

VIII JORNADAS CHILENAS DE CIENCIAS PENALES

PONENCIA PRINCIPAL PANEL III

MALVERSACIÓN Y FRAUDE AL FISCO

M. MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW*

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamento de los delitos funcionarios. III. Consecuencias en materia de autoría y participación. IV. Delimitación entre las figuras de malversación y fraude al Fisco.

PALABRAS CLAVE: Malversación, fraude al fisco, delitos funcionarios, autoría y participación.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de malversación y fraude al Fisco son dos figuras tradicionales, herramientas ancestrales en la lucha contra la corrupción, a las que se han ido sumando otras de más reciente data en el contexto de una preocupación creciente por este problema social.

En nuestro país, no parece que el fenómeno de la corrupción pueda catalogarse, en su extensión, como sistémico o institucionalizado, sino que mantiene más bien un carácter disperso, esto es, que se manifiesta en casos aislados. Sin embargo, la frecuencia y la envergadura de esos casos parece ir en aumento, y por eso las figuras que ahora nos ocupan han concitado la atención tanto de la opinión pública, como de quienes nos dedicamos al Derecho penal en la teoría y en la práctica.

Entre las múltiples cuestiones que se suscitan a propósito de los delitos de malversación y fraude al Fisco, me detendré fundamentalmente en dos: la del fundamento de estas figuras –con sus consecuencias en materia de autoría y participación–, y la de la delimitación entre ellas.

II. FUNDAMENTO DE LOS DELITOS FUNCIONARIOS

Como el Título V del Libro Segundo del Código penal se denomina “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño

* Profesora adjunta de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

de sus cargos” parece agrupar las infracciones atendiendo al sujeto activo, y no al bien jurídico tutelado. Sin embargo, como advierte Etcheberry, “resulta claro que el legislador debe haber tenido en consideración algún bien jurídico particular dentro del Título V, ya que encontramos en varios otros títulos del Código diversas infracciones que también son cometidas por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y que no se reglamentan en este título. En tal sentido, el epígrafe del mismo no resulta exacto y peca por defecto”¹.

Con todo, la preeminencia del sujeto activo es tan evidente que buena parte de la doctrina identifica como bien jurídico común a estos delitos *funcionarios* la idea de *infracción a un deber personal de corrección y probidad* que pesa sobre quienes ejercen un cometido de especial relevancia social, como lo es la función pública. Deber que consistiría en observar una conducta funcionaria intachable, tener un desempeño honesto y leal de la función o cargo, respetando la preeminencia del interés general sobre el particular. Sin embargo, 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 o de las legítimas expectativas de la ciudadanía, menos si ese deber se reduce a una mera reprobación moral de la conducta realizada, como parece desprenderse de algunos de los conceptos empleados en su descripción². De manera que la tradicional apelación al deber de lealtad funcionaria no puede significar 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 llegar a afectar –en términos de perjuicio o beneficio– a la ciudadanía.

Tampoco son suficientes las referencias al *prestigio* de la Administración o la *confianza* que el público deposita en ella, o el mantenimiento de la *autoridad estatal* como objeto de protección penal. Pues todos ellos no son más que consecuencias del *correcto desempeño de la función administrativa*, que es lo que el Estado específicamente intenta preservar a través de la tipificación de estos delitos. Con todo, la importancia de la confianza en las instituciones puede ser tomada en cuenta para

¹ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, t. IV, 3ª edición, (Santiago, 1998), p. 203; similar BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, La malversación de caudales públicos, (Santiago, 1948), p. 9.

² En este sentido la crítica de CONTRERAS ALFARO, Luis, Anotaciones sobre la legislación penal sustantiva y procesal chilena referida al fenómeno de la corrupción, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis (coord.), Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho, (Santiago, 2005), pp. 417-418.

valorar la gravedad de los efectos de la conducta delictiva al momento de efectuar una graduación de la pena.

Por lo anterior es que hoy es ampliamente mayoritaria³ la posición que sostiene que el bien jurídico protegido por estos delitos es la administración pública, entendida no en su aspecto orgánico, sino como una *actividad de servicio del Estado frente a los ciudadanos*. Y aunque el recto funcionamiento de la Administración depende de *factores internos*, es decir, referidos a la organización del ente administrativo y a las relaciones entre este último y los funcionarios públicos, la protección penal de aquel interés no puede circunscribirse a la sola mantención de un cierto orden interno, si no existe, por lo menos, la posibilidad de afectación de los intereses de los administrados.

La noción de *correcto desempeño de la función pública*, entonces, que permite explicar el sentido de protección de todas las figuras del Título V del Libro II CP, se refiere a la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho, que se concreta en los principios de *objetividad, imparcialidad y eficacia* que informan la actuación de las Administraciones públicas. Con todo, considerando que este es un bien jurídico de naturaleza institucional y supraindividual que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos que varían ostensiblemente de un delito a otro, resulta necesario precisar, frente a cada tipo, el aspecto concreto que se pretende tutelar, el que puede ser: decisión conforme a legalidad; actuación conforme a un fin determinado; observancia de la objetividad; preservación de la imparcialidad; coordinación jerárquica en aras de la eficacia; actuación conforme a garantías procedimentales, etc.

En los delitos de malversación y fraude, en particular, las conductas tipificadas ostentan un carácter patrimonial evidente, tanto por la exigencia de perjuicio en este último como por el hecho de que las penas se gradúen según el monto de lo sustraído (art. 233) o de lo defraudado (art. 239). Sin embargo, y a pesar de que la existencia de esta dimensión patrimonial es reconocida por la generalidad de nuestra doctrina⁴ y algunos lo plantean como el objeto jurídico específico de estas

³ BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, *La malversación de caudales públicos*, (Santiago, 1948), p. 7; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, t. IV, 3ª edición, (Santiago, 1998), pp. 203-204.

⁴ En general respecto de la malversación propia, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª edición (reimpresión), (Santiago, 2004), p. 492; CUETO ETCHEBERRY, Germán, *El delito de apropiación indebida*, (Santiago, 2005), p. 91; AGUILAR ARANELA, Cristián: *Delitos contra la probidad administrativa*, (Santiago, 2011), p. 25; BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, *La malversación de caudales públicos*, (Santiago, 1948), pp. 10-11; RUIZ PULIDO, Guillermo, *Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos*, en *Revista de Derecho N° 16 del Consejo de Defensa del Estado*, (2006), p. 69.

figuras⁵, una gran parte de ella sigue anteponiendo la *probidad administrativa* como objeto de protección penal⁶.

Aunque probidad significa honradez (rectitud de ánimo, integridad en el obrar, según la RAE), más que una mayor exigencia moral, me parece que lo que se quiere acentuar es esa dimensión de deber que recae en los funcionarios públicos, ese especial estatus que los obliga a comportarse de un determinado modo, por el hecho de revestir un particular rol social al que están ligados una serie de cometidos y expectativas.

Esto es lo que ha sido recogido en toda su complejidad y consecuencias por la teoría de los delitos de infracción de deber. Ciertamente, esta es una teoría que no ha sido muy aceptada, que aunque cuenta con muchos detractores y ha sido muy criticada, pero que todavía parece correcta en su fundamento explicativo y útil para resolver sistemáticamente los problemas de autoría y participación que esta clase de delitos genera.

Recordemos, brevemente, que con esta categoría se pretende resaltar las diferencias existentes entre dos grupos de delitos: por una parte, los que se estructuran en relación con la infracción a un deber negativo, deber de no dañar (*neminem laede*), que se exige en general de todas las personas y que se basa en la responsabilidad que surge por el uso –o, mejor, el mal uso– de la libertad

⁵ Considera que el objeto jurídico específico de la malversación y los fraudes son los recursos económicos de la entidad estatal, GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 212.

⁶ LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho penal, t. II, 7ª edición, (Santiago, 1990), p. 86 afirma “en general su objetividad jurídica [de la malversación] no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como la infracción del deber de probidad del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados por razón de su oficio”. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª edición (reimpresión), (Santiago, 2004), p. 492, consideran que “el bien jurídico protegido aquí es la *probidad administrativa* aunque también parece serlo el interés fiscal, atendido que las penas se gradúan según el monto del peculado”. BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, La malversación de caudales públicos, (Santiago, 1948), p. 26, destaca que el empleado público aquí no solo atenta contra la integridad patrimonial de la administración, sino que, además, contra la confianza que en él se ha depositado y, en último término, contra la fe pública. GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 205, considera que el objeto jurídico específico es el patrimonio público, pero entiende que no hay motivo para conceder una tutela acentuada de ese patrimonio respecto de la que se otorga al de cualquier particular, en tanto que la mayor gravedad de estos delitos radica en la confianza que obligadamente el Estado tiene que depositar en ciertas personas para gestionar sus medios económicos. Tanto BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, Curso de Derecho penal. Parte especial, T. III, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 166; como ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, t. IV, 3ª edición, (Santiago, 1998), p. 236, clasifican a la malversación y al fraude al Fisco dentro del grupo de los delitos funcionarios “que consisten en falta de probidad”.

(responsabilidad por organización); y, por otra, aquellos que se estructuran en relación con la infracción de un deber positivo, deber de protección de un bien jurídico, que se exige por el particular estatus o rol que ocupa una persona. Un rol al que, dentro de la estructuración social, se le asignan determinados deberes (responsabilidad institucional). Ese estatus generalmente se asume de modo libre en su origen, pero no existe libertad en la configuración de los deberes que conlleva. En estos delitos de infracción de un deber la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber institucional.

Ahora bien, esta categoría ha sido objeto de fuertes críticas, en muchas de las cuales parece que se la está sobredimensionando, como si la mera “infracción de deber” fuera constitutiva de delito. Eso no es así, como tampoco es delito, *per se*, la creación de un riesgo. Aquí rige el principio de legalidad como en cualquier delito, y sólo pueden sancionarse las infracciones de un deber que sean subsumibles en una descripción típica⁷. Tampoco parece que la denuncia relativa a una falta de lesividad sea concluyente⁸, salvo que por lesividad –o mejor, por ofensividad– se entienda sólo una afectación física, tangible de un bien corpóreo, cuestión que deslegitimaría no sólo esta categoría de delitos, sino muchos otros. Por lo demás, la configuración de los delitos de infracción de deber también está limitada materialmente, pues únicamente se puede imputar responsabilidad penal por la infracción de deber en la medida en que la institución que le sirve de base posea, en la realidad social, el mismo peso que el sinalagma que sirve de fundamento a los delitos de dominio (esto es, la relación entre la libertad de

⁷ Cuando Jakobs afirma que para la presencia de un delito de infracción de deber no se requiere que el deber se encuentre legalmente tipificado, se refiere a que no es necesario que el tipo se configure como un delito especial que indique explícitamente el sujeto al que se le asigna el deber. En su fundamento, un delito expresado como tipo común puede configurarse como delito de organización o delito de infracción de deber según cuál sea la expectativa que se defraude. Pero eso no significa que el principio de legalidad no tenga vigencia frente a esta categoría de delitos. Así, el mismo advierte que “si el tipo del delito de infracción de deber atiende a un determinado comportamiento que el propio obligado debe realizar, sin ese comportamiento [...] queda excluida la autoría”, JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad), (Madrid, 1997), § 21/117 (p. 792). En el mismo sentido SÁNCHEZ-VERA, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, (Madrid y Barcelona, 2001), p. 172.

⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, La participación en el delito: fundamento y límites, (Madrid, 2003), p. 232, denuncia el quebrantamiento del principio del hecho, porque se castigarían conductas “que no han exteriorizado aún nada lesivo (no se ha iniciado la tentativa) sólo por el hecho de que el obligado especial haya infringido su deber”. Sin embargo, la crítica no es acertada pues sí se ha exteriorizado un comportamiento que resulta socialmente dañino, esto es, el comportamiento por el cual se infringe el deber. Lo que sucede es que tal vez ese comportamiento no implica un daño material respecto de un bien corpóreo, cuestión que no es requerida, en todo caso, por el principio del hecho.

organización y la responsabilidad por las consecuencias que de ello se deriven)⁹. Se ha de tratar de instituciones que tengan, entre sus funciones, la protección de bienes¹⁰, que garanticen el funcionamiento de la sociedad, permitiendo la creación de un mundo en común.

En un ámbito como el de los delitos funcionarios, la referencia al bien jurídico protegido no ofrece mayores limitaciones, pues es un bien colectivo, difuso, poco preciso. La efectiva lesión o puesta en peligro del correcto desempeño de la función pública, en general, resulta algo imposible de demostrar, materialmente insignificante o prácticamente irrelevante. Y es que, en realidad, la conducta descrita en los tipos penales más que *afectar* ese correcto desempeño de la administración pública, significa que este bien jurídico ni siquiera concurre. En palabras de Jakobs, existe un desplazamiento de la *lesión* del bien jurídico a la *no-producción de bienes jurídicos*¹¹.

En suma, no puede afirmarse que toda infracción de un deber positivo sea igualmente punible, pues para ello debe ser subsumible en un tipo penal en la medida en que su gravedad así lo amerite. Si, por ejemplo, el verbo rector del tipo específico exige una conducta activa incompatible con la omisión, entonces solo esas formas activas de la infracción de deber serán sancionables. Por otra parte, si en la descripción típica se exigen otros requisitos que signifiquen una mayor gravedad de la conducta, como la producción de un determinado resultado, mientras éste no se haya verificado el delito no puede reputarse consumado, por más que ya se hubiere infringido el deber que sirve de fundamento para la imputación¹².

⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad), (Madrid, 1997), § 29/58 (p. 994).

¹⁰ Más exactamente “la garantía de expectativas que se encuentran referidas al mantenimiento de bienes”, JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad), (Madrid, 1997), § 29/58 (p. 994). Resultan ser, así, instituciones que “aseguran las condiciones elementales de la existencia de libertad, esto es, garantizan el deber de no dañar a los demás (*neminem laede*) y, con ello, son al menos tan importantes como éste” dice SÁNCHEZ-VERA, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, (Madrid y Barcelona, 2001), p. 143.

¹¹ JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad), (Madrid, 1997), § 2/17 (p. 53).

¹² En contra ROBLES PLANAS, Ricardo, La participación en el delito: fundamento y límites, (Madrid, 2003), p. 232 entiende que lo coherente sería sancionar por delito consumado si el obligado ha infringido su deber, pero que los partidarios de esta teoría “no se han atrevido a dar este paso, forzoso desde sus premisas”. No me parece que sea un problema de valentía, sino que tal conclusión no es necesaria: una cosa es afirmar que el *fundamento* del ilícito radica en la infracción de un deber y otra, diversa, que toda infracción de deber deba ser sancionada como delito consumado. La consumación o no del delito depende de la configuración típica; lo necesario es que se verifiquen todos los elementos exigidos por el tipo particular de que se trate.

Ahora bien, en la medida en que estos deberes institucionales limitan la libertad¹³, tanto la configuración de una institución positiva como los deberes que de ella emanan deben ser interpretados restrictivamente¹⁴. Pero no puede dejar de reconocerse que estas formas de configuración social sirven en el marco del sistema jurídico penal, y que de conformidad con las premisas propias del sistema, deberían ser consideradas como criterio político-criminal para seleccionar y definir los comportamientos penalmente relevantes y medir su gravedad, como criterio de interpretación de los tipos penales, para determinar quiénes son los sujetos competentes y para valorar la intervención de cada sujeto en relación con un hecho típico determinado.

En ciertos delitos, como la malversación, la legislación recoge en buena medida esta dimensión de deber. Esto se ve reflejado, primero, por la inclusión de una figura culposa, respecto de la cual existe acuerdo en que configura una infracción al deber de velar por la integridad del patrimonio estatal¹⁵. Pero ese mismo deber positivo, entiendo, es el que fundamenta la ilicitud de las demás figuras de malversación y por eso la peculiar forma que asume la descripción del peculado: sustraer o consentir en que se sustraiga, dos modalidades de conducta que manifiestan la misma infracción¹⁶. Algo similar ocurre con el delito de fraude al Fisco.

III. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No pretende abocarme especialmente a este tema, pues eso me tomaría todo el resto de la exposición, por lo que me limitaré a esbozar algunas ideas fundamentales.

¹³ Expresamente SÁNCHEZ-VERA, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, (Madrid y Barcelona, 2001), p. 140.

¹⁴ Una institución consiste, en el sentido de las Ciencias Sociales, en la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta, JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad), (Madrid, 1997), § 29/58, n. 114 (p. 994), quien exige que sean relaciones sociales respecto de las cuales no existe, al menos en general, ninguna alternativa de organización. Por una interpretación restrictiva, también, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad, (Santiago, 2010), p. 173.

¹⁵ Cfr. BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, Curso de Derecho penal. Parte especial, T. III, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 168; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª edición (reimpresión), (Santiago, 2004), p. 496.

¹⁶ En ambas el funcionario es, simplemente autor. Cuanto consciente en la sustracción por un tercero no estaremos ante una hipótesis de autoría mediata, pero si no estuviera incluida esta conducta omisiva, algunos casos de los que ella contempla eventualmente podrían haberse considerado, desde la perspectiva tradicional, como supuestos de autoría mediata con agente doloso.

Estamos frente a delitos especiales, pues el sujeto activo del delito ha de ser un determinado funcionario. Pero, además del funcionario, es posible que intervenga también un individuo que no reúne la calidad especial exigida por el tipo, en cuyo caso surge la necesidad de determinar si a éste (*extraneus*) se le comunica o no la calidad que sí se da en el autor (sujeto calificado o *intraneus*).

La posición que parece ser mayoritaria en la doctrina¹⁷ y en la jurisprudencia, la de la incomunicabilidad limitada, supone distinguir entre delitos *especiales propios e impropios*. Sólo en los primeros la calidad especial es comunicable, mientras que en los segundos el *extraneus* debería ser sancionado de conformidad con el tipo paralelo más benigno.

Ahora bien, esta solución representa una doble incoherencia valorativa. Porque sancionar al *extraneus* según el mismo título por el que se castiga al *intraneus* en un delito especial propio implica, por una parte, que a ambos se les juzga con igual parámetro, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que *fundamentan* el ilícito en cuestión. Por otra parte, esto entraña un tratamiento desigual del partícipe no calificado según se esté ante un delito especial propio o impropio. En el primer caso, se le sanciona con el mismo rigor que al *intraneus*, mientras que en el segundo su responsabilidad resulta atenuada, porque la pena se fija de conformidad con un delito común de menor severidad.

Sabido es que el Código Penal no resuelve este problema, tampoco en el art. 64, disposición que ha servido de argumento para diversas soluciones, lo que demuestra que no es definitiva.

Por lo demás, ni siquiera me parece adecuado plantearlo como un problema de “comunicabilidad”, porque no se trata de *comunicar la calidad de funcionario* a un *extraneus*, de extenderle o transmitirle esa calidad. El asunto es si puede imputarse a una persona en virtud de un tipo penal determinado, pese a que éste se dirige, en principio, sólo a determinados sujetos. En otras palabras, si es posible configurar un deber jurídico penal para un *extraneus* vinculado con un delito especial. Si ese deber existe para el partícipe que no posee la calidad de

¹⁷ Posición de BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, Curso de Derecho penal. Parte especial, T. II, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 36; CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal. Parte general, (Santiago, 2004, p. 647; ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte General, t. II, 3ª edición, (Santiago, 1998) pp. 64 y ss., y t. IV, p. 207; GRISOLÍA, Francisco, La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude, en *Revista de Ciencias Penales*, 1 XXXIV, (1975), pp. 29 y ss.; LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho penal, t. II, 7ª edición, (Santiago, 1990), pp. 195-196; POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, Derecho Penal chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª edición, (Santiago, 2006), pp. 140 y ss.; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª edición (reimpresión), (Santiago, 2004), pp. 424-425.

funcionario, entonces podrá ser castigado conforme al mismo título aplicable respecto del autor que sí la posee; de lo contrario, debe quedar impune o, eventualmente, ser sancionado conforme a un título distinto.

Entiendo que el problema ha de resolverse de conformidad con criterios de fondo, en relación con el fundamento de estos tipos particulares. Y en este sentido cobra importancia el que estos configuren delitos de organización o de infracción de deber.

En particular, en relación con los delitos de malversación y fraude al Fisco, es obvio que son figuras más graves que las comunes no sólo por la importancia del patrimonio fiscal, pues entonces otras figuras que atentan contra dicho patrimonio deberían ser sancionadas de modo equivalente (como el art. 470 N° 8). Tampoco parece suficiente referirse sólo a la posición del funcionario como mecanismo que le sirve para cometer el delito, pues entonces bastaría un delito común con la agravante del art. 12 N° 8¹⁸. Habría “algo más” que viene determinado por el hecho de que sea el propio funcionario quien, teniendo el deber de proteger ese patrimonio, lo afecta o lo pone en peligro. Ese deber puede calificarse como un deber institucional positivo, y el fundamento particular de estos tipos radicará en que constituyen una infracción de ese deber. En consecuencia, el funcionario debe ser considerado siempre autor del delito en la medida en que tenga alguna intervención que signifique la infracción de ese especial deber de resguardo, cuestión que permite expresamente la descripción típica de ambas figuras al incorporar la modalidad omisiva.

Si han participado varias personas y la intervención de cada una ha configurado de algún modo la conducta típica¹⁹, puede afirmarse que el hecho típico es de todos. Conviene aclarar que ese hecho típico no es la infracción al deber –como parecen entender algunos– sino el que está descrito en el tipo penal, que constituye una manifestación de esa infracción. Ahora bien, el *extraneus* nunca podría ser considerado autor –en cualquiera de sus modalidades– de estos delitos, en cuanto no tiene el deber que les sirven de fundamento. Pero siempre puede ser partícipe, pues aunque no resulta competente para infringir directamente la norma penal que emana del artículo 233 ó 239, bien se le puede imputar una colaboración en la infracción del deber del funcionario. En la medida en que este deber es secundario²⁰, no puede fundamentar ninguna forma de autoría respecto de ese delito de

¹⁸ Así concebido no constituiría más que un delito contra el patrimonio agravado, de suerte que serían procedentes, por ejemplo, los acuerdos reparatorios. Sobre este punto la jurisprudencia es dubitativa.

¹⁹ VAN WEEZEL, Alex, Intervención delictiva y garantismo penal, en *ZIS* 8, (2009), p. 441.

²⁰ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, La estructura de la autoría mediata, en *Revista de Derecho PUCV* XXXIV, (2010), p. 387.

infracción de un deber, aun cuando el particular tenga el dominio de la situación fáctica. Es el funcionario obligado a proteger el patrimonio fiscal el que tiene la competencia primaria, es a él a quien se dirige la norma penal.

Con todo, la conducta del particular y su eventual dominio fáctico sobre la situación puede servir para configurar, al mismo tiempo, un delito común de lesión del patrimonio, pues su conducta significa también la contravención primaria de la norma penal que emana de esos tipos. Entonces estaríamos ante un concurso, que me inclino a considerar como un concurso ideal de delitos: el particular resulta imputable como colaborador en la infracción de deber, es decir, partícipe en el delito especial con una pena atenuada respecto de la del autor²¹; y eventualmente como autor del delito común²².

En suma, podría decirse que existe “comunicabilidad”, en la medida en que el particular puede ser imputado en virtud del delito especial, pero teniendo en cuenta que según ese título de imputación su intervención siempre habrá de ser valorada como secundaria aun cuando haya tenido el dominio fáctico de la situación. La sanción imponible, por tanto, habrá de ser atenuada respecto de la que le corresponde al funcionario *intraneus*.

IV. DELIMITACIÓN ENTRE LAS FIGURAS DE MALVERSACIÓN Y FRAUDE AL FISCO

Cabe advertir, en primer lugar, que la regulación de estas materias es deficiente, confusa, tanto entre las figuras de malversación como en su relación con la de fraude al Fisco. Debería ser objeto de una reforma estructural, que abarque varios tópicos: a) derogación de algunas formas de malversación (como la del art. 235), b) revisión de las penas, c) reestructuración de los elementos típicos, que han sido configurados dentro de un esquema en que el mayor valor parece ser el de los bienes físicamente aprehensibles y, por lo mismo, el mayor injusto lo puede cometer quien los tiene materialmente en su poder. Mientras esa reforma no se realice, la interpretación de los tipos debería intentar zafarse de esta visión, dentro de los límites que impone el respeto por el principio de legalidad, para

²¹ El concurso ideal sólo es apreciable si la pena imponible por su intervención en el delito especial es menor que la del sujeto calificado. Si no fuera así, por ejemplo, porque se le pretende aplicar la misma sanción en tanto inductor del delito en virtud de lo dispuesto en el art. 15 N° 2, entonces esa imputación debería primar sobre la del delito común, en un concurso aparente de leyes penales (concebido dentro de la teoría de los concursos, como criterio para determinar la pena, y no como criterio de interpretación de los tipos penales).

²² Respecto del funcionario también puede afirmarse que concurre la realización del tipo especial y de la figura común, pero en su caso la imputación como autor del primero abarca todo el desvalor del hecho, pues el delito de infracción de deber contempla también el de la afectación del patrimonio.

juzgar proporcionalmente las conductas de conformidad con la gravedad que se les puede atribuir actualmente.

Como punto de partida para la delimitación entre las figuras, hay que destacar que tanto la malversación como el fraude al Fisco pueden caracterizarse como ataques al patrimonio estatal que se producen “desde dentro”, precisamente por quienes tienen el deber de resguardar ese patrimonio. Deber que ya hemos caracterizado como un deber positivo institucional.

Ahora bien, la existencia de un deber de estas características no significa que todas las hipótesis de quebrantamiento deban ser sancionadas de la misma manera. Como afirmábamos, la infracción del deber ha de ser recogida en un tipo penal y pasar por el filtro de la tipicidad para ser constitutiva de delito. Diversos tipos penales pueden tener como fundamento los mismos deberes, o por lo menos deberes equivalentes, pero en ellos se puede exigir además una fenomenología particular, un comportamiento determinado, un resultado, etc., todo lo cual podrá determinar una diversa valoración del hecho típico. Por ejemplo, el deber de los padres de velar por la vida y por la integridad física de sus hijos es el fundamento de la ilicitud tanto del delito de abandono de menores como de homicidio (parricidio) cuando es el padre quien realiza la conducta, pero el segundo es más grave en cuanto incorpora el efectivo menoscabo de la vida como resultado directamente imputable a esa infracción de deber²³.

Es lo que sucede con los delitos que ahora nos ocupan, aunque no siempre resulten claras esas razones que llevan a una mayor o menor penalidad, o no se esté de acuerdo con ellas.

No voy a analizar ahora todos los elementos de estas figuras sino únicamente aquellos que sirvan para la delimitación entre los tipos de malversación y fraude, y en la medida en que sea necesario con ese objeto.

En los delitos de malversación, en general, los tipos se constituyen en torno a la figura del funcionario que tiene los caudales o efectos “a su cargo”. Es decir, entre el funcionario y el objeto sustraído debe existir una especial relación; debe tratarse de objetos vinculados al funcionario por una *especial relación de custodia*, derivada de su función pública. Las disposiciones del Derecho público, y particularmente las del Derecho Administrativo, serán las que determinen cuándo los caudales o efectos están al cuidado del funcionario por razón de su cargo, pues este deber ha de ser *necesario*, esto es, emanado de la ley o un reglamento²⁴.

²³ Cuando un padre mata a su hijo infringe su deber institucional de protección de ese bien jurídico y, al mismo tiempo, infringe el deber general que se impone a todo hombre de no matar a otro. El injusto del parricidio recoge, en este caso, la infracción del deber institucional en la particular situación en que a esa infracción es imputable, precisamente, la muerte de la persona a quien se debía protección.

²⁴ LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho penal, t. II, 7ª edición, (Santiago, 1990), p. 79.

Aunque no se exige expresamente, y por ello la jurisprudencia no siempre lo considere así²⁵, entendemos que es un requisito indispensable toda vez que es lo que confiere mayor gravedad a esta figura²⁶. Si un funcionario público sustrae fondos que no están a su cargo a los que tiene acceso *con ocasión* del ejercicio de su cargo o que están a su cargo, pero no en razón de sus funciones, sino que de modo informal o accidental (como el caso del empleado de secretaría de un Tribunal en relación con los fondos depositados en la caja fuerte de mismo, bajo la custodia del Secretario), sólo estaría afectando el patrimonio fiscal y los deberes generales de honestidad, pero no ese particular deber positivo de resguardo del patrimonio del Estado. En un caso así bastaría sancionar por el delito común de hurto o apropiación indebida, eventualmente agravado de conformidad con el art. 12 N° 8.

Sin embargo, tampoco parece que sea preciso exigir un deber de custodia material, que requiera la tenencia física de los caudales o efectos²⁷. Eso supondría dejar fuera del tipo conductas que pueden ser de mayor gravedad, propias de quien tienen facultades de administración o disposición respecto de esos bienes. Ni el sentido literal de la descripción típica ni, menos, la perspectiva teleológica imponen esa interpretación restrictiva. Quien tiene mayores facultades no deja, por ello, de estar a cargo de esos bienes y es responsable por ellos. El artículo 60 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República no deja dudas a este respecto: “*Todo funcionario cuyas atribuciones permitan o exijan la tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes a que se refiere el artículo 1º, será responsable de éstos, en conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias*”²⁸.

²⁵ V. gr. SCS, 31.12.1917, 07.05.1954, 13.08.1965 y 18.12.1996. Incluso en España, pese a que el tipo vigente exige que los bienes estén a cargo del funcionario “por razón de sus funciones”, alguna jurisprudencia minoritaria todavía acepta una posesión de hecho de los fondos como requisito suficiente para configurar el ilícito, cfr. CATALÁN SENDER, Jesús, Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal, (Barcelona, 1999), p. 262.

²⁶ En esta línea ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, t. IV, 3ª edición, (Santiago, 1998), p. 238.

²⁷ En este sentido GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 222.

²⁸ Artículo 68: “*Todo funcionario que tenga a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, deberá rendir caución para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones*”; artículo 85: “*Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1º, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley. Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá*

Este requisito propio de la malversación, relativo a que el funcionario tenga los bienes a su cargo, se vincula con que el objeto material de estos delitos sean los caudales o efectos públicos o de particulares, excepcionalmente; es decir, bienes que *son parte del patrimonio estatal* al momento de realizarse la conducta, aunque todavía no exista una incorporación formal, y que dejan de serlo en virtud del comportamiento del funcionario o de un tercero. En otras palabras, dinero o bienes que *salen* del patrimonio estatal. Podemos cuestionar que sólo esos supuestos revistan una mayor gravedad que otras conductas que serían únicamente constitutivas de fraude al Fisco –como dejar de cobrar un crédito, por ejemplo–, pero el respeto por el tenor literal impide incluirlas en la medida en que no existan bienes a cargo del funcionario que sean sustraídos por éste o por un tercero.

En la medida en que el delito de malversación encuentra su fundamento en la infracción al deber de custodia del patrimonio fiscal, la hipótesis referida al *consentir en que un tercero* sustraiga esos bienes, ciertamente, no constituye un caso de autoría mediata con agente doloso, sino que la tipificación expresa de un comportamiento omisivo por parte del funcionario. Este es, sin más, *autor* del delito de malversación, pues el mismo realiza la conducta descrita y es competente por ello. La cuestión es que si el tipo no hubiese contemplado expresamente esa hipótesis, entonces la imputación del funcionario podría haberse planteado en términos de autoría mediata²⁹.

Entiendo que la diferencia entre la malversación propia o peculado del art. 233, y la malversación por distracción del 235 radica en la existencia o inexistencia del reintegro. Intentar esa distinción sobre la base de las diversas facultades que tiene el funcionario en relación con los bienes a su cargo supondría, necesariamente, reservar la figura más benigna para quienes tienen mayores facultades –de administrar o invertir–, y la más severa para quienes tienen a su cargo los caudales o efectos para su sola conservación. Esa interpretación, aunque posible, no resulta conveniente desde una perspectiva político-criminal. En cambio, si la diferencia radica en la existencia o inexistencia de reintegro, habrá que concluir que tanto el sujeto como el objeto son esencialmente los mismos en ambas formas de malversación, a diferencia de lo que ocurre con el fraude al Fisco.

que ha cometido sustracción de dichos valores...”. También el Estatuto Administrativo obliga a rendir fianza a los funcionarios cuando en razón de su cargo tengan la administración y custodia de fondos o bienes (art. 61 L).

²⁹ Sobre la interpretación de una hipótesis similar en el CP español, parte de la doctrina considera que constituye un auténtico supuesto de delito de omisión, mientras que otros estiman que el delito en realidad contempla un hecho de participación del funcionario en un comportamiento delictivo de un tercero, cfr. CASTRO MORENO, Abraham, De la malversación, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.) Comentarios al Código penal, 2ª ed., (Valladolid, 2011), p. 1610, con referencias.

En relación con esta última figura, tengo que comenzar por hacerme cargo de las críticas formuladas por el prof. Hernández Basualto en lo relativo a la posibilidad de concebirlo como estafa, quien tiene razón en el sentido de que el fraude al Fisco no es *sólo* una estafa. Puede constituir una estafa si un funcionario engaña a otro funcionario, quien incurre en un error en virtud del cual realiza una disposición patrimonial en perjuicio del Fisco, pero esos supuestos serán más bien excepcionales. La fenomenología más frecuente de este delito implica que el funcionario que debe intervenir en la operación se haya coludido con un tercero para defraudar al Fisco a través de la disposición patrimonial que ese mismo funcionario realiza. En estos casos estamos ante una cierta estrategia o actividad fraudulenta, pero que no coincide con los requisitos que tradicionalmente se exigen en la estafa.

En cuanto el perjuicio se produce por la actuación de los funcionarios que representan al Estado en operaciones en que deben intervenir por razón de su cargo, el prof. Hernández considera que, en rigor, “se está en presencia de un tipo general de administración desleal para el ámbito de la economía pública, pues se defrauda a través de disposiciones patrimoniales contrarias al interés del Estado, interés que el agente está llamado a preservar en razón de sus deberes funcionarios”³⁰. De este modo, intenta delimitar en alguna medida la indeterminación de la descripción del delito de fraude.

En consecuencia, entiendo, restringiría el tipo por la vía de requerir que el funcionario que interviene “cuent[e] con un poder legítimo de disposición sobre patrimonio ajeno, poder que, sin embargo, ejerce de modo irregular y contra los intereses del mismo”³¹, que es lo propio de la administración desleal, según el mismo autor, y que lleva a caracterizarla como un ataque patrimonial desde adentro. La malversación, en tanto, sería una forma más específica de administración desleal que supone apropiación de los caudales o efectos, consistentes en bienes corporales y muebles³².

³⁰ HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho PUCV XXVI*, (2005), p. 238.

³¹ HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho PUCV XXVI*, (2005), p. 202.

³² HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho PUCV XXVI*, (2005), p. 238. En esta línea, considera el fraude como la figura genérica y la malversación como un caso específico, VIDELA BUSTILLOS, Lino, Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos y fraude al fisco, en *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado* 22, (Santiago, 2009), p. 96-97, aunque llega a esa conclusión interpretando el fraude del modo *indeterminado* que Hernández pretende corregir.

El problema de esta interpretación radica en que de este modo la distinción entre malversación y fraude al Fisco parece centrarse únicamente en el objeto material de cada figura y la forma que adopta el comportamiento, sin considerar las facultades del funcionario involucrado, que serían fundamentalmente las mismas en ambas figuras.

Y es un problema, porque de este modo no se justifica de modo alguno la mayor penalidad de la figura de malversación del art. 233, frente a otras conductas que tienden a ser considerablemente más perjudiciales para el patrimonio fiscal.

Comparto la idea de que ambas figuras significan afectaciones al patrimonio fiscal cometidas “desde dentro”; pero me parece que la distinción debe venir, más bien y fundamentalmente, por la diversidad de competencias de los funcionarios involucrados en los hechos, sin perjuicio de que también existan otras particularidades menores propias de la descripción de cada figura.

En el delito de malversación, decía, ha de tratarse de un funcionario que tiene los caudales o efectos a su cargo, por lo que le compete un *especial deber de custodia* de esos bienes. El delito de fraude al Fisco, en cambio, se refiere sólo a un funcionario que debe intervenir, por razón de su cargo, en ciertas operaciones. Al hacerlo, tiene un deber de actuar de conformidad con los principios generales de objetividad, imparcialidad y eficacia, lo que supone velar porque el patrimonio del Fisco no resulte defraudado.

Esto no significa que la figura de malversación se termine aplicando, únicamente, a los funcionarios de menor jerarquía, que tienen la materialidad de la cosa, pues la expresión “tener a su cargo” debe incluir también a los que tienen facultades de disposición o administración de esos bienes. La figura de fraude al Fisco, en cambio, está dirigida a todos los funcionarios, aunque sus atribuciones no les permiten ni exigen la tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes públicos, en la medida en que deben intervenir en una operación de la que puede surgir un perjuicio para el Fisco.

Esa diversidad en los deberes funcionarios que sirven de fundamento a cada una de estas figuras es la que supone o justifica su diferente gravedad.

Desde este punto de vista parecería que existe una relación de género a especie entre el fraude al Fisco y la malversación, toda vez que la obligación especial de custodia es un caso específico de deber, cuya infracción supone siempre la vulneración de las obligaciones generales de comportarse de acuerdo con los principios que rigen el actuar de los funcionarios públicos. Efectivamente, existe esa relación en cuanto al fundamento de las figuras.

Algo similar puede decirse respecto de la exigencia de un detrimento patrimonial. Como la malversación consiste en sustraer o consentir en que se sustraigan los caudales o efectos que el funcionario tiene a su cargo, en este delito

estamos frente a un perjuicio que se produce por esa particular modalidad de conducta.

Pero no puede afirmarse una relación de género a especie entre estos tipos penales porque existen otros elementos en su descripción típica que excluyen esa vinculación lógica: el fraude al Fisco requiere que el perjuicio al Fisco se produzca *en las operaciones* en que el funcionario interviniere, operaciones que no son necesarias en la malversación. En ese sentido la figura del art. 239 es más detallada.

Por lo tanto, aunque en el caso concreto una conducta puede enmarcarse en ambas disposiciones –cuando un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos realiza alguna operación propia de su cargo y, en ese contexto, los sustrae del patrimonio público–, otras situaciones serán solo malversación –por ejemplo, si el funcionario se apropia de los bienes, sin más–, o sólo de fraude al Fisco –lo que ocurrirá cuando el funcionario no esté a cargo de los bienes, cuando no son bienes que salen del patrimonio fiscal, etc.–.

Es verdad que el delito de fraude al Fisco, así concebido, es muy amplio. Ya decía que no constituye sólo una estafa: puede adoptar las características de una estafa o bien verificarse sin necesidad de un engaño –y mucho menos una *mise en scène*– por el incumplimiento de los deberes propios del cargo. Se trata, en general, de una infracción de los deberes relativos a una correcta actuación pública, calificado por el hecho de que se provoca un perjuicio para el patrimonio del Fisco; la conducta consiste provocar un detrimento patrimonial en razón de que se ha intervenido en una operación con incumplimiento de los deberes propios del cargo (sea que ello se traduzca en un ardid, una mentira, una omisión, etc.). Así también lo ha interpretado la jurisprudencia, que se refiere al engaño, abuso de confianza o mala fe del funcionario, sin exigir un especial ardid de su parte³³.

En suma, el delito de fraude al Fisco incluye conductas que podrían ser calificadas como una forma de estafa y otras que no. Pero cabe advertir que tanto la denominación de esta figura como su vinculación con la de estafa, han significado una consecuencia negativa en su aplicación práctica. Pues siempre que se advierte la existencia de algún ardid o maquinación fraudulenta, la tendencia es a calificar inmediatamente el hecho como fraude al Fisco, sin verificar en forma previa si no configura una forma de malversación. Según lo explicado aquí, el que se verifique alguna forma de engaño no impide que la conducta pueda, eventualmente, ser calificada de malversación. Eso depende, fundamentalmente, de las particulares facultades y obligaciones del funcionario que ha intervenido en el hecho, y ese debería ser el criterio de distinción.

³³ Cfr. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal en la Jurisprudencia*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, reimpresión 2005, tomo IV, p. 532.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR ARANELA, Cristián, Delitos contra la probidad administrativa, (Santiago, 2011)
- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, Curso de Derecho penal. Parte especial, T. III, 2ª edición, (Santiago, 2007)
- BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, La malversación de caudales públicos, (Santiago, 1948)
- CASTRO MORENO, Abraham, De la malversación, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.) Comentarios al Código penal, 2ª ed., (Valladolid, 2011)
- CATALÁN SENDER, Jesús, Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal, (Barcelona, 1999)
- CONTRERAS ALFARO, Luis, Anotaciones sobre la legislación penal sustantiva y procesal chilena referida al fenómeno de la corrupción, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis (coord.), Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho, (Santiago, 2005)
- CUETO ETCHEBERRY, Germán, El delito de apropiación indebida, (Santiago, 2005)
- CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal. Parte general, (Santiago, 2004)
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal en la Jurisprudencia, t. IV, 2ª edición (reimpresión), (Santiago, 2005)
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, t. II y IV, 3ª edición, (Santiago, 1998)
- GRISOLÍA, Francisco, La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude, en *Revista de Ciencias Penales*, 1 XXXIV, (1975)
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007)
- HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho PUCV* XXVI, (2005)
- JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad), (Madrid, 1997)
- KUHN, Thomas, La estructura de las revoluciones científicas, (México, 1971)
- LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho penal, t. II, 7ª edición, (Santiago, 1990)

- MAÑALICH, Juan Pablo, La estructura de la autoría mediata, en *Revista de Derecho PUCV* XXXIV, (2010)
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad, (Santiago, 2010)
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª edición (reimpresión), (Santiago, 2004)
- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, Derecho Penal chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª edición, (Santiago, 2006)
- ROBLES PLANAS, Ricardo, La participación en el delito: fundamento y límites, (Madrid, 2003)
- RUIZ PULIDO, Guillermo, Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos, en *Revista de Derecho N° 16 del Consejo de Defensa del Estado*, (2006)
- SÁNCHEZ-VERA, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, (Madrid y Barcelona, 2001)
- VAN WEEZEL, Alex, Intervención delictiva y garantismo penal, en *ZIS* 8, (2009)
- VIDELA BUSTILLOS, Lino, Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos y fraude al fisco, en *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado* 22, (Santiago, 2009)