, el Ministerio Público solicita el rechazo del requerimiento por cuanto el artículo 240 reprochado no pugna con el artículo 62 constitucional, ni afecta la separación de funciones o la autonomía presupuestaria del Congreso.

En este sentido, el artículo 62 constitucional no es una norma que consagre la autonomía del Congreso Nacional, y el requirente no explica cómo desprende del texto de dicho artículo que la referencia a la renta de los diputados y senadores determinaría la autonomía presupuestaria del Parlamento.

Sin perjuicio de lo anterior, señala el Ministerio Público que la afirmación principal que sustenta el requerimiento, consistente en que el Congreso es absolutamente autónomo para determinar a través de sus órganos internos cómo se gastan las asignaciones parlamentarias, sin que pueda al efecto existir restricción alguna, como la que, precisamente, se establecería por el artículo 240 del Código Penal, impugnado, no es correcta, toda vez que el Congreso Nacional, como órgano del Estado, debe someter su acción a la Constitución y las leyes, quedando los Senadores y Diputados, en el ejercicio de sus funciones, sujetos al principio de probidad consagrado tanto en el artículo 8° de la Carta Fundamental como en el artículo 5° A de su respectiva ley orgánica constitucional.





000421

Asimismo, el Congreso carece de patrimonio propio y hace uso de fondos públicos conforme al presupuesto de la Nación, y, en relación con ello, el artículo 66 C de su ley orgánica constitucional dispone que corresponde al Presidente de cada Cámara denunciar los hechos que revistan caracteres de delito y se vinculen con el mal uso de los recursos destinados a financiar la función parlamentaria, reconociendo así la posibilidad de que la propia ley tipifique como delito dicho mal uso de fondos públicos por un Senador.

Como expone el requirente, conforme al artículo 66 de la ley orgánica constitucional del Congreso, el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias determina el monto y uso de los fondos públicos que, con cargo al presupuesto del Parlamento, se destinan para el financiamiento de la función parlamentaria, agregando la norma que ello se efectúa *"conforme a los principios que rigen la actividad parlamentaria"*, dentro de los cuales se encuentra el aludido principio de probidad, que importa que un Senador o Diputado no puede hacer primar sus intereses particulares o los de sus parientes por sobre los intereses propios de su función pública, que es precisamente el comportamiento que contempla como ilícito el artículo 240 impugnado.

Finalmente agrega como antecedente que el propio Senador Bianchi, al discutirse su desafuero ante la Corte Suprema, sostuvo que los actos asociados al ilícito que se le imputa los había realizado a título personal y no en razón de su cargo; por lo que concluye el Ministerio Público de todo lo expuesto que no se aprecia de modo alguno cómo la norma legal cuestionada podría en el caso particular ser incompatible o infringir la autonomía del Congreso Nacional o el principio de separación de poderes.





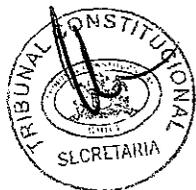
000422

- El Consejo de Defensa del Estado, igualmente, pide el rechazo del requerimiento, primero, por cuanto el asunto planteado no importa un conflicto constitucional, sino de mera legalidad, consistente en determinar si el precepto impugnado es o no aplicable a los supuestos fácticos de la gestión *sublite*; esto es, el Senador requirente pretende, vía acción de inaplicabilidad, fijar una determinada interpretación del artículo 240 del Código Penal, en orden a que los hechos que son objeto de la acusación no pueden subsumirse en el tipo penal de negociación incompatible, cuestión que debe ser resuelta por el juez de fondo.

Como segundo argumento para el rechazo, el Consejo de Defensa del Estado sostiene que el requirente yerra tanto respecto a la naturaleza cuanto acerca del alcance del artículo 62 de la Constitución, que estima vulnerado.

Así, en cuanto a la naturaleza del artículo 62, el actor entiende que aplicar la figura delictiva de negociaciones incompatibles en relación con las asignaciones parlamentarias importaría la afectación del principio de separación de poderes. Sin embargo, el artículo 62 constitucional no guarda relación alguna con dicho principio. En efecto, esta disposición ni siquiera entraña un principio, sino una regla, que es la regla de fijación de las remuneraciones de los parlamentarios.

Por otro lado, el requirente confunde el alcance del mismo artículo 62, desde que, sobre su base, pretende entender una referencia a las asignaciones de los parlamentarios para sustentar su requerimiento. Sin embargo, la mención en dicho precepto constitucional a las "asignaciones", no guarda relación alguna con las "asignaciones parlamentarias". Lo anterior puesto que la norma se refiere únicamente al sueldo de los parlamentarios, haciéndolo equivalente a la remuneración





000423

de un Ministro de Estado, incluidas las asignaciones de dichos Ministros, dentro de las cuales no pueden comprenderse las asignaciones parlamentarias. Lo anterior es evidente y basta una mera interpretación sistemática de la norma para apreciarlo, pues, evidentemente, los Ministros de Estado no pueden tener dentro de sus asignaciones las parlamentarias, que tienen por objeto satisfacer la función de Diputado o Senador, conforme al artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; al tiempo que las mismas asignaciones parlamentarias no pueden comprenderse dentro del sueldo de los Diputados y Senadores, pues son independientes de su remuneración.



Concluye el Consejo de Defensa del Estado manifestando que acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad significaría entender que las asignaciones parlamentarias, establecidas para la función propia de los parlamentarios, no son dineros públicos y pueden disiparse libremente, al no estar tampoco sujetas al principio de probidad del gasto público.

Vista de la causa y acuerdo.

Previa certificación del estado de relación (fojas 338), por resolución de 25 de agosto de 2015 se ordenó traer los autos en relación, agregándose la causa para su vista en la tabla de Pleno del día 10 de septiembre de 2015, fecha en que se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados representantes del requirente, del señor Marinovic, del Ministerio Público y del Consejo de Defensa del Estado; y, con fecha 6 de octubre de 2015, se adoptó acuerdo (certificado a fojas 406).



000424

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, en primer lugar, es necesario precisar la naturaleza del conflicto constitucional planteado por el requerimiento del H. Senador Carlos Bianchi. Para ello, se solicita contrastar el artículo 62 de la Constitución en relación con los artículos 239 y 240, incisos primero, tercero y cuarto, del Código Penal, que, respectivamente, tipifican las figuras de fraude al fisco y de negociaciones incompatibles, en el marco de los delitos perpetrados por empleados públicos en el desempeño de su cargo;

SEGUNDO.- Que, por resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en votación dividida, se dispuso la admisibilidad parcial del requerimiento con el objeto de realizar el denominado contraste de inaplicabilidad por inconstitucionalidad únicamente reducido al artículo 240 del Código Penal, esto es, en lo relativo a la negociación incompatible;

**I.- DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO NORMATIVO DEL CASO.**

TERCERO.- Que, a lo largo de la tramitación de este proceso constitucional y de las observaciones planteadas en el mismo, las partes han desplegado argumentaciones que acotan el examen jurisdiccional a un conjunto tasado de interpretaciones. Sobre ellas debe pronunciarse el Tribunal verificando, a partir de ahora, el universo concreto de normas y principios constitucionales invocados que determinan *prima facie* el presente conflicto normativo;

CUARTO.- Que las cuestiones que se deducen para la resolución del caso, a juicio de las partes, exigen a este Tribunal pronunciarse sobre el deber de probidad de



000425

los parlamentarios (fs. 12, 14, 15, 254, 257, 289-293, 298 y 318 del proceso constitucional), sobre el principio de legalidad penal (fs. 12, 17, 63-72, 80-83, 273-279 y otras del mismo), acerca de la independencia y separación de los poderes del Estado (fs. 24, 29, 248, 252, 315, 317 y 319 del proceso constitucional), sobre la autonomía presupuestaria o financiera del Congreso (fs. 25, 30, 248, 255, 295 y 316 del proceso), acerca de la autonomía de gasto de las asignaciones parlamentarias por parte de los senadores (fs. 25, 28, 296, 297 y 318 del proceso) y sobre la independencia de la función parlamentaria (fs. 251, 253 y 319);

QUINTO.- Que en este primer análisis del discurso argumentativo planteado por las partes es necesario decantar metodológicamente el conflicto circunscribiéndolo sólo a aquellas propiedades normativas relevantes que definirán el caso, adaptando algunos criterios propuestos por la doctrina (Moreso, José Juan (2009), *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, pp. 309-319). Por lo tanto, cabe desestimar brevemente las cuestiones que bajo ninguna circunstancia están involucradas en el mismo;

SEXTO.- Que, en tal sentido, el principio de separación de poderes del Estado no es ni puede ser parte de la solución de este caso por variadas razones.

Primero, porque el caso está referido a la imputación de gastos con cargo a la asignación de un parlamentario en el ítem de arriendo de sede parlamentaria en regiones. Por tanto, la dimensión institucional del Senado no está reflejada en este acto individual del senador.

Segundo, porque la separación de poderes es un principio reconocido en el ámbito de la teoría política democrática, pero cuya fórmula constitucional de





000426

determinación en la norma fundamental varía de país en país. Al punto que nuestra Constitución lo consagra perodebiendo desprenderse de una interpretación mucho más amplia que la que supuestamente aparecería condensada en el artículo 62 de la misma.

Tercero, porque el propio requirente desmerece la condición del punto impugnado al deducir que la oposición constitucional se produce como una derivación del principio de separación de poderes y que se configura en el principio de la autonomía presupuestaria del Congreso ("... en este caso no puede ser objeto de dicho reproche penal ya que se atenta seriamente en contra de la separación de poderes y la autonomía que en materia de asignaciones parlamentarias se ha entregado al Congreso Nacional." (fs. 29).

Cuarto, porque aplicando un test negativo y aceptando la idea contraria, esto es, si no existieran recursos financieros para la disposición y puesta en práctica de sedes distritales o regionales de los parlamentarios, concluiríamos que en nada se afectaría el principio de separación de poderes. Lo anterior, puesto que el poder del Congreso se define en sus potestades propias del ámbito legislativo así como en su función de autorizar nombramientos públicos, entre otras atribuciones, pero en relación al arriendo de una sede parlamentaria lo ejerce en cuanto contratante. Por tanto, operan en esferas diferentes puesto que la función política no puede confundirse con la dimensión administrativa;

SÉPTIMO.- Que cabe, igualmente, desestimar la posible aplicación que pueda tener el principio de independencia de la función parlamentaria, por las siguientes razones:





000427

Primero, porque la dieta parlamentaria ha cumplido una función democratizadora en la historia del Congreso, posibilitando el acceso al mismo de distintas fuerzas políticas conforme avanzaba el establecimiento del sufragio universal y se incrementaba la libertad electoral. El debate en torno a la dieta osciló entre su otorgamiento como un debilitamiento de su "independencia" frente al Gobierno o como una fortaleza de su "independencia" frente a los intereses sociales (Joignant, Alfredo, y Cossette, María (2010), "La República virtuosa. Honor, desinterés y vocación en los debates parlamentarios sobre las dietas y los fueros en Chile (1812-1925)", *Atenea*, 502, II Semestre, pp. 25-53). Por tanto, la independencia del parlamentario es sostenida por esa dieta, pero no se puede derivar más conclusiones sobre la misma. El parlamentario ya accedió al Congreso y el uso de las asignaciones parlamentarias corresponde a una necesidad de su ejercicio como tal y no es una señal de su independencia.



Segundo, porque si bien a primera vista el artículo 62 se ubica dentro del párrafo denominado "Normas comunes a diputados y senadores" y una parte de esos preceptos están expresamente destinados a salvaguardar la independencia de la función parlamentaria a través de institutos como el fuero, la inviolabilidad y las inmunidades, lo cierto es que el reconocimiento constitucional de la dieta parlamentaria cumple una función de límite más que de promoción de su independencia. Justamente, al vincular la determinación de la dieta y asignaciones a las que corresponden a un Ministro de Estado, se restringe la auto-asignación financiera.

Tercero, porque el caso está asociado a las imputaciones de gastos relativos al arrendamiento de la sede parlamentaria de su circunscripción senatorial y, en



000428

cambio, toda la actividad propia de la independencia de la función parlamentaria implica el ejercicio de sus potestades legislativas y otras que se desenvuelven en un ámbito no administrativo.

Cuarto, porque también se impone un test negativo. ¿Qué pasaría hipotéticamente con la independencia de la función parlamentaria si no existieran asignaciones presupuestarias para la oficina local del senador? No se vería afectada esta independencia porque no depende ésta de la existencia o no de estas asignaciones. Sí, en cambio, vería entorpecida su función de representación en su circunscripción, pero en el ámbito administrativo. Por tanto, resulta imposible que juegue algún papel en la determinación del caso específico;



II.- PAUTAS APLICABLES AL CASO Y PROPIEDADES NORMATIVAS RELEVANTES PARA SU RESOLUCIÓN.

OCTAVO.- Que a partir de las consideraciones anteriores podemos sostener que las propiedades normativas relevantes en la resolución de este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad son a primera vista las siguientes:

- a.- La autonomía financiera del Congreso.
- b.- Los mecanismos de decisión financiera del Congreso.
- c.- La discrecionalidad del parlamentario al interior de dicha decisión institucional.
- d.- El principio constitucional de probidad y la norma penal.
- e.- El principio de legalidad penal y el delito del artículo 240 del Código Penal;



000429

NOVENO. - Que estas pautas puedan resolver el caso no implica que toda la determinación del mismo deba ser objeto de un exhaustivo análisis, puesto que lo que parece plausible a primera vista puede no serlo en un examen detenido de los principios involucrados. Tal es el caso del análisis del principio de probidad en relación con el delito del artículo 240 del Código Penal. Sirvan algunas consideraciones más precisas en la materia, a saber:



En primer lugar, el propio requirente no ha solicitado que su pretensión sea analizada a la luz de la aplicación del principio de probidad y se acoja como una infracción constitucional al artículo 8° de la Carta Fundamental. Una argumentación hipotética de esa naturaleza debería haberse sostenido sobre la base de una regla que excepcionase la aplicación del principio de probidad, cuyo no es el caso.

En segundo lugar, porque visto por parte de los querellantes y los organismos públicos que investigan la acción penal, el delito del artículo 240 del Código Penal constituye una infracción indudable al principio de probidad puesto que el caso está sostenido en una negociación incompatible. Y así lo han expresado en el presente caso.

En tercer lugar, porque la doctrina penal que se ha invocado en el proceso califica de la misma manera la vinculación de este delito como infracción, en último término, al bien jurídico probidad. El artículo 240 del Código Penal:

"consagra un auténtico delito de peligro abstracto, que se consuma con la sola ejecución de las conductas descritas en sus diferentes incisos, sin que se requiera la verificación de un resultado o perjuicio para el patrimonio



000430

fiscal, y ni siquiera que deba acreditarse el que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo concreto de ser afectado, puesto que éste se supone ínsito ya en la realización de los comportamientos prohibidos" (Guillermo Oliver Calderón y Luis Rodríguez Collao, Informe en Derecho, fs. 82 del expediente).

"El bien jurídico protegido por la norma que prohíbe la negociación incompatible es, primariamente, la confianza en la corrección de la función pública. Etcheberry caracteriza este bien jurídico como *la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear la administración pública*. Rodríguez y Ossandón lo identifican con el correcto desempeño de la función administrativa, que exige el respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad" (Antonio Bascuñán Rodríguez y José Miguel Valdivia Olivares, Informe en Derecho, fs. 275).



En cuarto término, diversos cuerpos normativos son consustanciales al reconocimiento del principio de probidad aplicable a los parlamentarios y, entre ellos, los siguientes:

"Los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia, en los términos que señalen la Constitución Política, esta ley orgánica constitucional y los reglamentos de ambas Cámaras.

El principio de probidad consiste en observar una conducta parlamentaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función, con preeminencia del interés general sobre el particular [...]" (artículo 5° A de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional



000431

del Congreso Nacional (modificada por Ley N° 19.653, de 1999).

Quinto, que estas reflexiones podrían llevar a considerar que el principio de probidad tiene una función innegable en el presente proceso constitucional para desestimar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada y no para acogerla. En tal sentido, ese reconocimiento sería suficiente para validar la condición de propiedad relevante de este principio. Por lo mismo, habrá que argumentar por qué no lo es;

DÉCIMO.- Que de las exposiciones de los penalistas se puede sostener que una cosa es pensar que el bien jurídico que mejor resume la finalidad del artículo 240 del Código Penal es el principio de probidad y otra cosa muy distinta es probar los elementos que lo configuran punitivamente. Es así como la existencia de componentes integrantes del principio de probidad como el "correcto desempeño funcionario", la "apariencia de imparcialidad y honestidad" o la ausencia de involucramiento en "actos prohibidos" son categorías que deben desarrollarse. Por tanto, el examen del principio de probidad es sólo el inicio del reconocimiento de su infracción, pero no resuelve por sí mismo aquel tipo que ha de sujetarse al canon propio del derecho penal. Por ejemplo, en este aspecto juega un papel de integración normativa fundamental la interpretación que se haga del artículo 4° de la Ley 19.886.

Adicionalmente, cabe considerar categorías construidas como casos paradigmáticos para hacer más patente el punto. El delito del artículo 240 del Código Penal es contrario al principio de probidad. Pero, verificado en el caso concreto, no todo atentado al principio de probidad es delito, sino, infracciones administrativas. Especialmente tratándose de un





000432

parlamentario que está sujeto a los más exigentes parámetros del principio de probidad, resulta posible la existencia de conductas reprochables pero improbables las delictivas. Esto no es más que reconocer el principio de *ultima ratio* que guía la determinación punitiva de los actos en una sociedad.

De lo anterior se deduce que el principio de probidad no exime del examen que en sede penal ha de realizarse tanto técnica, normativa como probatoriamente en el ámbito de cada uno de los requisitos del tipo, de su interpretación y subsunción de los elementos fácticos por parte del juez penal. Por tanto, si bien existe en este proceso constitucional una aplicación del principio de probidad, cabe estimarlo sólo como un elemento coadyuvante, auxiliar y de refuerzo a la hipotética argumentación que desestime el requerimiento. No obstante, eso se verá más adelante, pero en esta etapa del examen interpretativo cabe calificar como no decisiva su contribución en las propiedades normativas que resolverán el caso;



A.- La autonomía financiera del Congreso Nacional.

DECIMOPRIMERO.- Que entrando en el examen de las propiedades normativas relevantes del requerimiento, la autonomía financiera del Congreso Nacional es el punto de partida. Lo primero que cabe preguntarse es si la autonomía de la que estamos hablando es aquella que predetermina el constituyente o si ésta está configurada por el legislador. Lo anterior es significativo porque si esta autonomía tiene un reconocimiento constitucional, sea reflejado en el artículo 62 de la Carta u otro precepto de la misma, sea expresa o tácitamente, ella está en el centro del requerimiento planteado ante el Tribunal;



000433

DECIMOSEGUNDO.- Que respondiendo dicha pregunta cabe hacer un examen acerca de la predeterminación del Presupuesto por decisión constitucional en todos los órganos constitucionales autónomos porque podría ser un elemento común a la naturaleza institucional de esa autonomía.

No obstante, cabe reflejar, como punto de partida, que sólo de los Tribunales Electorales se predica la obligación de consultar en la Ley de Presupuestos los fondos necesarios para su organización y funcionamiento (artículo 97 de la Constitución) y en el caso de las municipalidades, se les reconoce que "gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas" (artículo 122 de la Constitución). En tal sentido, la primera regla contiene una obligación de hacer y en la otra hay una obligación de no interferir.



¿Esta parquedad constitucional respecto de todos los demás organismos constitucionales autónomos implicará, acaso, que no rige respecto de ellos la autonomía financiera en sus dos vertientes de obligación de hacer y de no interferir? y ¿cuál es el tipo de normativa que las sustenta?;

DECIMOTERCERO.- Que la administración financiera de los organismos constitucionales autónomos supondría averiguar dónde se define la obligación de hacer, esto es, el deber estatal de incorporar el presupuesto necesario para la organización y funcionamiento de estos órganos.

Es así como respecto de un conjunto importante de órganos autónomos, son sus leyes orgánicas respectivas las que establecen este deber, a saber:

i) Respecto del Tribunal Constitucional, en los artículos 152 y 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y



000434

sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

ii) En relación con el Ministerio Público, en el artículo 90 de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

iii) O el Poder Judicial, en el numeral 1° del inciso tercero del artículo 506 del Código Orgánico de Tribunales, concebido en términos genéricos sin considerar la existencia de leyes financieras especiales respecto de tribunales especiales o unidades específicas.

En síntesis, en lo sustancial respecto del Congreso Nacional rige igual obligación, debiendo la Ley de Presupuestos "consultar anualmente los recursos necesarios para el funcionamiento del Congreso Nacional, sujetándose a la clasificación presupuestaria común para el sector público. Para estos efectos, los presidentes de ambas Cámaras comunicarán al Ministro de Hacienda las necesidades presupuestarias del Congreso Nacional dentro de los plazos y de acuerdo a las modalidades establecidas para el sector público" (artículo 67 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).

Por tanto, es concluyente el hecho de que la obligación estatal de disponer fondos presupuestarios en buena parte de los organismos constitucionales autónomos constituye una obligación legal y constitucionalmente respaldada en la protección de la financiación de las leyes permanentes, según se verá;

DECIMOCUARTO.- Que la autonomía financiera del Congreso Nacional está regulada legalmente por su normativa orgánica y contiene los siguientes principios:

a.- Principio de legalidad del gasto. Aunque parezca obvio decirlo, la Ley de Presupuestos es el fruto de la colaboración entre el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional y son estos poderes los primeros llamados a





000435

cumplir con la estructura fundante de los principios que gobiernan el presupuesto público. Entre ellos, el principio de legalidad en cuanto implica que "los integrantes del Sector Público deben atenerse a las disposiciones legales que regulan el gasto público y, entre ellas, a las que rigen los presupuestos del sector público, de modo que todo egreso que se autorice debe precisar su fuente de financiamiento" (Julio Pallavicini (2015), *Derecho Público Financiero*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 46). En tal sentido, el presupuesto del Congreso Nacional está reconocido como tal en la Partida N° 2, Capítulos 1 (Senado), 2 (Cámara de Diputados), 3 (Biblioteca del Congreso Nacional) y 4 (Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias), todo ello como consecuencia de integrar este presupuesto el sistema de administración financiera regulado por el Decreto Ley N° 1.263, sobre Administración Financiera del Estado.



b.- Principios de universalidad y unidad. El primero implica que el Congreso Nacional refleja todo su presupuesto en la Ley de Presupuestos, no existiendo cuentas extrapresupuestarias ni ingresos especiales. Lo anterior, da pie para que este Presupuesto, al estar contenido anualmente en un mismo instrumento normativo, satisfaga el principio de unidad del Presupuesto, esto es, todos los gastos en un solo instrumento, cuestión que facilita el control. Todos están incluidos en "el" proyecto de Ley de Presupuestos, pluralmente indicativo de los Ministerios, servicios y organismos del Estado, sean centralizados o descentralizados.

c.- Principio de control interno del Presupuesto del Congreso. La libertad financiera del Congreso está regulada por los artículos 66 A, 67 y 68 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional y en esta normativa se disponen controles internos para la ejecución del gasto



000436

con cargo a dos instituciones integrantes del Congreso Nacional: el Comité de Auditoría Parlamentaria y la Comisión Revisora de Cuentas por cada cámara. "El Comité de Auditoría Parlamentaria será un servicio común del Congreso Nacional y estará encargado de controlar el uso de los fondos públicos destinados a financiar el ejercicio de la función parlamentaria y de revisar las auditorías que el Senado, la Cámara de Diputados y la Biblioteca del Congreso Nacional efectúen de sus gastos institucionales" (artículo 66 A de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).

d.- Principio de publicidad del Presupuesto del Congreso Nacional. "Las cuentas del Congreso Nacional serán públicas y una síntesis de ellas se publicará anualmente en el Diario Oficial" (artículo 68 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).



e.- Ejecución financiera integrada. El presupuesto del Congreso Nacional, al ser parte de las modalidades generales del presupuesto del sector público, ejecuta su gasto de acuerdo a las reglas generales del mismo. Para ello, "cada Cámara determinará la forma en que participará en el sistema de información administrativa y financiera establecido para los órganos y servicios públicos regidos por la Ley de Administración Financiera del Estado, información que acreditará el cumplimiento de las normas legales aplicables al Congreso Nacional" (artículo 68 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).

f.- Autonomía financiera interna. Una de las cuestiones que resultan claves es la identificación de la libertad financiera del Congreso Nacional, que se desmarca de las reglas generales. Esta libertad está referida a la autonomía para realizar "traspasos



000437

internos" entre los diversos ítems de los correspondientes programas, capítulos y partidas, por cada una de las Cámaras. Asimismo, existe libertad para "regular el examen y aprobación de las cuentas de gastos respectivas" de cada Cámara (artículo 68 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).

DECIMOQUINTO.- Que, en conclusión, la autonomía financiera del Congreso Nacional está desarrollada por su legislación orgánica y tiene un fundamento constitucional genérico en el artículo 67 de la Constitución. "El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente" (inciso segundo del artículo 67 de la Constitución). Son las leyes permanentes las que garantizan la autonomía financiera de todos los servicios centralizados y descentralizados. No obstante, estos gastos pueden ser objeto de modificación por parte del Presidente de la República ya que es de iniciativa exclusiva la alteración de las reglas de "administración financiera o presupuestaria del Estado" (artículo 65, inciso 3°, de la Constitución). No obstante, la posición del Congreso Nacional tiene mayor resguardo y su libertad de configuración es más amplia por dos razones. Primero, porque es el único organismo que controla esta autonomía decidiendo la propia Ley de Presupuestos. Es garante de la autonomía de los otros órganos y, por cierto, de la propia (artículo 6° inciso 1° de la Constitución). Y, en segundo lugar, porque tal autonomía está salvaguardada de algunas de las decisiones de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en lo que interesa, en la determinación de las remuneraciones de la Administración Pública (artículo 65, numeral 4°, de la Constitución).





000438

Esta libertad de configuración financiera es coherente con el conjunto de potestades que posee el Congreso Nacional en el ámbito de su autonomía normativa (artículo 56 de la Constitución y 4° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional), de control (artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional) y organizativa (artículos 3° y 17° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).

Por tanto, el principio constitucional de autonomía financiera del Congreso Nacional, está ampliamente desarrollado por la Ley Orgánica Constitucional respectiva, máxime si su modelo de establecimiento es el seguimiento de las pautas generales del sistema de administración financiera del Estado, con las diferencias ya apuntadas con especial consideración al artículo 67 de la Constitución. Sin embargo, descartar que el artículo 62 de la Constitución no contenga este principio no implica que esta disposición constitucional no regule los otros elementos medulares de este requerimiento y que hemos identificado como propiedades relevantes: los mecanismos de decisión financiera del Congreso y la discrecionalidad financiera del propio parlamentario, según veremos;



B.- Los mecanismos de decisión financiera del Congreso.

DECIMOSEXTO.- Que la gestión judicial pendiente correspondiente al requerimiento de autos, abarca una imputación penal por mal uso de asignaciones parlamentarias que configuraría los delitos de fraude al fisco y de negociación incompatible, contemplados en los artículos 239 y 240 del Código Penal, acontecida entre los años 2006 y 2014.

Esto exige analizar las modalidades de instrumentación de las decisiones financieras del



000439

Congreso Nacional, específicamente del Senado, en este período, advirtiéndose dos momentos distintos:

1.- Desde el año 2006 hasta la dictación de las leyes N° 20.447 y 20.464, en el año 2010.

2.- Desde la constitución del Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, definido en las leyes indicadas.

En el primer período (2006 - hasta la constitución del Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias) los mecanismos institucionales para definir las asignaciones de gasto correspondían, esencialmente, a un régimen de auto-asignación. Esto es, eran competentes para tal decisión la Comisión de Régimen Interior del Senado y la Comisión de Régimen Interno de la Cámara de Diputados, respectivamente a cada corporación. "La Comisión de Régimen Interior tendrá a su cargo la supervigilancia del orden administrativo e interno de los servicios de la Corporación, la administración del edificio y sus dependencias y las demás atribuciones que le confíen la ley y el reglamento" (artículo -OJO: precisar aquí el número del artículo citado), inciso segundo, del Reglamento del Senado).



Esta función de "policía interior" (Bronfman, Alan, Cordero, Eduardo, y Aldunate, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, Thomson Reuters, Universidad Católica de Valparaíso, p. 84), respecto de las asignaciones parlamentarias, asignaba los fondos, pero sus competencias parecen limitarse a "la aprobación del proyecto de presupuesto de la Cámara" (Idem, p. 85). La mayor o menor libertad práctica -no normativa- que tenía un parlamentario en este período y si representaba o no al Senado -en los hechos- en la ejecución presupuestaria de gastos correspondientes a su circunscripción



000440

senatorial, es una cuestión ajena a las competencias de esta judicatura constitucional.

En cambio, el segundo período se inaugura a partir del establecimiento del Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, que se constituye como un órgano independiente y externo a los propios parlamentarios, a fin de objetivar la decisión sobre gasto. Es así como la Ley N° 20.447 dispuso la creación de este organismo, cuyo objetivo es determinar "con cargo al presupuesto del Congreso Nacional y conforme a los principios que rigen la actividad parlamentaria, el monto, el destino, la reajustabilidad y los criterios de uso de los fondos públicos destinados por cada Cámara a financiar el ejercicio de la función parlamentaria".



Este Consejo está integrado por un ex consejero del Banco Central; un ex decano de una Facultad de Administración, Economía o de Derecho de cualquier universidad reconocida oficialmente por el Estado; por un ex senador y por un ex diputado que se hayan desempeñado por un período no inferior a 8 años y por un ex Ministro de Hacienda o ex Ministro de Economía o un ex Director de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.

Este Consejo funciona como una garantía institucional para la determinación del buen uso de los recursos fiscales asignados por la Ley de Presupuestos anualmente, puesto que está dotado de pluralismo, competencia técnica y conocimiento interno de las prácticas parlamentarias. Este tipo de institución parece ser creada dotándola de las características que se veían ausentes en el modelo anterior;

DECIMOSÉPTIMO.- Que el legislador no sólo crea este mecanismo institucional sino que se ve en la necesidad de reforzar algunas dimensiones adicionales, provenientes de las prácticas parlamentarias. Primero, y aunque parezca



000441

reiterativo, las leyes de Presupuestos incorporan una glosa específica, dedicada a este funcionamiento del Consejo:

"Con cargo a estos recursos se podrá efectuar todo tipo de gastos relacionados con la contratación de personal de apoyo, asesorías externas y gastos operacionales para los Senadores y Comités.

No obstante y conforme a los principios que rigen la actividad parlamentaria, el monto, el destino, la reajustabilidad y los criterios de uso de los fondos públicos destinados por el Senado a financiar el ejercicio de la función parlamentaria, serán los determinados por el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, siempre y cuando esto no supere el monto global presupuestado".(Glosa 04, Programa 01, Capítulo 01, Partida 02: Senado, Ley de Presupuestos para el año 2014, Ley N° 20.713).



Lo que debía verificar el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias era la aplicación de estos criterios a los ítems 03.001-007, referidos a gastos de personal de apoyo a senadores, asesoría externa a senadores, gastos operacionales de senadores, personal de apoyo a comités, asesoría externa a comités, gastos operacionales de Comités y otras transferencias. Esta glosa ya había sido utilizada en la Ley de Presupuestos para el año 2013 y en la Ley N° 20.798, Ley de Presupuestos para el año 2015.

En segundo lugar, se introdujo una reforma que tuvo que ver con las reglas de contratación pública, donde se contempló una nueva restricción en las modalidades de la misma. El artículo 4° de la Ley N° 19.886, reformado así por la Ley N° 20.088, dispone que:

"Sin embargo, cuando circunstancias excepcionales lo hagan necesario, los órganos y empresas referidos en el inciso cuarto podrán celebrar dichos contratos, siempre que se



000442

ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. La aprobación del contrato deberá hacerse por resolución fundada, que se comunicará al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados. En el caso del Congreso Nacional la comunicación se dirigirá a la Comisión de Ética del Senado o a la Comisión de Conducta de la Cámara de Diputados, según corresponda, y, en el caso del Poder Judicial, a su Comisión de Ética".

Por tanto, esta norma habilita una contratación de aquellas que antes no estaban permitidas, en la medida que satisfagan requisitos de equidad en el mercado y con la garantía de la autorización previa por parte de la Comisión de Ética respectiva;



DECIMOCTAVO.- Que esta diferencia de modalidades de funcionamiento tiene una dimensión constitucional y otra penal. En la primera habrá que verificar si la determinación de las decisiones de asignaciones de gasto se realiza como ejecución del artículo 62 de la Constitución, en cuanto la voz "asignaciones" correspondería a aquellas sobre las cuales han tenido competencia estos organismos, o tiene otra naturaleza.

Y en cuanto al aspecto penal, corresponderá al juez de fondo estimar que en el tránsito de uno a otro régimen de tratamiento de las asignaciones parlamentarias cabe o no la aplicación de la ley penal más favorable. Este último, reiteramos de conformidad a nuestra jurisprudencia, es parte de las cuestiones de legalidad sobre las cuales no le compete al Tribunal Constitucional pronunciarse. Así por lo demás lo ha sostenido esta Magistratura al expresar que:

"la determinación de si ese cambio es o no desfavorable, no es algo que pueda resolver de manera abstracta este Tribunal. Corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción poco feliz



000443

por el legislador de la norma que se impugna, realizar dicha determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, pudiendo presentarse -como resultado de esa comparación- distintas posibilidades; entre ellas: la posible despenalización de conductas antes ilícitas, la aplicación más favorable al acusado de las normas contenidas en la nueva ley por observancia de la *lex mitior*; la aplicación del *indubio pro reo*; la subsunción de hechos constitutivos de la quiebra culpable o fraudulenta en disposiciones de la nueva ley y la aplicación de la ley más favorable, o la aplicación preteractiva de las normas derogadas; aspectos todos que sólo pueden ser determinados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarlas (véase Antonio Bascuñán Rodríguez. "La aplicación de la ley penal derogada", Revista del Abogado, N° 17, del Colegio de Abogados de Chile, Temas, pág. 12)" (Sentencia Rol N° 2.673, considerando 66°);



DECIMONOVENO.- Que así como la determinación penal corresponde al juez de fondo a partir de la legislación enunciada, el examen de una de las propiedades normativas relevantes que está pendiente puede coadyuvar a la resolución de este caso. La cuestión depende de la existencia o no de la discrecionalidad financiera del parlamentario, a partir de una interpretación que nace desde el artículo 62 de la Constitución, en especial a partir del examen de la voz "asignaciones". A eso destinaremos el examen final de esta sentencia, antes de las respectivas conclusiones y aplicaciones al caso concreto;

C.- La discrecionalidad presupuestaria del parlamentario y el artículo 62 de la Constitución.

VIGÉSIMO.- Que el artículo 62 de la Constitución dispone que:

"Los diputados y senadores percibirán como única renta una dieta equivalente a la remuneración



000444

de un Ministro de Estado incluidas todas las asignaciones que a éstos correspondan."

Este precepto no ha tenido una interpretación unívoca y como sostiene José Luis Cea "han sido delicados los tropiezos en la aplicación del precepto, hasta el punto que en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional se agregó, en julio de 2010, un Título completo, con el epígrafe *Del Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias y del Comité de Auditoría Parlamentaria.*" (Cea Egaña, José Luis (2013), *Derecho Constitucional Chileno. Tomo III*, Ediciones Universidad Católica de Chile;



VIGESIMOPRIMERO.-Que esta disposición constitucional y parámetro resolutivo de este caso, tiene diferentes tesis constitucionales resultado de su interpretación, las cuales se pueden identificar según la mayor o menor discrecionalidad de que dispondría un parlamentario en la disposición de las asignaciones parlamentarias. Por lo mismo conviene exponerlas a continuación:

a.- Una primera tesis es aquella expuesta por la parte requirente, en cuya virtud, se incrementaría la discrecionalidad financiera del senador, entendiendo que las "asignaciones" referidas en el indicado precepto constitucional, serían aquellas propias y pertinentes al ejercicio de la función parlamentaria, incluyendo todo el apoyo auxiliar que requiere la función misma, tanto en su sede de Valparaíso como en su circunscripción senatorial. Por tanto, el senador se comportaría respecto de estas asignaciones de la misma manera que todos nos manejamos con nuestra remuneración, esto es, con entera libertad y sin ninguna restricción. En tal sentido, la dieta parlamentaria estaría compuesta por el equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado más las asignaciones que éste emplea en el ejercicio de su



000445

función. En esta perspectiva, el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias tendría una función más acotada a otros gastos.

b.- Por su parte, desde nuestra doctrina nacional, es posible destacar, en primer lugar, la expresada por el constitucionalista Enrique Navarro, quién vincula el artículo 62 con la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de fijación de remuneraciones (artículo 65, numeral 4°, de la Constitución). A partir de este vínculo sostiene que "se puede concluir que la remuneración de los parlamentarios debe ser equivalente a la de un Ministro de Estado, con sus respectivas asignaciones, todas las cuales se encuentran fijadas previamente por medio de una ley, que es iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y respecto de la cual sólo le cabe al Congreso aceptar o disminuir dichos montos. Así, no está facultado el Congreso para fijar, motu proprio, las remuneraciones o las asignaciones a que tiene derecho todo parlamentario, habida consideración que todas ellas deben encontrarse precisadas en la ley" (Navarro, Enrique (1999), "La dieta parlamentaria en Chile: Antecedentes histórico-institucionales y su consagración en la Constitución de 1980", en *Revista Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, Santiago, p. 115). Por tanto, en esta interpretación, que puede considerarse más restrictiva, hay que concluir que la dieta de un parlamentario no es el "equivalente" a la de un Ministro de Estado sino que esas "asignaciones" son las que corresponden a un Ministro, las que deben estar predeterminadas por ley, careciendo el Congreso Nacional del poder de determinación autónoma de las mismas. Cabe advertir, en todo caso, que esta opinión académica es anterior a la reforma que introdujo el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias. Sin perjuicio de ello, cabe destacar en esta temprana tesis, dos argumentos





000446

útiles para la debida comprensión del precepto constitucional, en primer lugar, la idea de que las asignaciones parlamentarias corresponden a las de los Ministros de Estados, al utilizar la expresión "que a éstos correspondan" y, especialmente el pronombre demostrativo "éstos", que designa cercanía o refiere a lo que se acaba de mencionar. También es útil extraer de esta tesis, el hecho que la exigencia de ley para las asignaciones, puede comprenderse referida a la autorización del actual texto de la Ley Orgánica del Congreso Nacional y a su aprobación anual en las partidas correspondientes de la Ley de Presupuesto, con la autonomía indicada en el considerando 15° de esta sentencia.



c.- Asimismo, es conveniente considerar la opinión más actual de otros constitucionalistas nacionales, como Humberto Nogueira, quien indica que "la Constitución vigente buscó establecer un parámetro objetivo para determinar la dieta parlamentaria, determinando que ella fuera equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado, considerando todas las asignaciones que a éstos corresponden para efectos de movilización, secretaría y personal de apoyo. (...) Los senadores perciben una dieta parlamentaria de \$ (...) brutos. A su vez, disponen de un conjunto de recursos complementarios: los gastos propios de la labor parlamentaria son aquéllos en que incurre el Senador para el adecuado cumplimiento de su mandato" (Nogueira, Humberto (2013), *Derecho constitucional chileno*, Tomo II, Thomson Reuters, p. 541). En una posición similar podríamos indicar el trabajo de Jiménez Larraín, Fernando y Jiménez Loosli, Fernando (2014), *Derecho Constitucional*, Tomo II, Universidad Católica de la Santísima Concepción, p. 664. Igualmente parece apreciarse en esta posición Alejandro Silva Bascuñán (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI, 2000,



000447

Editorial Jurídica de Chile, pp. 385-386). Si bien no es concluyente el modo interpretativo de este criterio, hay que apreciar que en él se contempla dentro de la voz "asignaciones" del artículo 62 de la Constitución el fundamento para que ambas Cámaras determinen los gastos adicionales a la remuneración de un parlamentario y que son decisivos en el desarrollo de su función. Por tanto, hay que dilucidar cuál es la interpretación plausible del artículo 62 de la Constitución, en particular, definiendo quién determina el gasto, el procedimiento y los usos;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que, para comprender el precepto constitucional que se analiza, será necesario desentrañar su exacto contenido y alcance. Para ello recurriremos a las reglas de interpretación histórica, lógica, sistemática y finalista;

VIGESIMOTERCERO.- Que, en cuanto a la dimensión histórica del artículo 62 de la Constitución, este precepto surge en el seno de la Comisión Ortúzar a partir de una propuesta de reforma a la Constitución de 1925, aprobada parcialmente durante el Gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva y que no logró transformarse en norma constitucional, la que indicaba:

"Los diputados y senadores sólo percibirán como dieta una cantidad equivalente al sueldo base de los Ministros de la Corte Suprema, y además para gastos de representación y como única asignación complementaria por el desempeño de su cargo, una suma correspondiente al cincuenta por ciento de la dieta".

Durante la discusión, se debatió que la introducción de este artículo debía ligar la dieta al cumplimiento de deberes de asistencia, tal como lo hacía la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de 1925. No





000448

obstante, primó un criterio relativo a considerar la práctica parlamentaria y las maneras en que ésta se desarrolla. Pero, para efectos de lo que importa, se decidió eliminar la expresión "sueldo base" y reemplazarla por "remuneración" porque "es más amplia y considera todos los emolumentos" (Comisionada Luz Bulnes, Sesión 417a., del 5 de octubre de 1978). A esta idea se agregó que "una buena remuneración será la única compensación a todas las causales de incapacidad que les afectan" (Comisionado Jaime Guzmán, Sesión 417a., del 5 de octubre de 1978).

Lo más relevante es lo que acuerda en esa misma sesión 417a. la Comisión Ortúzar, al entender que "se aprueba incorporar el término remuneración, en el entendido de que comprende las distintas asignaciones que constituyen el estipendio de un Ministro de la Corte Suprema".



Por tanto, en esta etapa de la formación del precepto constitucional no es posible sostener que las mencionadas "asignaciones" correspondan a la dimensión coadyuvante al ejercicio de la función parlamentaria, puesto que el parámetro era el "remunerativo", asociado a la remuneración de un Ministro de la Corte Suprema y donde las asignaciones respectivas estaban referidas o incluidas en el estipendio mismo.

El Consejo de Estado, en la persona del ex Presidente de la Corte Suprema, señor Enrique Urrutia, desestimó la idea de asociar la dieta a la remuneración de un Ministro de la Corte Suprema, por ser "un sistema que ya trajo, según señala, consecuencias nefastas en el pasado", sin que las actas reflejen explícitas razones. El consejero señor Julio Philippi propuso asociarlo a la remuneración de un Ministro de Estado, acordándose como tal, estableciendo que "la dieta parlamentaria sea



000449

equivalente a las remuneraciones de los Ministros de Estado, en la que se incluyen todas las asignaciones que a éstos corresponden" (sesión N° 84 del Consejo de Estado, del 7 de agosto de 1979). No obstante, la proposición de texto fue definida en la sesión del 29 de enero de 1980, determinándose que "los diputados y senadores percibirán una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado". En consecuencia, tampoco puede entenderse la tesis extensiva del requirente en esta etapa, puesto que ni siquiera se refiere a la noción de asignaciones.

Por último, y sin poder conocer las Actas de la Junta de Gobierno, el texto en análisis, fue reemplazado incorporando la expresión "incluidas todas las asignaciones que a éstos correspondan";

En definitiva, el sentido histórico no es concluyente, por la opacidad del antecedente que prefigura la determinación definitiva de la voz "asignaciones" por parte de la Junta de Gobierno. No obstante, cabe constatar que en todas las etapas previas de su establecimiento parecía buscarse la construcción de un parámetro que objetivara el régimen remunerativo de un parlamentario, sin precisar el sentido de qué lo integra ni quién lo define;

VIGESIMOCUARTO.- Que, atendiendo al criterio lógico de la norma, el actual artículo 62 de la Constitución hace tres tipos de distinguos. Primero, realiza una nítida calificación como "remuneración" a la dieta. Segundo, hace una referencia que podría inducir a error desde el punto de vista gramatical, puesto que atribuye las "asignaciones" que a "éstos correspondan", en circunstancia de haber utilizado en el encabezamiento la voz plural "diputados y senadores" y predicar aquéllas respecto de la voz singular "Ministro de Estado". Con





000450

ello, podría darse la hipótesis o el equívoco de que la norma indicaría que la remuneración de un parlamentario es la de un Ministro de Estado, pero que las asignaciones que habría que incluir en la misma serían todas las asignaciones de funcionamiento del Congreso a título de dieta, tesis que se aproxima a la planteada por el requirente. En tercer lugar, habrá que clarificar que la Constitución dispone consagrar una "dieta equivalente" a la de un Ministro de Estado y no la "misma" remuneración;

VIGESIMOQUINTO.- Que estas distinciones exigen alguna precisión adicional. La referencia plural del que "a éstos correspondan" indica a los Ministros de Estado por haber varios, como es de obvio conocimiento. A mayor abundamiento, cabe hacer presente que la expresión "éstos", de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es un pronombre demostrativo plural de la palabra "este", y con el se "designa lo que está cerca de la persona que habla, o representa y señala lo que se acaba de mencionar", de suerte que aplicada esta definición al precepto para desentrañar su sentido, no cabe sino comprender que las asignaciones a las cuales se refiere, corresponden a la de los Ministros de Estado. En tal sentido, esta interpretación gramatical del artículo 62 descarta la referencia a los propios diputados y senadores puesto que si hubiese querido indicarlos a ellos debería decir, a "aquéllos". Esta conclusión gramatical descarta la idea de que la dieta parlamentaria está constituida por dos conceptos independientes, esto es, por un lado la remuneración de un Ministro de Estado y por otra parte, las asignaciones parlamentarias que determina el Congreso Nacional. La necesaria interpretación constitucional supone establecer un vínculo entre ellas y para ello hay dos precisiones que son fundamentales. El artículo 62 de la Constitución exige realizar una equivalencia, no una simple similitud.





La equivalencia es "guardando igualdad" (Real Academia Española (2001), Diccionario de la Lengua Española, Espasa, Tomo I, p.945) y habrá que estar al análisis de las condiciones que permiten esa determinada igualdad con el Ministro del Estado y, es probable, que allí encuentre su más pleno sentido la expresión "asignaciones". El punto queda mucho más claro cuando se contrasta con dos ejemplos legales.

La remuneración de un Ministro de esta magistratura "corresponderá a la remuneración de un Ministro de Estado, incluidas todas las asignaciones que a éstos correspondan" (artículo 149 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). En este caso, se trata de las asignaciones determinadas por el legislador y nada más. No es necesario realizar ningún ejercicio de similitud, parecido o equivalencia. En cambio, en el caso del Fiscal Nacional "tendrá una remuneración equivalente a del Presidente de la Corte Suprema, incluidas todas las asignaciones que correspondan a dicho cargo" (artículo 73 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público). Aquí no se trata de la remuneración asimilada a la de un Ministro de la Corte Suprema, la que estaría constituida por todas las asignaciones que define el legislador, sino que se trata de hacer una "equivalencia al cargo" de Presidente de la Corte Suprema.



Por tanto, estos ejemplos corroboran una dimensión amplia del artículo 62 de la Constitución relativas a las asignaciones que son equivalentes con la remuneración de un Ministro de Estado;

VIGESIMOSEXTO.- Que el precepto del artículo 62 debe interpretarse en un contexto sistemático de la Constitución, puesto que no es el único lugar en donde ésta lo regula. Los ex Presidentes de la República tienen derecho a la misma dieta parlamentaria, según lo dispone



000452

el artículo 30, inciso tercero, de la Constitución: "En virtud de esta calidad, le serán aplicables (...) el artículo 62". A través de la Ley N° 19.672 se instrumentó esta reforma constitucional y se creó esta dieta, la cual se asigna en un ítem especial de la partida presupuestaria del Senado.

Lo interesante es que el inciso quinto del artículo 30 de la Constitución dispone que "[e]l ex Presidente de la República que asuma alguna función remunerada con fondos públicos, dejará, en tanto la desempeñe, de percibir la dieta, manteniendo, en todo caso, el fuero. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones y comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial".



Por tanto, la dieta de los ex - Presidentes de la República está regulada de tal manera que la percepción de la misma es igual a la de los senadores. Por tanto, ella es la que permite determinar un beneficio pecuniario que incluye las asignaciones que permitan mantener el estatus y dignidad propia de un ex - Presidente de la República. Por eso, sólo admite que esta dieta es incompatible con otra "función remunerada con fondos públicos", puesto que pasa a ejercer esa nueva función pública. En tal sentido, la dieta específica deberá contener las asignaciones coherentes con la dignidad oficial que les corresponde y aquello no es sólo la remuneración;

VIGESIMOSEPTIMO. - Que hay una determinación sistemática adicional que habrá que tener en cuenta. La naturaleza de organismo constitucionalmente autónomo no impide, como vimos, que el principio de autonomía financiera se desarrolle a partir de la Ley Orgánica Constitucional respectiva y como parte del Sistema de Administración Financiera del Estado.



000453

Varios organismos constitucionales tienen autonomía financiera en la determinación de las remuneraciones de sus autoridades o funcionarios. Tales son los casos de las municipalidades (artículo 121 de la Constitución) o del Banco Central (artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central). Por tanto, la condición de autonomía constitucional les ha permitido a otros organismos no ser autárquicos pero sí disponer de un margen de acción en la dimensión financiera para determinar, con grados mayores o menores, una cuestión significativa como las remuneraciones. Esta noción parece aún más necesaria tratándose de la función parlamentaria;

VIGESIMOCTAVO.- Que, desde un punto de vista finalista, la Constitución no puede tener dos nociones de dieta parlamentaria, aunque existan dos categorías de beneficiarios de la misma (los parlamentarios y los ex Presidentes de la República), puesto que parten desde una misma regulación. Esta normativa debe preservar el sentido unitario o unívoco de la voz "remuneración". A lo largo de la Constitución, la idea de "remuneraciones" está presente en muy distintos asuntos y por supuesto que el legislador tiene libertad para aprobar regímenes monetariamente distintos para diversos tipos de trabajadores, públicos o privados. Sin embargo, no puede construir, desde la Constitución, un concepto de remuneraciones que exorbita el sentido natural del acrecimiento remunerativo por la vía de las "asignaciones" y, por lo mismo, debe descartarse la tesis planteada por el requirente. El sentido finalista y sistemático exige preservar un esquema normativo unitario y no es conducente a ese objetivo una interpretación extralimitada de la dieta parlamentaria, incluyendo todo tipo de asignaciones, personales y para el servicio de su función, bajo el título de la remuneración.





000454

Desde un punto de vista finalista, hay que preservar un espacio de autonomía en la determinación de las remuneraciones y sus asignaciones puesto que impacta en la labor de los parlamentarios e, indirectamente, en el estatuto de los ex Presidentes de la República, que están ligados. Se trata de financiar una remuneración equivalente a la de un Ministro de Estado que, según la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional ha aludido a que ésta se funda en "los principios que rigen la actividad parlamentaria" (artículo 66 de la Ley Orgánica aludida) y que se extienden a "todas las actividades que realizan senadores y diputados para dar cumplimiento a las funciones y atribuciones que les confieren la Constitución y las leyes" (artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional). De esta manera, las asignaciones parlamentarias son determinadas en el seno del Congreso Nacional como manifestación de su independencia pero sometidas a un régimen legal con garantías institucionales de imparcialidad (Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias) y con mecanismos de control (Comité de Auditoría Parlamentaria). Corresponde a aquel Consejo determinar "el monto, el destino, la reajustabilidad y los criterios de uso de los fondos públicos destinados por cada Cámara a financiar el ejercicio de la función parlamentaria" (artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional). Las asignaciones parlamentarias surgen desde el precepto constitucional pero para relevar la función parlamentaria y están sometidos a un nuevo régimen normativo, institucional y financiero que limita el uso de las mismas pero preserva su libertad política de determinación. Además, esta cuestión fue resuelta en un reciente requerimiento de constitucionalidad del proyecto de ley que impugnaba el nuevo sistema electoral. Una de los cuestionamientos abarcaba directamente el punto de la vulneración del





000455

artículo 67 de la Constitución por incrementar el gasto de las asignaciones parlamentarias -al aumentar el número de parlamentarios- sin indicar la fuente de financiamiento. Esta Magistratura resolvió el problema de fondo contrastando las razones por las cuáles no se advertía dicha inconstitucionalidad. Sin embargo, en su razonamiento recordó que "el aumento de gasto por dieta se financiará con cargo a los recursos contemplados en la Partida del Congreso Nacional de la Ley de Presupuestos" (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.777, considerando 53°) y "que ello debe hacerse en el marco de la facultad que le da la Ley Orgánica del Congreso al propio órgano legislativo para establecer la forma en que se distribuirán los fondos que le corresponden (artículo 68, Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional). En tal sentido, se trata de transferencias internas de recursos" (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.777, considerando 52°).



Por tanto, si el Congreso Nacional tiene potestad para reducir las asignaciones parlamentarias, y aquello es perfectamente constitucional, con mayor razón la tiene cuando deba incrementarlas dentro del marco de la Ley de Presupuestos y de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional;

VIGESIMONOVENO.- Que, en consecuencia, siguiendo todos los criterios de interpretación reseñados, el Congreso Nacional tiene libertad de configuración para determinar asignaciones parlamentarias como una remuneración equivalente a la de un Ministro de Estado, en el marco de los artículos 62 y 67 de la Constitución y de todos los principios financieros que rigen su propio Presupuesto dentro del Sistema de Administración Financiera del Estado. Sin embargo, no todas estas asignaciones generan una discrecionalidad tal en cada parlamentario que esté exenta de limitaciones en su uso



000456

definidas por las propias leyes. No resulta razonable entender que la autonomía del parlamentario contendría una discrecionalidad financiera que alcanzase las asignaciones institucionales, a título de renta, que corresponden a la ejecución de esa función en su circunscripción senatorial;

III.- APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS AL CASO CONCRETO.

TRIGÉSIMO.- Que del examen de las propiedades normativas relevantes se puede concluir que la tesis planteada por el requirente no está incorporada en una interpretación constitucional coherente, unitaria, lógica y sistemática del artículo 62 de la Constitución que se estima vulnerado. Por tanto, el parámetro constitucional invocado no es susceptible de ser infringido en la presente causa porque simplemente no aplica a los supuestos normativos y de hecho de la gestión pendiente;



TRIGÉSIMOPRIMERO.- Que, en consecuencia, si se trataba de contrastar el otro factor relevante, cual es el principio de legalidad penal y el delito del artículo 240 del Código Penal, ya no cabe extenderse a esas consideraciones porque no resulta razonable la existencia de oposición entre el precepto constitucional aludido y el delito del artículo 240 del Código Penal, por todas las consideraciones que se han hecho en relación a los principios de autonomía financiera del Congreso y a la discrecionalidad financiera del parlamentario en la ejecución de los gastos definidos por la Cámara respectiva.

Resulta claro que el artículo 240 del Código Penal plantea el problema de un tipo de conflictos de interés, esto es, la referida a negociaciones entre parientes. Y que existen disposiciones legales que formulan maneras de



000457

resolver esos conflictos de interés cuando están referidos a contratos (artículo 4° de la Ley N° 19.886) o a actos unilaterales (artículo 12 de la Ley N° 19.880). Estas determinaciones límites no son resorte de solución por parte de esta Magistratura por tratarse de asuntos de mera legalidad y será función del juez de fondo determinar la integración normativa aplicable al caso. Es evidente, en todo caso, que bajo ningún aspecto dichos gastos están eximidos de los principios aplicables en virtud de los artículos 6°, 7° y 8° de la Constitución.

No obstante, no correspondiendo entrar al examen de las categorías penales, la determinación de esta Magistratura se atiene a lo razonado en los considerandos 9°, 10°, 16°, 17° y 18° de la presente sentencia;

TRIGÉSIMOSEGUNDO.- Que las consideraciones anteriores obligan a concluir que la acción de inaplicabilidad deducida en estos autos no puede prosperar, en la medida que sus argumentos no demuestran una vulneración de la normativa constitucional invocada.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS UNO.

NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA DEDUCIR SU ACCIÓN.





000458

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor José Ignacio Vásquez Márquez previenen que concurren a la decisión y a sus fundamentos, con excepción de lo consignado en sus considerandos decimosegundo, decimotercero y en el párrafo segundo del considerando vigesimoséptimo, por incluir razonamientos que no tienen relación con el preciso conflicto de constitucionalidad que toca resolver a esta Magistratura. Tienen especialmente presente, en este sentido, que las consideraciones referidas al sistema de administración financiera de otros órganos del Estado, distintos del Congreso Nacional, no resultan pertinentes, atendida la competencia específica del Tribunal Constitucional en el ejercicio de un control concreto como es la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como la deducida en estos autos.



Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar dejan constancia de que concurren a la decisión desestimatoria que antecede, pero **exclusivamente sobre la base de las consideraciones** que enseguida exponen:

1°) Que, en el curso del presente proceso constitucional, ni la fundamentación del requerimiento y demás escritos complementarios, ni las alegaciones vertidas en estrados por la parte requirente, han logrado formar en estos juzgadores la convicción, más allá de toda duda razonable, de que la aplicación del artículo 240 del Código Penal, en el proceso ordinario que constituye la gestión pendiente de que se trata, pudiera resultar contraria al artículo 62 de la Constitución, lo que fuerza desestimar el requerimiento de fojas 1.

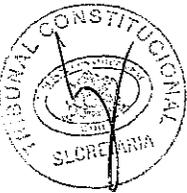
Sin embargo, aunque lo expresado resulta suficiente fundamento para la decisión desestimatoria, atendida la



000459

relevancia institucional que sobrepasa a este concreto caso, pues tal decisión, errónea o maliciosamente interpretada, podría llevar a alguno a poner en cuestión la constitucionalidad de forma en que, desde 1990, el Congreso Nacional ha resuelto, dentro de la esfera de sus atribuciones, las necesidades del desempeño de la función parlamentaria, estos previnientes estimaron un deber fundamentar su prevención también en los motivos siguientes;

EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 62 DE LA CONSTITUCIÓN



2°) Que, a diferencia de las remuneraciones, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos para el personal de la Administración Pública, cuyas condiciones y montos son fijadas por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 65, inciso cuarto, N° 4, constitucional), el artículo 62 de la Constitución Política dispone lo siguiente: "Los diputados y senadores percibirán como única renta una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado incluidas todas las asignaciones que a éstos correspondan".

Si el propósito del Constituyente hubiese sido que la dieta parlamentaria fuese igual a la remuneración de un Ministro de Estado, esto es, el sueldo base más todos los demás emolumentos que perciben en razón de ejercer su empleo, habría mantenido pura y simplemente el texto propuesto en su oportunidad por el Consejo de Estado: "Los diputados y senadores percibirán una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado";

3°) Que, en vez, la Constitución en definitiva estableció (1) que los parlamentarios tendrían una "renta", y (2) que en esta renta hay que incluir: a) una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de



000460

Estado y b) las demás asignaciones que a éstos -los diputados y senadores- correspondan.

Siendo de precisar que el adjetivo "éstos" debe entenderse en relación a tales congresistas, por motivos elementales de sintaxis y comoquiera que de ellos trata el artículo 62 y el párrafo donde se los incluye: "Normas comunes para los diputados y senadores".

Afirmar lo contrario, esto es, que el Constituyente quiso referirse a los Ministros de Estado para incluir en la dieta no sólo el sueldo base sino el total de las asignaciones administrativas y demás emolumentos que perciben dichos Secretarios de Estado por su desempeño, es suponerle ignorancia de conceptos administrativos elementales, pues es bien sabido que el vocablo "remuneración" incluye, precisamente, cualquier contraprestación en dinero a que los funcionarios públicos tienen derecho en razón de desempeñar su empleo o función durante toda la jornada de trabajo (Estatuto Administrativo, artículo 3°, letra e);



4°) Que lo afirmado es así porque la voz "renta" posee un alcance amplio, no sólo comprensivo de aquellas sumas propiamente remuneratorias en sentido estricto, esto es, como se indicó, de aquellos estipendios que se perciben como retribución por una labor desempeñada, ya que también existen rentas que tienen un carácter compensatorio, según reconoce la práctica legislativa desde antiguo (Estatuto Administrativo Interpretado, 1972, Contraloría General de la República, pág. 16).

Por lo expresado, estos jueces previnientes son de opinión que, al redactar en la forma en que lo hizo el artículo 62 de la Carta Fundamental, el Constituyente quiso incluir dentro de la renta de los parlamentarios (además de la dieta equivalente a la remuneración correspondiente de un ministro de Estado, incluidas las asignaciones administrativas), las demás asignaciones no



000461

administrativas que a éstos correspondan, en consideración a la naturaleza de sus funciones, que exige gastos y desembolsos necesarios y propios del desempeño de la función parlamentaria, que ha menester compensar.

Son, éstas, las denominadas "asignaciones parlamentarias", actualmente reguladas en el artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, pues bien sabía el Constituyente que, en el caso de los ministros de Estado, los gastos necesarios para el desempeño de su cargo están consultados en el presupuesto del respectivo Ministerio;

5°) Que la aplicación práctica del artículo 62 de la Constitución, desde su origen, corrobora esta interpretación, ratificada en 2010 con la dictación de la Ley N° 20.447, que introdujo el artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, N° 18.918, entregando ahora la materia a un Consejo Resolutivo, pero manteniendo siempre en sede parlamentaria la facultad de fijar el monto, destino y condiciones de uso de las asignaciones parlamentarias, naturalmente, con cargo al Presupuesto del Congreso Nacional, mecanismo cuya constitucionalidad jamás ha sido cuestionada;

6°) Que, en conclusión, aunque concurrimos a la decisión desestimatoria de la sentencia debido a que, como se dijo, la fundamentación y demás alegaciones hechas valer por el requirente no fueron suficientes para que la acción interpuesta prosperara, ante la profusión de las más variadas tesis interpretativas sobre el artículo 62 de la Constitución, que arriban a las conclusiones más contradictorias, y a fin de no involucrarnos en esa confusión, estimamos un deber consignar los motivos que, a juicio de los Ministros que los suscribimos, explican, en términos sencillos y breves, el genuino significado del artículo 62 de la





000462

Carta Política, en cuya virtud el Congreso Nacional ha venido, pacíficamente, acordando el sistema de financiamiento de la actividad parlamentaria, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada en los presentes autos, cuestión, esta última, que también estimamos prudente precisar.

Los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva tienen además presente, en relación con el artículo 240 del Código Penal, lo siguiente:

1°) Que, necesario es precisar los valores constitucionales envueltos en el conflicto sometido a la decisión de esta Magistratura, para luego, dentro de un marco metodológico y conceptual, plantear nuestra perspectiva;

2°) Que, la Carta Fundamental, en su capítulo III referido a los derechos y deberes constitucionales, garantiza a todas las personas la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de jueces y tribunales, a objeto de lograr su restablecimiento en caso de infracción por parte del Estado o de los particulares;

3°) Que, la Carta Fundamental en diversas normas regula el ius puniendi estatal y el delito de manera que tanto la víctima como los restantes intervinientes en el hecho ilícito sean amparados a efectos del restablecimiento del imperio de la normativa de la Constitución, y el imputado sea castigado en tanto y cuanto corresponda, a la luz de principios como el imperio de la ley, la separación de los poderes del Estado, la responsabilidad de los gobernantes, la legalidad de la administración y la existencia de un catálogo de derechos humanos;

4°) Que, como ha declarado esta Magistratura, "La Constitución descansa en principios y valores básicos que





000463

se encuentran contenidos principalmente en los artículos 1°, 4° y 5°, preceptos que no tienen un carácter meramente declarativo sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados" (Rol N°46);

5°) Que, en este mismo contexto, este órgano jurisdiccional ha señalado: "Que la Constitución consagra un conjunto de normas que permite concluir que el delito es una figura que tiene reconocimiento constitucional, como el máximo medio de sanción a la infracción de bienes jurídicos asegurados como derechos fundamentales en ella" (STC 1244-2008). Y agrega el mismo fallo "que el delito se concibe, desde una perspectiva constitucional, como una forma de sancionar y restablecer el imperio del derecho frente a la violación de valores jurídicos fundamentales de la convivencia social, que no son otros que los mismos protegidos por las garantías que la Constitución asegura a todas las personas".



Que el juez constitucional, está obligado y requiere de él una vinculación a la letra de la norma, así como también una adecuación a los cánones axiológicos constitucionales, aspectos claves en la legitimación democrática de las sentencias. "Pero también una adecuación a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que también contribuyen a la estabilidad aplicativa. Así pues como señala el Tribunal Constitucional español, sólo puede hablarse de una aplicación vulnerada del principio de legalidad penal, cuando "dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada



000464

en las resoluciones recurridas..." (Entre otras muchas sentencias, STC 142/1999, del 22 de julio, FJ 4°)(Jesús María Silva Sánchez, Tiempos de Derecho Penal, Ed. B de F, 2009, Argentina, p.23). Que el sistema penal se sustenta y reclama su fundamento y sus límites en los valores y bienes consagrados por la propia Constitución, dado que el nuestro es un Estado de derecho, lo que significa que sujeta el ejercicio del ius puniendi al derecho positivo; además es democrático, según el artículo 4° de la Constitución, lo que implica "subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre" (Cuaderno del Tribunal Constitucional, N°44, año 2011, El Derecho Penal y Procesal Penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010) Giovanni Víctor Cisternas Veliz, p. 28);



6°) Que, así el sentido de constitucionalidad para el caso concreto que se debe analizar por este Tribunal Constitucional dice relación con principios de derecho penal insertos en la Ley Suprema, y que es del caso referir en el contexto de que trata la acción de inaplicabilidad deducida. Es en este marco que se debe discurrir acerca del tipo penal contemplado en el artículo 240 del Código Criminal, el cual, en cuanto al sujeto activo del delito está referido al "empleado público", tomando esta nomenclatura en un sentido estricto, esto es, aquellas personas que teniendo la calidad de funcionarios públicos por ser parte de un organismo propio de la Administración del Estado, de aquellos a que se refiere el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, entendido, que se desprende del bien jurídico protegido por esta figura penal, el cual "está constituido por la función administrativa cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y



000465

honestidad en las relaciones con los particulares" (Delitos contra la función pública, **Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow**, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, año 2008, p. 422). Este concepto se ve reforzado por la doctrina penal, en cuanto sostiene que el interés penalmente tutelado dice relación con las conductas de los funcionarios públicos en los actos de la Administración como medio para su provecho personal, como lo expresa en su obra sobre delitos en particular Maggiore, comentando precisamente el delito de negociación incompatible, y queda refrendado por la jurisprudencia comparada que ha sostenido que "El ilícito nombrado conmina punitivamente al funcionario que asume un interés de parte, en el contrato, negociación u operación en el cual intervenga en razón de su cargo, yuxtapuesto al interés administrativo. Ese interés de parte indebido (pues afecta tanto a la administración pública como a terceros) puede darse en miras al provecho de la agente desleal, o bien apuntar al beneficio de un tercero; la negociación, el contrato u operación involucrados eventualmente deben pertenecer a la competencia funcional del autor, de modo que el comitente integre los niveles decisorios o de fijación de legalidad, respecto de la actividad administrativa de que se trate" (Sentencia de la Corte Italiana, citada en "Delitos contra la Administración Pública", Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 315);



7°) Que, conforme a lo expuesto precedentemente, sólo es sujeto activo del delito de negociación incompatible el funcionario público que se desempeña en la Administración del Estado, realidad que no es la de senadores y diputados, respecto de quienes pudiendo, eventualmente ser sujetos activos de los delitos contra la función pública conforme lo establece el artículo 260 del Código Penal, configura una excepción en el caso del tipo penal de la negociación incompatible, atendido el



000466

bien jurídico protegido y la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han efectuado al referirse a esta hipótesis criminal;

8°) Que, la intervención del funcionario público, en la operación de que se trate, debe hacerlo en representación del órgano de la administración al que pertenece, que en el caso de los parlamentarios, no es posible, atendido a que no solo si contratan como en el caso de autos en calidad de arrendatarios de oficinas, lo hacen en interés propio y de la función pública que desempeñan, teniendo una doble dimensión tal acto jurídico.

En efecto, el senador que celebra un contrato de cualquier naturaleza, con el propósito de poder ejercer su cargo a cabalidad, lo hace con la finalidad de cumplir su cargo de representación popular, y con un propósito de bien público, en el cual está involucrada la función que la Constitución y las leyes le encomiendan; que contrate con parientes a un mayor o menor precio del mercado, en una determinada convención, le es inocuo al derecho penal en lo que respecta a la negociación incompatible, lo que queda demostrado por lo dispuesto en el inciso final artículo 4° de la Ley N°19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios que permite, en casos excepcionales contratar con parientes a los integrantes del Congreso Nacional siempre que lo comuniquen a la Comisión de Ética del Senado, y en el evento de los diputados a la Comisión de Conducta de dicho cuerpo legislativo;

9°) Que, para el caso que incumplieren la obligación antedicha, se verán expuestos a una sanción que el órgano interno respectivo impondrá conforme a la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y al Reglamento de cada Cámara y, que podrá constituir, según lo determine la Comisión de Ética del Senado o la Comisión de Conducta de la Cámara de Diputados, una falta





000467

a los principios de probidad y transparencia, en los términos preceptuados por el artículo 5°A de la citada ley orgánica constitucional;

10°) Que, de lo razonado queda aún más claro cuando el artículo 66 C, de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, entrega al Presidente de cada Cámara Legislativa la exclusividad para denunciar los hechos que revisten caracteres de delito, relacionados con el uso impropio de los recursos destinados a financiar la función parlamentaria;

11°) Que, en la especie, el delito en cuestión previsto en el artículo 240 del Código Penal, es un delito de "**peligro abstracto**", el cual se configura con una **mera desobediencia** (einfache Ungehorsam). En efecto, en ellos la referencia real negativa para el bien jurídico está totalmente ausente. Se trata pues de la prohibición de una clase de acciones. Ahí, los aparentes legítimos impulsos prohibitivos del legislador al amparo del bien jurídico sólo pueden ser contrarrestados argumentativamente acudiendo a la desproporción en sentido amplio; se sacrifica mucho más de lo que se logra. Los delitos de peligro abstracto sólo retroceden cuando se logra demostrar que hay un interés claramente irrenunciable en llevar a cabo la conducta en cuestión. De ahí que aflore en tales delitos el elemento de la desobediencia. Pero ¿cómo fundamentar materialmente el castigo de la mera desobediencia? **Binding** sostuvo -al contrario de lo que indican ciertas interpretaciones poco acertadas de su planteamiento- que no se trataba de prohibir sin más, esto es, delimitar la libertad de actuación sin otro objetivo, sino en ocasiones la prohibición es irrenunciable aún sin que exista lesión o puesta en peligro en concreto (**Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann y Wolfgang Wohlers**, ed. alemana; Ricardo Robles Planas, ed. española, *Límites al Derechos Penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2012, p. 24);





000468

12°) Que, dilucidando las interpretaciones dogmáticas penales en esta sede constitucional y fijando el alcance más acorde con la moderna doctrina, en el sentido de no confundir una interpretación restrictiva de los delitos de "peligro abstracto", considerándolos como de peligro concreto, conviene entender como "delito de peligro concreto" aquel que requiere que se haya producido un peligro real para el objeto protegido por el tipo respectivo. El caso más importante en la práctica es la puesta en peligro del tráfico viario, en el que, además de las peligrosas formas de conducción allí descritas, se requiere adicionalmente que sean "puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor" tales delitos de peligro concreto son delitos de resultado; es decir: se distinguen de los delitos de lesión... porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Este peligro, conforme a los criterios de imputación ya desarrollados, han de comprobarse por medio de una prognosis objetivo - posterior (por tanto, ex ante; cfr N°32); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco serán imputable, aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un "resultado de peligro concreto" y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas ex post" (Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Civitas, año 2015, Buenos Aires, Argentina, 2da. Edición, reimpresión, p. 404);



13°) Que, siguiendo lo razonado precedentemente, la dogmática penal contemporánea considera que la naturaleza del delito del artículo 240 del código punitivo, sería de peligro abstracto que representaría un tipo de imprudencia sin consecuencias e incluso como una tentativa imprudente, en su caso inidónea. Autores como



000469

Wolfgang Frisch abogan por sustituir lo más posible los delitos de peligro abstracto por delitos de aptitud;

14°) Que, lo esencial en los delitos de peligro abstracto es su idoneidad o aptitud tal como lo ha señalado **Friedrich-Christian Schroeder** (Fundamentos y Dogmática Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 57-58) para dañar el cuerpo o la vida de otras personas o bienes materiales ajenos de gran valor. Estos elementos de idoneidad tienen que ser determinados, pero ello en nada altera la necesidad de que se trate de delitos abstractos de puesta en peligro de bienes jurídicos;

15°) Que, en definitiva, el principio de legalidad en materia penal se asocia con la denominada "**lex certa**", cuya exigibilidad implica que el tipo ha de ser suficiente, es decir, ha de contener una descripción de sus elementos esenciales; y si tal hipótesis no ocurre, se produce una segunda modalidad de incumplimiento del mandato de tipificación: la insuficiencia; sin perjuicio de que exista un sistema de remisión o de tipificación reglamentaria que ayude a la conformación total del acto de tipificación, cumpliendo de esta manera con la exigencia de seguridad jurídica en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta;

16°) Que, la garantía del principio de legalidad en la Constitución literalmente denota que el precepto de carácter penal requiere no sólo la garantía de la suficiente tipificación criminal y la exigencia de irretroactividad de la ley penal, sino también que la norma legal debe tener un rango determinado en el sentido estricto, que la conducta descrita sea inteligible y concebida en un lenguaje de fácil acceso al ciudadano, de forma tal que su comprensión no merezca duda;

17°) Que, la estructura del tipo se subdivide en tipo objetivo y tipo subjetivo, siendo el primero de los citados, en los delitos de actividad, la acción u omisión





000470

y los elementos concomitantes a la acción específica del delito. En cambio, en el delito de resultado, como regla general, la acusación del resultado es descriptiva con el vocablo de actividad, por ejemplo, matar, maltratar, lesionar, encerrar, sustraer, etc.

A su vez, existe el referente subjetivo del tipo penal, consistente en que "el ilícito de un delito doloso se caracteriza por la decisión consciente del autor a favor del acontecer descrito en el tipo objetivo" (**Helmut Frister**, Derecho Penal, Parte General, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 219). Del mismo modo puede presentarse la imprudencia como concocibilidad. Sólo se lo emplea para denominar la relación de una persona con un hecho valorado negativamente. El componente valorativo contenido en el concepto de la imprudencia, propio del lenguaje coloquial, ha conducido a que, en los delitos imprudentes - a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos - no se distinga hasta hoy, de modo suficientemente claro, entre el acontecer objetivo presupuesto para la punibilidad, y la relación, necesaria para la imprudencia, del autor con ese acontecer (**Helmut Frister**, op., cit., p. 250). La opinión dominante ve la esencia de la imprudencia en una "lesión al deber de cuidado", es decir, en una conducta contraria al deber en relación con el bien jurídico protegido (El Código Civil Alemán, §276, II, BGB, preceptúa: "actúa imprudentemente quien no presta el cuidado requerido en el ámbito de relación");

18°) Que, resulta discutible la constitucionalidad de una verdadera "presunción legislativa" que no admite prueba en contrario y que da por sentadas circunstancias que dependen del caso en concreto y de la realidad ocurrida en el mismo, siendo denominados "delitos sin lesión".

Cuando el legislador se limita a describir un determinado comportamiento que, según la experiencia,





000471

posee idoneidad genérica de peligro o de lesión para el objeto de tutela, sin necesidad de que esa amenaza se verifique empíricamente, esta forma rige ampliamente en el ámbito de las contravenciones y de las faltas municipales.

En cambio, si asociamos en ese sentido las presunciones legislativas, ellas deben ser consideradas como simples infracciones administrativas, sin un bien jurídico de importancia tal que merezca tutela penal. Más aún, no resulta posible la tentativa en ese tipo de delitos, pues importaría la triplicación del peligro (peligro de peligro) (**Zaffaroni, Eugenio Raúl; Aliaga, Alejandro y Slokar, Alejandro**, Derecho Penal Parte General, 2da. Edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, p.469);



19°) Que, en los delitos de peligro abstracto, la ejecución de la conducta importa, en principio dar por afirmada su tipicidad (peligrosa), ya que el peligro no es un componente del tipo objetivo. La afectación al principio de lesividad de esta modalidad legislativa aparece clara, por lo que debe rechazarse su legitimidad y asimilarse en cuanto al requisito de verificar el peligro a los delitos de peligro concreto, tarea que corresponde al juez en el ámbito de la tipicidad, otorgándose así su contenido material (**Gómez Urso, Juan Facundo**, Tipicidad Penal, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 172);

Ahora bien, en lo específico, cuando hablamos del mandato de determinación, es evidente que éste se vincula estrechamente con el tipo penal, y sabemos que quien tipifica los delitos es el legislador, de tal forma que la "tipicidad es un aspecto del mandato de determinación", y en este escenario existen dos ámbitos que deben explicarse: a) el contenido del mandato de determinación, y b) el rol de la tipicidad, en cuanto



000472

parte de la prohibición de generalización (prohibición de analogía).

En cuanto al contenido de la taxatividad, hemos adoptada una visión conjunta de los principios de **lex stricta** y **lex certa**, ya que nos parece que la praxis impide el tratamiento separado de ambas fórmulas, pues "legislador y juez se dan la mano al enlazarse *lex certa* y *lex stricta*, y en esto no hay confusión alguna. La misma historia del principio de legalidad revela que una buena parte de su sentido tiene que ver con una interpretación estricta de las normas, que minimice todo lo posible la arbitrariedad del intérprete". De esta forma, el mandato de determinación y con ello la tipicidad, tiene como destinatarios, al legislador, a objeto de crear leyes precisas y comprensibles, y también al juez, para aplicar únicamente esas leyes (Revista Jurídica del Ministerio Público N°61 diciembre de 2014, p. 9 ss., artículo firmado por Marcelo Andrés Acuña Silva, Abogado Jefe de Asesoría Jurídica, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público);



20°) Que, la interpretación extensiva sólo es posible excepcionalmente y en la medida que con ella no se exceda el sentido literal de la ley, posición adoptada por esta Magistratura (Rol N°1281-08), al determinar que "una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la auto limitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimidad democrática. Además, el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación";



000473

21°) Que, en conclusión, la realidad de las leyes penales no puede desligarse del mandato de determinación y de la racionalidad necesaria para describir la conducta punible y, de modo alguno, puede extralimitarse vía interpretación del sentido estricto y cierto que le impone el mandato constitucional al legislador al describir la figuras penales respectivas;

22°) Que, por otra parte, la Excma. Corte Suprema en los autos rol 5.903-2007, en el motivo décimo quinto requiere para la configuración del ilícito de **"negociación incompatible"** un interés directo o indirecto del imputado, por lo cual la existencia en los tipos de los artículo 233, 239 y 240 del Código Penal, demandan la existencia de sujetos activos especiales, comprensivos de diferentes conductas que confluyen, genéricamente, en el respeto de principios relacionados con la probidad administrativa que deben observar en el ejercicio de sus cargos los funcionarios públicos y particulares que se benefician económicamente, lo cual conduce a que estas figuras penales para su nacimiento recaban para su consumación un perjuicio originado al Fisco, el que puede consistir en pérdida directa o en la privación de un lucro legítimo o cesante, la que subjetivamente requiere de dolo directo (Rol 5.903-2007, c 17°), principalmente, exigencia que debe satisfacer el delito de negociación incompatible;

23°) Que, aparentemente, como señalará el Profesor Cury, en un artículo del año 1986, **"lo que se castiga es la ejecución de una acción a la que no se encuentra no ya reprobable, sino, tan sólo, temible o, menos aún, sospechosa, porque crea una apariencia de falta de parcialidad y honestidad"** (Cury U., Enrique. Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios, en Revista Chilena de Derecho, vol. 13 N°2 (1986), p. 295-304, p. 2);





000474

24°) Que, en resumen, en un Estado democrático, se entiende que la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales si ello no tiene un correlato en la afectación de los derechos y de las legítimas expectativas de la ciudadanía, menos si ese deber se reduce a una simple reprobación moral de la conducta realizada, como parece desprenderse de alguno de los conceptos empleados en su descripción. De este modo, la tradicional apelación al deber de lealtad funcionaria no significa otra cosa que la necesaria sumisión del agente público a la ley en el cumplimiento de objetivos de interés general. Así, lo protegido no es el vínculo jurídico existente entre la Administración y las personas que de ella dependen, sino el propio desempeño de la función pública, por ser esto lo que puede llevar a afectar - en términos de perjuicio o beneficio - a la ciudadanía (Código Penal, Libro II, Título V, Sobre los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos);



25°) Que, como señaló acertadamente en su voto contrario al desafuero el Ministro de la Corte Suprema Señor Haroldo Brito Cruz "en lo tocante al delito de negociación incompatible..." (Rol N°7699-2015) fue de opinión de revocar la decisión, porque a su juicio la figura de fraude al Fisco cubre completamente los ilícitos que han motivado la acción de desafuero. En ese mismo sentido, los prevenientes son de opinión de que las conductas típicas en el delito de negociaciones incompatibles constituyen únicamente un acto anterior, que, necesariamente, precede el antejuicio que es el desafuero;

26°) Que, en el evento de producirse el perjuicio señalado en la norma, además de configurarse esta figura legal, también se configuraría un delito de fraude o malversación lo que establecería **un concurso aparente de leyes penales**, que se resolvería mediante la



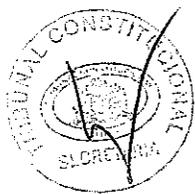
000475

preponderancia del delito de fraude o de malversación por sobre el delito de negociaciones incompatibles, todo esto en virtud del principio de consunción. Es decir, se sanciona con la disposición que contempla la infracción principal, que en este caso sería el fraude establecido en el artículo 239 del Código Penal, y el delito de negociaciones incompatibles se "consume" o "absorbe" en dicha infracción principal;

27°) Que, el profesor Enrique Cury señaló al respecto que "El principio de consunción o absorción es de carácter axiológico y su aplicación, por ende, presenta más dificultades que el de especialidad. De conformidad con él, hay también un concurso aparente de leyes penales, y no un concurso ideal de delitos, cuando el hecho parece ser captado por dos o más tipos; pero como el desvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la realización del otro u otros, aquél consume o absorbe a éstos, desplazándolos" (Cury Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, año 2005, p.670);

28°) Que, sin perjuicio de lo expuesto y atendido el mérito de estos autos y teniendo, además, presente que este Tribunal ha manifestado de manera reiterada que el examen de inaplicabilidad es de carácter concreto, en el marco de la constitucionalidad de la aplicación de la norma al caso específico, la esfera de competencia de esta Magistratura, le impide - en criterio de los prevenientes - exceder ámbito del conflicto constitucional debatido en autos.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino, y sus prevenciones, los Ministros que, respectivamente, las suscriben.





000476

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2868-15-INA.

[Signature]
Sr. Carmona

[Signature]
Sra. Peña

[Signature]
Sr. Aróstica

[Signature]
Sr. García

[Signature]
Sr. Hernández



[Signature]
Sra. Brahm

[Signature]
Sr. Letelier

[Signature]
Sr. Pozo

[Signature]
Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

[Signature]