

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS, COMUNICABILIDAD Y
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

NICOLÁS ACEVEDO VEGA*
Universidad Mayor

El presente comentario se refiere al fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago que, revocando la resolución del Juez de Garantía, rechazó la solicitud de sobreseimiento definitivo solicitada por la imputada M.J.B., fundado en la inexistencia del delito (art. 250 letra a) del Código Procesal Penal, en adelante, CPP), así como prescripción de la acción penal (art. 250 letra d) CPP). La imputación se fundaba en la apropiación por parte de la imputada, actuando como Subsecretaria de Carabineros, de caudales públicos provenientes de gastos reservados de la misma institución, mediante la recepción de sobres contenedores de dinero en efectivo durante un período prolongado. Los hechos señalados eran, a juicio del Ministerio Público y querellantes, constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, en la figura del peculado (art. 233 del Código Penal, en adelante, CP).

El fallo se pronuncia sobre una serie de cuestiones que fueron objeto de discusión ante el tribunal *a quo*, centrándose las materias a discutir en el presente caso en dos: en primer lugar, la calificación de la imputada como *intraneus* o *extraneus*, para los efectos de determinar la calidad de sujeto activo del delito, con las implicancias que ello tiene para la discusión sobre la comunicabilidad de la calidad del *intraneus* a otros intervinientes; y, en segundo lugar, la prescripción de la acción penal referida a éstos y otros ilícitos eventualmente cometidos por la acusada.

En lo referido al primer problema, la Corte comparte el criterio del juez *a quo* en torno al reconocimiento de la calidad de funcionaria pública de la imputada. La cuestión se centra, más bien, en si la caracterización del delito de malversación de caudales públicos como un delito especial (propio o impropio) supone *solo y nada más* la calidad de funcionaria pública de la imputada, o más bien, se extiende también al tipo de custodia que se debe ejercer sobre los dineros públicos. La Corte implícitamente asume esta última postura, al asumir que la discusión sobre la comunicabilidad de la calidad de sujeto activo del art. 233 CP viene determinada por el análisis respecto al título de custodia desempeñado con respecto a los caudales públicos. En los términos

* Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal, Universidad de Chile.

del art. 233, la pregunta para la Corte es si la imputada tenía a su cargo los caudales públicos en “depósito, consignación o secuestro”, cuestión que es respondida negativamente (considerando 10°).

Más allá de la conceptualización que se hace de la relación de custodia exigida por la norma, y su interpretación con base en los hechos del caso, llama la atención este último razonamiento de la Corte. En efecto, no es en absoluto evidente que la expresión “en depósito, consignación o secuestro” como elemento del tipo, pueda, sin más, ser reformulada como un elemento que caracteriza la calidad que debe ser exhibida por el sujeto activo del delito, y que, como tal, determina su carácter de *intraneus*. Pues podría afirmarse que dicha expresión constituye un «elemento de la acción», que no tiene por objeto caracterizar al destinatario de la norma, sino identificar el núcleo normativo de la prohibición impuesta al funcionario público. Desde ya, ello obliga a precisar la distinción dogmática entre elementos de la acción y elementos de la autoría¹.

El art. 233 CP, como toda disposición de la Parte Especial que consagra un determinado tipo delictivo, supone, necesariamente, la existencia de una norma de comportamiento². Toda norma de comportamiento tiene, por una parte, un destinatario, y, por otra, un contenido —aquello que debe ser hecho o no ser hecho— y una condición de aplicación —la oportunidad que hace viable el contenido de la norma—³. Mientras que el destinatario de la norma es un círculo restringido de personas que se identifica con la calidad de funcionario público (elemento de la autoría); el hecho de que los caudales se encuentren en “depósito, consignación o secuestro” constituye la condición de aplicación explícitamente formulada, que hace operativo el contenido de las prohibiciones respectivas de sustraer (elementos de la acción). Por consiguiente, la posición relativa a los caudales públicos que constituyen el objeto de la acción se identifica, más bien, con la caracterización típica de la específica modalidad del comportamiento delictivo en referencia al objeto de este⁴. La custodia de los dineros no constituye, por tanto, un elemento de autoría que restrinja el círculo de destinatarios de la norma.

¹ Véase KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma (1977), pp. 177 ss.

² Véase KAUFMANN, ob. cit., p. 4.

³ Sobre la distinción entre normas categóricas e hipotéticas, véase VON WRIGHT, Georg. *Norma y acción: Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos (1970), p. 91.

⁴ Así, MAÑALICH, Juan Pablo. “La malversación y el fraude al fisco como delitos especiales”. En: Del mismo, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 370-371.

Una segunda confusión introducida por el fallo en comento se configura al calificar el delito de malversación de caudales públicos como un delito especial impropio, siguiendo a una extendida doctrina sobre el punto⁵. Empero, el fundamento de la diferenciación entre un delito común y un delito especial (propio) se encuentra en la eventual restricción del círculo de destinatarios de la norma comportamiento: o bien, esta se dirige a toda persona, con independencia de si puede, en el momento relevante para la decisión, seguirla⁶, o bien el destinatario de la misma solo puede ser ocupado por un agente que exhibe un determinado estatus especial⁷, como ocurre en los delitos especiales propios. Precisamente, en este último sentido, la malversación de caudales públicos es un delito especial propio: solo se encuentran obligados quienes, en consideración al bien jurídico protegido, se encuentran dentro del círculo de destinatarios que cumple una calificación especial⁸: en este caso, el funcionario público. Y debiera ser claro que la imputada cumplía a la fecha de los hechos con dicha calidad, lo que determina su calificación como *intraneus*.

Lo señalado precedentemente en absoluto se ve alterado por la constatación de que, en ausencia de la calidad de funcionario público, el agente pueda incurrir en un ilícito distinto. Esta comprensión de los delitos especiales impropios, mediante la solución de la supresión mental hipotética de la calidad especial para dar con el delito común subyacente, aunque extendida en la doctrina⁹, solo se refiere a la relación concursal entre dos comportamientos delictivos, pero no prejuzga lo determinante: la caracterización de un delito como común o especial, en atención a la norma general o especial quebrantada. Puesto en otros términos: sería un error afirmar que la malversación de caudales públicos será un delito especial impropio, mientras el legislador no derogue el delito de apropiación indebida, mientras que si esta última figura es derogada, la malversación pasaría a constituir un delito especial propio. El

⁵ Así, véase por todos, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de derecho penal chileno. Parte Especial*, 4ª edición, Santiago: Tirant lo Blanch (2021), p. 255.

⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. “Norma e imputación como categorías del hecho punible”. En *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12 (2010), pp. 169-190. Así, es posible rechazar la crítica dirigida a las teorías imperativistas, que se vinculan al denominado “problema del destinatario”.

⁷ KAUFMANN, ob. cit., p. 11; p. 177.

⁸ Así, MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 27 (2019), pp. 358 y ss.

⁹ Así, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 255.

criterio, más bien, viene impuesto por el contenido de ilicitud exhibido: en los delitos especiales impropios existe un “residuo” o común denominador de ilicitud, un delito-tipo básico con respecto al cual la condición personal del autor representa una mera calificación, una particularidad extraña al tipo penal, que le otorga una categoría legal específica¹⁰. En contraposición a ello, y tal como reconoce la doctrina tradicional chilena, en los delitos especiales propios la calidad del sujeto activo sería inherente a la clase de mal que la ley quiere evitar, y se trata, por ende, de un elemento fundante del deber especial que da origen al tipo de injusto¹¹.

En este sentido, la malversación de caudales públicos es un delito especial propio¹². La custodia de los fondos supone que no basta que el *intranseus* se apropie de caudales públicos, sino que estos deben encontrarse bajo una determinada forma de custodia, que especifica el tipo de relación con el objeto del delito. En este contexto, será autor directo de malversación quien, además de exhibir el estatus especial, se encuentre bajo la condición de aplicación que hace operativa la prohibición sobre el comportamiento punible. Por consiguiente, el hecho de que la imputada no haya tenido confiados a su favor los dineros públicos, bajo un determinado título de custodia, solo determina que ella no puede ser autora (directa) de malversación de caudales públicos en su variante de peculado, pues ella no se encuentra en la condición que hace aplicable (por defecto) la prohibición inmediata sobre sustracción de dineros públicos.

Pero, no encontrándose en la oportunidad que (por defecto) la pueda calificar como autora directa, nada obsta a que le puedan ser imputables otras reglas constitutivas de intervención delictiva que no suponen autoría directa: la coautoría y la complicidad. Esto, sin más, es desechado por la Corte, bajo una argumentación contradictoria, señalando que no es posible imputar participación (considerando 16º, refiriéndose al rechazo a un “grado imperfecto de participación”, sin explicitar razones), pero afirmando luego que sí es posible imputar (co)autoría, conforme al art. 15 N° 3 CP (considerando 13º), pero que ello no es posible en este caso, por no existir un concierto doloso. Este último razonamiento es doblemente criticable: por una parte, la Corte

¹⁰ GRISOLÍA, Francisco. “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 34, N° 1 (1975), p. 6.

¹¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 425.

¹² Así, MAÑALICH, “La malversación y el fraude al fisco como delitos especiales”, ob. cit., p. 370.

implícitamente acoge parcialmente la tesis de la comunicabilidad extrema en una de sus variantes más discutibles (aunque extendida en la jurisprudencia): que el coautor pueda intervenir en el hecho incluso, incluso siendo *extraneus*, lo que es contradictorio con la idea de que toda forma de autoría en un delito especial requiere la calidad de *intraneus*. Y, por otra parte, parece a todas luces discutible negar el concierto respecto a quien, de forma sistemática, y sigilosa, y con base en los propios antecedentes resumidos por el Juez de Garantía, recibió sobres con fondos públicos provenientes de gastos reservados, los que posteriormente eran rendidos anualmente por el general director de Carabineros, quien a su vez actuaba concertado con los directores de finanzas respectivos.

Esta confusa argumentación no habría sido necesaria de asumirse plenamente la calidad de *intraneus* de la imputada. Así, la recepción sucesiva de sobres con dinero proveniente de gastos reservados, previo acuerdo con los mandos respectivos, perfectamente puede caber dentro de determinadas formas de coautoría: intervención en la ejecución del delito mediante el aseguramiento del hecho del autor (art. 15 N° 1, segunda parte), o bien intervención concertada en etapas preparatorias (art. 15 N° 3, primera parte), o, incluso, presencia concertada en el hecho sin obstaculizarlo (art. 15 N° 3, segunda parte). Luego, de no satisfacerse ninguna de esas hipótesis, es perfectamente posible imputarle complicidad en delito de malversación de caudales públicos, por colaborar previa o coetáneamente en el hecho (art. 16 CP). Y, si no bastara ello, por tratarse de una intervención posterior a la consumación, siempre podría sancionarse conforme a la regla del encubrimiento punible (art. 17 CP). En ninguno de estos casos, plantea problemas la eventual (in comunicabilidad al *extraneus* de la calidad especial concurrente en el *intraneus*, precisamente porque la imputada no era *extraneus*.

Pero lo aún más claro, es que incluso en el evento de que la imputada hubiera sido considerado *extraneus*, ello en absoluto supondría la imposibilidad de imputar a su respecto participación *stricto sensu* en un delito especial (propio). En efecto, como destaca Mañalich, del hecho de que una norma especial se encuentre dirigida a un universo restringido de individuos no se sigue que al *extraneus* no le pueda resultar imputable su quebrantamiento a título de participación¹³. Esto, desde ya era reconocido por autores como Schepeler, que

¹³ Así, MAÑALICH, “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, p. 360, con referencias a Nagler.

adherían a la denominada tesis de la comunicabilidad extrema¹⁴, señalando que los cómplices o encubridores no tienen influencia en la calificación del hecho, precisamente porque “cooperan” o “encubren”, lo que el autor hace, y consecuentemente, “califica”¹⁵. Pero también para quienes adhirieren a la denominada tesis de la comunicabilidad limitada, dominante en nuestro país, no existe obstáculo en imputar participación al *extraneus* siempre y cuando el delito sea especial propio¹⁶, como lo es el caso.

Ahora bien, incluso dejando de lado las consideraciones señaladas, la Corte determina que no existiendo posibilidad de imputación por malversación de caudales públicos, sólo podría haber existido una imputación por hurto, que, como simple delito, ya habría prescrito su acción penal una vez computado el tiempo entre la finalización de los hechos y la interposición de la querrela del Consejo de Defensa del Estado. Sin embargo, no se alcanza a advertir por qué, en ausencia de una imputación por (participación o coautoría) en malversación de caudales públicos, no podría configurarse una imputación por una eventual autoría en el delito de fraude al Fisco (art. 239 CP), cuya pena de crimen habría hecho improcedente la prescripción de la acción. En efecto, bajo el propio razonamiento de la Corte, de no tener a su cargo los caudales o efectos públicos de cuya conservación o aplicación se trata, la imputada habría tenido la posición relativa de quien, sin tener a su cargo los dineros públicos, irroga un perjuicio de significación patrimonial al Estado mediante su aprovechamiento, lo que haría aplicable la figura de fraude al fisco¹⁷. Sin perjuicio de la discusión doctrinaria respecto a la calificación doctrinal del fraude al fisco como una estafa especial –como señala la doctrina mayoritaria¹⁸– o como una forma de administración desleal¹⁹, lo cierto es que, incluso bajo la tesis

¹⁴ Así, SCHEPELER, Enrique. “Comunicabilidad y Parricidio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, vol. 50, N° 1 (1953), p. 95.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General*, tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 84; CURY, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, 7ª ed. Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile (2005), p. 647.

¹⁷ Así, MATUS y RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 259 y ss. Véase también la discusión al respecto en la Sentencia del 3º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, de 16 de abril de 2021, rol N° 309-2018, pp. 1142 y ss., referida a la condena a Jaime Orpis Bouchon y la calificación de los hechos como fraude al fisco, en contraposición a los de malversación de caudales públicos.

¹⁸ Así, MATUS y RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 267 y ss.

¹⁹ Así, MAÑALICH, “La malversación y el fraude al fisco como delitos especiales”, *ob. cit.*, pp. 385 y ss.

mayoritaria, que concibe al fraude al fisco como un delito de aprovechamiento o enriquecimiento patrimonial, ello supondría analizar si el aprovechamiento patrimonial de la imputada podría haber sido precedido de un engaño (expreso o concluyente) sobre el real destino de los gastos reservados, cuestión que difícilmente en la etapa procesal del caso podría haberse descartado de manera inequívoca. Por cierto, esto no obsta a una posible relación concursal –aparente o ideal– entre la autoría en el fraude al fisco y la participación en la malversación de caudales públicos ajena, cuestión que tendría que ser objeto de análisis posterior en el mismo caso. Ninguna argumentación al respecto se advierte en el fallo de la Corte de Apelaciones, centrándose exclusivamente en la imputación por hurto, lo que, por cierto, lleva al máximo tribunal a acoger el sobreseimiento por prescripción de la acción penal.

Finalmente, no es posible concluir el análisis sin referirse a un argumento esbozado por la Corte, al analizar el fallo del tribunal *a quo*, que resulta, a todas luces, cuestionable. Se analiza en su considerando 13° un argumento sustentado por el tribunal *a quo*, en torno a la conducta omisiva de la imputada, que bien podría configurar un concierto referido a la ejecución del hecho, o bien otra posible figura omisiva. Más allá de que una posible falta de omisión de denuncia debiera encontrarse prescrita en atención a la fecha de los hechos, en lo que se refiere a lo que –implícitamente– pudiera calificarse como una coautoría omisiva²⁰ en la malversación de caudales públicos, la Corte rechaza tal posible imputación sobre la base de que “tal omisión se justifica, a todas luces, por el beneficio que la apropiación le reportaba a la encartada, quien, de acuerdo al mérito del proceso, se limitaba a recibir los sobres con dinero, sin que existan antecedentes que permitan adquirir convicción de que ella formaba parte de un plan delictivo en el tiempo para la concreción del delito, en cuya ejecución no tenía participación alguna. La recepción de esos dineros, en su caso, estaba motivada por el ánimo de lucro que la inhibió de denunciar estas prácticas”. Lo que pareciera a todas luces cuestionable –más allá de la contradicción implícita en torno a la ausencia de un plan delictivo, pero adherencia explícita o concluyente al método de recepción ilícita de dinero– es la interpretación del ánimo de lucro como un elemento subjetivo contingente que llevaría a desplazar la imputación por una omisión dolosa.

²⁰ Lo que guarda similitud con lo planteado a propósito de la responsabilidad corporativa, a través de la responsabilidad por omisión de los sujetos que se desempeñan en tramos superiores de una organización, al no haber impedido la conducta de los ejecutores, pudiendo hacerlo. Véase al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2007). “Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 71, p. 127.

Tal interpretación no tiene asidero alguno, pues precisamente el ánimo de aprovechamiento patrimonial es una de las razones que puede llevar a una persona a omitir un comportamiento requerido. Así, lo verdaderamente determinante es que, existiendo una posición de garante, unida a la omisión de la acción requerida teniendo capacidad para actuar, la persona haya reconocido la norma de sanción como una razón para la acción, con independencia de las razones personales que llevaron a omitir toda obstaculización o interferencia en la acción de los demás intervinientes. La existencia o inexistencia de ánimo de lucro no desempeña ningún papel en la configuración de una imputación omisiva de una conducta delictiva, en la medida en que ella no afecte el proceso de motivación para actuar conforme a derecho, y parece, a todas luces, una cuestionable naturalización de la corrupción pública en el ámbito de la imputación delictiva.

4. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Malversación de caudales públicos. I. Dineros apropiados provenían de los gastos reservados. Concepto de gastos reservados. Subsecretaría no desempeña funciones vinculadas a los fines contemplados en la ley para la ejecución de gastos reservados entregados a Carabineros de Chile. Improcedencia de concluir que esos caudales públicos –gastos reservados– estaban a cargo de la imputada en depósito, consignación o secuestro. II. Ausencia del total de los elementos normativos del tipo penal de malversación de caudales públicos. Imputada recibió dinero proveniente de gastos reservados, apropiándose de los mismos para su beneficio personal. III. Clasificación del delito funcionario de malversación de caudales públicos, delito especial impropio. IV. Ilícitos clasificados como simples delitos cuyo término de prescripción para los efectos de la acción penal es de cinco años. Sobreseimiento definitivo por prescripción para ejercer la acción penal

HECHOS

Defensor penal interpone recurso de apelación contra la resolución dictada por Juez de Garantía, mediante la cual rechaza la solicitud de sobreseimiento definitivo formulada. La Corte de Apelaciones revoca la resolución impugnada y declara que se sobresee definitiva y parcialmente la causa, de conformidad a lo dispuesto en la letra d) del artículo 250 del Código Procesal Penal, por encontrarse prescrita la acción penal para perseguir su responsabilidad.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Corte de Apelaciones de Santiago.*

TRIBUNAL: *Recurso de apelación (Acogido - Revoca).*

ROL: *1848-2022, de 16 de junio de 2022.*

MINISTROS: *Sr. Antonio Ulloa M., Sra. Ana María Osorio A. y Abogado Integrante Sr. Cristián Luis Lepin M.*

DOCTRINA

- I. *“Tener a su cargo”, no puede sino referirse a uno de los elementos típicos que configuran el delito de malversación de caudales públicos, siendo un hecho de la causa, a esta altura de la investigación –por cierto, agotada a su respecto– que la encartada señora BS no se hallaba en la hipótesis en análisis, puesto que como lo sostiene el Consejo de Defensa del Estado en su querrela, los dineros apropiados provenían de los gastos reservados definidos en el artículo 2° de la Ley N° 19.863, como “aquellos egresos que, por el ministerio de esta ley, se faculta realizar a las entidades mencionadas en el artículo siguiente, para el cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y el orden público del país y a las funciones inherentes a la jefatura del Estado, y que por su naturaleza requieran reserva o secreto”. A su turno, el artículo 3° de la citada normativa contempla dentro de las instituciones receptoras de estos fondos a Carabineros de Chile. A lo anterior, se une que, como lo expone el libelo del querellante, la Subsecretaría de Carabineros –en adelante– SUBSECAR, fue creada mediante D.L. N° 444, de fecha 27 de abril de 1974, como órgano asesor del Ministerio de Defensa Nacional, cartera que dependía de Carabineros en esa época; la SUBSECAR, se hallaba regulada a través del D.S. N° 469, de 1990 del expresado Ministerio, y como misión le correspondía, según su artículo 1°: “... asesorar directamente al señor Ministro de Defensa Nacional en todo lo relacionado con Carabineros de Chile y Dirección de Previsión de Carabineros, en materias administrativas, legales, previsionales y presupuestarias, de carácter general y especial, que deberán tramitarse por intermedio de esta Secretaría de Estado, como asimismo, elaborar la documentación atinente a tales materias. Para tales efectos se vinculará directamente con la Dirección General de Carabineros y Dirección de Previsión de Carabineros de Chile. Igualmente impulsará todas las iniciativas y proyectos que tenga conocimiento, o que se presenten, y que sean de beneficio para el mejor*

desarrollo institucional. Mantendrá relaciones de servicio directas, para todos los trabajos pertinentes, con las otras Subsecretarías y Organismos de la Defensa Nacional, como también con otros Ministerios y Servicios de la Administración del Estado”. En virtud de estas funciones, es que el querellante, afirma que “Del texto se puede concluir que esta Subsecretaría no desempeñó funciones vinculadas a los fines contemplados en la ley para la ejecución de gastos reservados entregados a Carabineros de Chile. Más aún –asevera el Consejo de Defensa del Estado– siendo un organismo independiente de la institución Carabineros de Chile, menos podría haber resultado procedente el traspaso de este tipo de recursos a funcionarios de la SUBSECAR, porque, en definitiva, la misma no podía recibir gastos reservados al no encontrarse contemplada en el artículo 3° de la Ley N° 19.863” (considerando 10° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Es el propio querellante, en su libelo, quien excluye a la Subsecretaría de Carabineros de toda vinculación con dineros provenientes de los gastos reservados, al no encontrarse la SUBSECAR, dentro de las instituciones contempladas en el artículo 3° de la Ley N° 19.863. Como corolario, no resulta coherente concluir que esos caudales públicos, estaban a cargo de la imputada en depósito, consignación o secuestro, requisitos que, en opinión de la Corte, es un elemento del tipo penal sin el cual no es posible dar por establecido el delito atribuido a la encausada; y ni aun es posible establecer que se hallaban vinculados a ésta como objeto material del delito, por estar bajo su protección o resguardo, que es lo que exige la jurisprudencia para entender que existe el delito de malversación de caudales públicos, concordándose en este aspecto con el planteamiento exculpativo de la defensa (considerandos 11° y 12° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. El examen de los antecedentes reunidos durante la investigación no permite advertir la concurrencia de la totalidad de los elementos normativos del tipo penal, que permita encuadrar los hechos por los cuales se formalizó a la encausada, en el delito de malversación de caudales públicos. Empero, a pesar de lo concluido, se advierte un despropósito en la afirmación de la defensa que sostiene que la conducta en que incurrió la encartada BS. es atípica y en consecuencia, debe ser sobreseída definitivamente la causa a su favor, por no ser los hechos constitutivos de delito. En efecto, como ya se anticipara, de acuerdo a los hechos descritos en la formalización y antecedentes recopilados durante la investigación, en síntesis, la imputada recibió entre los meses de enero de 2007 a febrero de 2010, un total de \$ 42.138.000 proveniente de fondos públicos por gastos reservados, que le eran entregados mensual-*

mente, a través de sobres contenedores de dinero en efectivo, en el lugar donde desempeñaba sus funciones, apropiándose de los mismos para su beneficio personal (considerandos 18° a 20° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- III. *En lo concerniente a la clasificación del delito funcionario de malversación de caudales públicos, se comparte el criterio del profesor Matus, que lo delimita como un delito especial impropio, es decir, uno de “... aquellos en que la calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, existiendo una correspondencia fáctica con un delito común, que en las mismas circunstancias fácticas puede ser cometido por cualquiera persona, incluido por supuesto cualquiera que posea la especial calidad que define el tipo del delito especial impropio correspondiente”. Señala al respecto, que el ilícito del artículo 233 del Código Penal tiene su equivalente común en los delitos de apropiación indebida del artículo 470 N° 1 y hurto común –Sergio Politoff L. Jean Pierre Matus A. María Cecilia Ramírez G.– Se adhiere a esta clasificación, no sólo por la coherencia de la misma y los fundamentos en que se apoya, sino porque a través de ella se evita la imposibilidad de sancionar conductas funcionarias que no calzan en la descripción típica, evitando su impunidad, a través de la remisión al derecho penal común. Cuestión aparte, es lo que sucede, en particular, en este caso, donde deben analizarse, además, otras instituciones jurídicas (considerando 21° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*
- IV. *Sin perjuicio de lo reprochable de la acción desarrollada por la encartada, quien a la época de los delitos ejercía el cargo de Subsecretaria de Carabineros, no es menos cierto, que resulta ser un hecho objetivo, que los ilícitos habrían sido cometidos en un período comprendido entre los meses de enero de 2007 a marzo de 2010, y que, en cada caso, tenían asignada la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales; de modo que, aumentando la pena en un grado por la reiteración de delitos, el quantum de los mismos no supera el presidio menor en su grado máximo, es decir, los tres años y un día a cinco años de presidio. En este escenario y haciéndose cargo de la solicitud de prescripción planteada por la defensa de la encartada, en el presente caso, se está ante ilícitos clasificados como simples delitos, cuyo término de prescripción para los efectos de la acción penal, de acuerdo al artículo 94 del código penal, es de cinco años y tomando en cuenta el último de los delitos, cometido en el mes de marzo de 2010, el plazo de prescripción venció en el año 2015; es decir, al momento de interponerse la querrela criminal por parte del Consejo de Defensa del*

Estado el 02 de marzo de 2021, la que fue admitida a tramitación el 04 de ese mismo mes y año, la acción para perseguir la responsabilidad penal de la imputada se hallaba extinguida por haber transcurrido, con creces, el término de prescripción para ejercer la acción penal; lo que conduce inexorablemente a acoger la pretensión de sobreseimiento definitivo de su defensa (considerandos 23° y 24° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/21702/2022

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 250 letra d) del Código Procesal Penal; 94 del Código Penal; 2°, 3° de la Ley N° 19.863.*