

LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y EL FRAUDE AL FISCO EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Gustavo Balmaceda Hoyos¹

Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Director Departamento
Derecho Penal, Universidad Andrés Bello
gustavo.balmaceda@unab.cl

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Iniciación en Investigación Conicyt-Fondecyt de Chile, 2011-2013, N° 11110015, titulado: “Malversación de caudales públicos y fraude al Fisco. Divisibilidad de los títulos de imputación y comunicabilidad de la calidad del sujeto activo”, en el cual el autor se desempeña como Investigador Responsable. El autor agradece la valiosa colaboración del Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Sr. Ignacio Araya Paredes; del Prof. Dr. Carlos Castro Cuenca, de la Universidad del Rosario, de Colombia, y de mis ayudantes en la Universidad de los Andes, Srta. Natalia Cárdenas Marín, Sr. Octavio Kehr Castillo y don Santiago Fernández Collado.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la naturaleza de los delitos de malversación de caudales públicos y de fraude al Fisco, en el entendido de que se trata de ilícitos donde la desviación del interés general conlleva necesariamente la afectación del patrimonio público. Para el cumplimiento del propósito trazado, se analizan los bienes jurídicos en juego. Con posterioridad, se estudia su clasificación como delitos especiales y la utilidad de la denominada teoría de los delitos de infracción de deberes. Por último, se examinan los tipos penales en la regulación del Código Penal chileno, valorando críticamente las diferentes posturas que explican su naturaleza y eventual divisibilidad de los títulos de imputación.

Palabras clave: *malversación, fraude al Fisco, delitos especiales, títulos de imputación.*

ABSTRACT

The present work exposes a review about the nature of the embezzlement and fraud to the State treasury, in the understanding that they are felonies where the deviation of the general interest necessarily entails the affectation of the public patrimony. For the fulfillment of the objective drawn up, the legally protected interests in question are analyzed. Later, we study its classification as special felonies and the utility of the so-called theory of the crimes of infraction of duties. Finally, we examine the penal types set forth in the Chilean Penal Code, evaluating critically the different positions that explain their nature and whether it's possible to divide the imputation titles.

Keywords: *embezzlement, fraud to the State treasury, special felonies, imputation titles.*

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación por el adecuado actuar de la administración pública y, en general, de todos aquellos que forman parte de ella (usualmente agrupados bajo el concepto de empleado o funcionario público) ha sido una constante en la sociedad y en el derecho desde tiempos remotos. En este contexto, el Código Penal chileno (en adelante, CP) tipifica una serie de conductas delictivas en las cuales el sujeto activo es un funcionario público e, incluso, dedica un apartado especial a diversas conductas realizadas por estos sujetos en el desempeño de sus cargos (Título V, Libro II CP).

El correcto desempeño de la función pública se relaciona con un fenómeno que también tiene larga data, pero que ha sido objeto de estudio especializado solo en años más recientes: la corrupción. Se ha entendido por tal, desde una perspectiva político-criminal, “cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo, sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado”². En nuestro concepto consiste, en general, en conductas que

² RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 90. No es fácil construir un concepto de “corrupción”, puesto que cada una de las teorías que se han formulado analizan aspectos diferentes del fenómeno. Así, las definiciones que se fundamentan en el mercado aluden al instante inicial o interno (es decir, a la formación de la motivación en el autor del ilícito); los conceptos basados en el abuso de poder detallan la manera a través de la cual se hace efectiva y las definiciones que se concentran en la producción de un beneficio extraposicional manifiestan el efecto de la corrupción pública. De esta manera, podemos subrayar que la corrupción pública es un fenómeno sumamente complicado que se fusiona por medio de tres partes: (a) una *subjetiva o interna*, que influye en la formación de la voluntad de la administración y que está formada por la motivación del autor a ejecutar la práctica corrupta. En este lugar existe la intención de afectar el interés público, al hacer prevalecer los intereses particulares por sobre la objetividad de la administración; (b) otra *adjetiva*, que propone la intervención del funcionario que abusa del cargo, ya sea manifestando un acto administrativo ilegal, omitiendo preferirlo o realizando cualquier otra actuación administrativa. De esta manera, la corrupción debe establecerse como una actividad ilícita, que posea un sistema normativo que le sirva de modelo, aunque no signifique una antijuridicidad penal propiamente tal; y (c) una *material*, que esboza que los actos corruptos reclaman la producción de beneficios indebidos (directos o indirectos), ya sean de índole económica, política, profesional o sexual. Sobre esto, véase ALONSO, José Antonio y GARCIMARTÍN, Carlos, “La corrupción: definición y criterios de medición”, en ALONSO, José Antonio y MUÍAS-GRANADOS, Carlos (directores), *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 21-42; FABIÁN C., Eduardo, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 21 y ss.; GARDINER, John, “Defining corruption”, en HEIDENHEIMER, Arnold y JOHNSTON, Michael (editores), *Political Corruption: Concepts and Contexts*, 3ª edición, New Jersey, Transaction Publishers, 2001, pp. 25-40; GIL V., Fernando, *La cultura de la corrupción*, Madrid, Maia Ediciones, 2008; GRAYCAR, Adam y SMITH, Rusell, “Research and practice in corruption: an introduction”, en LOS MISMOS (editores), *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 3-11; MALEM S., Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 21 y ss.; MURIEL P., María V., “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, en RODRÍGUEZ G., Nicolás y FABIÁN C., Eduardo (coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, pp. 27-39, y ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, traducción castellana de A. Colodrón, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2001, pp. 11 y ss., 125 y ss. y 156 y ss.

significan la desviación del interés público, cometidas mediante el abuso del cargo y con el propósito de obtener un beneficio ilícito (extraposicional) de parte de la administración.

En el contexto de las relaciones que existen entre la función pública y la corrupción, cobran especial relevancia aquellas conductas delictivas en las que a la desviación del deber del funcionario se suma la afectación al patrimonio público; son esta clase de conductas, precisamente, las que tienen mayor connotación pública y las que dejan una imagen más duradera en el inconsciente colectivo.

El presente estudio pretende realizar un análisis general de dos figuras delictivas en las que la desviación del interés general lleva consigo también la afectación del patrimonio público, cual es el caso de los delitos de malversación de caudales públicos y de fraude al Fisco. Para ello, partiremos discutiendo el bien jurídico protegido en estas figuras. Luego, haremos referencia a su clasificación como delitos especiales y la utilidad que tiene el recurso a la denominada teoría de los delitos de infracción de deber respecto de ellos. Finalmente, trataremos los distintos elementos que componen estos tipos penales en la regulación del CP chileno, valorando críticamente las posiciones que ha desarrollado la doctrina para explicarlos.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La doctrina chilena ha debatido intensamente acerca del bien jurídico protegido en los delitos establecidos en el Título V del Libro II del CP. Bunster estima que, respetando la técnica de tipificación utilizada por el legislador en dicho Título³, se trataría de la administración pública, entendida en sentido amplio⁴, tutelándose “*el regular*

³ Precisamente, critica la denominación del Título V (“De los Crímenes y Simples Delitos Cometidos por Empleados Públicos en el Desempeño de sus Cargos”), pues no es el único que contempla delitos de los empleados públicos (también lo hacen los Títulos III, IV y VI), vicio que –a su juicio– viene del Código que sirvió de base al nuestro (CP español de 1850). Véase BUNSTER B., Álvaro, *La malversación de caudales públicos: Estudio de doctrina y de jurisprudencia*, Santiago, Universidad de Chile, 1948, pp. 5-6.

Si se quiere hacer una breve evolución histórica al respecto, en Alemania, la denominada tesis del “deber del cargo” (*amtspflichtverletzung*) fue recepcionada por Binding, Merkel, Mezger y Welzel. Sobre esto, véase BINDING, Karl, *Deutsches Strafrecht: Besonderer Teil*, Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1905, pp. 412-413; HEINRICH, Bernd, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 215 y ss.; MERKEL, Adolf, *Derecho Penal*, traducción castellana de P. Dorado, Madrid, La España Moderna, s.d., II, p. 190; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, traducción castellana de C. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 401, y WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 537. En España, Groizard y Gómez de la Serna ya indicaba que debe sancionarse penalmente el incumplimiento de los deberes de mayor cuantía de los funcionarios públicos, estimando la “desobediencia” como la sustancia primaria de estos ilícitos, véase GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870: concordado y comentado*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de J. A. García, 1912, IV, p. 91.

⁴ “El concepto de administración pública debe comprenderse en sentido amplio, como sinónimo de la entera actividad del Estado. Con ello se quiere decir que las normas relativas a los delitos contra la administración pública tutelan no sólo la actividad administrativa del Estado, entendida en sentido estricto, técnico, sino también la actividad legislativa y judicial”, BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 8.

*funcionamiento de los organismos e instituciones mediante los cuales el Estado desarrolla su actividad, ante los hechos que puedan alterar la normalidad o el prestigio que ésta merece*⁵. Etcheberry, por su parte, señala que si bien en este Título el legislador parece haber agrupado los delitos atendiendo al sujeto activo (el “empleado público”), debió haber tenido en consideración algún bien jurídico, ya que el CP sanciona en otros títulos delitos también cometidos por esta clase de sujetos en el desempeño de sus cargos⁶. Este bien jurídico sería la “recta administración pública”, aunque partiendo de un concepto amplio de “administración pública”, que incluye tanto el aspecto administrativo propiamente tal, como el legislativo y el judicial⁷. Politoff, Matus y Ramírez manifiestan que sería el “*recto funcionamiento de la administración pública*”, atendido que sus funcionarios “*tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa*”⁸. Para Garrido, se trataría de la probidad administrativa, aunque no da mayor explicación del fundamento de esta

⁵ BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 7, donde destaca que en estos delitos no se ataca al Estado de manera integral, sino que “*su propia regularidad funcional*”.

⁶ ETCHEBERRY O., Alfredo, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, IV, p. 203. Otros ejemplos de delitos cometidos por “empleados públicos” no contenidos en este Título serían los artículos 119, 148 y 150 A del CP chileno, entre otros. Similar, en Alemania, Wagner, quien distingue entre los *staatszurechnungsdelikte* y los *nichtstaatszurechnungsdelikte*, para la precisión del autor y del bien jurídico, dentro de los cuales tendrá que determinarse el deber del servicio específico quebrantado por el funcionario (WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 276). En Italia, Manes destaca la recepción jurisprudencial de la naturaleza pluriofensiva de ciertos comportamientos. Así, en el delito de abuso de oficio los bienes jurídicos afectados serían “*tanto el interés público al buen funcionamiento y transparencia de la administración pública, como el concurrente ‘interés del particular a no ser perturbado en sus derechos por el comportamiento ilegítimo del funcionario público’*”; en el delito de omisión por actos de oficio serían bienes jurídicos “*el perfil externo de la tutela de la función administrativa, o bien el momento de contacto con la esfera de los administrados*” y, en la malversación, se protegerían tanto el buen funcionamiento e imparcialidad de la administración pública como su patrimonio (MANES, Vittorio, “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública” [traducción castellana de H. Padilla], en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2 [2000]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc-02.html>. [Consulta: 22.01.2014]). Similar, pero asumiendo la mayor relevancia del factor patrimonial, Castro Moreno indica en relación con la malversación que “*el bien jurídico protegido no es otro que el patrimonio público, aunque naturalmente la lesión de éste se realice infringiendo un deber funcional específico y la conducta pueda además afectar negativamente en la prestación de servicios a los que tienen derecho los ciudadanos*” (CASTRO M., Abraham, *La malversación de caudales en el Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 54).

⁷ ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, pp. 203-204.

⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 488. Interesante resulta destacar que en Alemania, una parcela relevante de la doctrina contemporánea indica que el bien jurídico tutelado sería la “*confianza en los servicios públicos y en la administración*”. Así, encontramos a Artz/Weber, Heine y Otto, véase ARZT, Gunther y WEBER, Ulrich, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2000, p. 1039; HEINE, Günter, “*Vorbem §§ 331 ff*”, en SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, pp. 2733-2735, y OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, p. 555. Similar, en España, Queralt manifiesta que es el “servicio público” el bien jurídico tutelado, pues, en su opinión, aplicando el concepto de eficacia al Derecho Penal, estima que ella “*se consigue mediante la prestación de servicios públicos*”, por lo que “*esa capacidad de prestar servicios es el centro de la protección jurídico-penal, es decir, constituye el bien jurídico protegido*” (QUERALT J., Joan, *Derecho Penal español. Parte especial*, 5ª edición, Barcelona, Bosch, 2008, p. 1049). En el mismo sentido, CUGAT M., Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, Cedecs, 1997, pp. 76 y ss.

posición y se limita a señalar que existen figuras delictivas donde la afectación de este bien jurídico es particularmente relevante (la malversación, el fraude al Fisco y el cohecho)⁹.

En la doctrina más reciente, Rodríguez y Ossandón –en nuestra opinión, de forma acertada– consideran que el objeto de protección en las disposiciones del Título V del Libro II puede explicarse bajo la noción del correcto desempeño de la función pública, que es “*un bien jurídico de naturaleza institucional o supraindividual, que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, que varían ostensiblemente de un delito a otro*”¹⁰. De ello, concluyen que es necesario precisar, frente a cada tipo penal de este Título, el aspecto concreto que se pretende tutelar¹¹⁻¹². Por lo demás, esta idea ya se encontraba, aunque sin mayor claridad sistemática, en un sector importante de la doctrina chilena tradicional¹³.

⁹ GARRIDO M., Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008-10, III, p. 442, para quien este sería el bien jurídico protegido en todos los delitos cometidos por funcionarios públicos. El principio de *probidad administrativa* consiste en “*observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*” (artículo 52 inciso 2º Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.175, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Sobre este concepto, véase en detalle BARRA G., Nancy, *Probidad Administrativa: Aproximación a la Ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2007, pp. 29 y ss.

¹⁰ Los autores definen la “función pública” como el “*correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, 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 en particular, se concretan en los principios de objetividad, imparcialidad y eficacia, RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 100-101.

¹¹ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 100. En el mismo sentido, VIDELA B., 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, (2009), pp. 55-98 y 65, y OSSANDÓN W., María Magdalena, “Malversación y fraude al Fisco”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales I*, (2012), pp. 163-179 y 165. Por su parte, GUZMÁN D., José Luis, “La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno”, en EL MISMO, *Estudios y defensas penales*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 329-399; 340-341, al analizar el delito de malversación, distingue entre “bien jurídico genérico” y “bien jurídico específico”. En la doctrina comparada, ASÚA B., Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en LA MISMA (editora), *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 22, destaca que “*La tutela de la Administración en sus características de actividad, no significa proteger los entes en sí mismos, sino precisamente preservar sus funciones y sus cometidos valiosos para la organización social articulada conforme a la Constitución democrática*”. Con matices, MIR P., Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, J.M. Bosch, 2000, pp. 19-20.

¹² Con matices, SALAS D., Pablo, *El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos*, 2ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009, p. 21, considera que el *correcto funcionamiento de la administración pública* es simplemente el marco donde se agrupan distintos bienes jurídicos específicos, debiendo determinarse en cada tipo penal el objeto directamente atacado. Para el citado autor, “*existe un objeto de tutela mediante o indirecto –la Administración Pública– y uno directo o mediato, en cada tipo penal*”. Nos parece, sin embargo, que al identificar el “objeto directamente atacado” con el “bien jurídico específico”, confunde las categorías de bien jurídico protegido y de objeto de la acción delictiva.

¹³ Véase, entre otros, LABATUT G., Gustavo, *Derecho Penal*, 7ª edición, actualizada por J. Zenteno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimp. 2005, II, p. 69, aunque este autor partía de la noción de que existían distintos bienes jurídicos protegidos, que compartían el denominador común de proteger la buena y ordenada marcha de los servicios públicos. También en BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), pp. 10-11. Etcheberry, luego de analizar el bien jurídico protegido en el Título V, agrupa la malversación, los fraudes y el cohecho, bajo la rúbrica “delitos que consisten en falta de probidad” (ETCHEBERRY O., A., cit. [n. 5], IV, pp. 236 y ss.); POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 492, analizando los artículos 233 y 234 CP, estiman que se trataría de la probidad administrativa y del interés fiscal.

Partiendo de la concepción propuesta por Rodríguez y Ossandón, queda por analizar cuál es el *aspecto concreto* del correcto desempeño de la función pública que se protege en particular en los delitos de malversación de caudales públicos y de fraude al Fisco. Un sector de la doctrina considera que sería la probidad administrativa¹⁴, aunque también reconocen la relevancia de la afectación al patrimonio público¹⁵. Para otro sector, el bien jurídico sería el patrimonio del Estado¹⁶ o sus intereses patrimoniales¹⁷. Finalmente, para Rodríguez y Ossandón, en estos supuestos el correcto desempeño de la función pública se materializa en la *“correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción de los intereses de la comunidad, objetivo que presupone el cumplimiento de los especiales deberes que el ordenamiento jurídico impone a determinados funcionarios”*¹⁸⁻¹⁹.

¹⁴ Explícitamente: LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 78, quien al tratar la malversación señala que *“su objetividad jurídica no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como la infracción del deber de probidad del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados por razón de su oficio”*. En el mismo sentido, AGUILAR A., Cristian, *Delitos contra la probidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Ed. Metropolitana, 2011, pp. 25 y 46; GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, pp. 442 y 454, aunque, como vimos, para este autor la probidad administrativa es el bien jurídico en todos los delitos cometidos por funcionarios, y POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 492, específicamente respecto de las figuras de los artículos 233 y 234 CP, aunque estiman que también es relevante el interés fiscal. Por su parte, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 236, simplemente los agrupa bajo la rúbrica *“delitos que consisten en falta de probidad”*.

¹⁵ Véase, por todos, BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), pp. 10-11, para quien *“Los delitos que atentan contra la administración pueden también dirigirse contra los distintos valores jurídicos que engloba y que la ley penal ha situado bajo su tutela”*, siendo la malversación una de aquellas figuras que *“se dirigen de manera precisa en contra de los intereses patrimoniales del Estado”*, y POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), quienes hacen referencia al interés fiscal.

¹⁶ Ha defendido esta posición, MAYER L., Laura, *“El patrimonio del Estado como objeto de protección penal”*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, (2007), pp. 205-234 y 231, para quien estas figuras protegen *“tanto el patrimonio estatal como la actividad que ejercen los entes públicos tendiente a la obtención de ingresos y a la realización de gastos para la satisfacción de necesidades colectivas”*. Para GUZMÁN D., José Luis, *“El tipo de injusto y la continuación criminal en el delito de fraude al Estado y a ciertos entes públicos menores”*, en EL MISMO, *Estudios y defensas penales*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 401-420 y 403-404, el fraude al Fisco y la malversación ofenden *“en primera línea”* los medios económicos de la administración, siendo la imparcialidad y probidad administrativa un bien jurídico secundario. Por su parte, LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 69, los consideraba bajo el grupo de delitos que *“agravan el patrimonio del Estado”*, aunque realizaba tal clasificación solo con fines de sistematización.

¹⁷ SOTO A., Fernando, *El delito de defraudación del artículo 239 del Código Penal ante la jurisprudencia*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1967, p. 5 (citado en SALAS D., P., cit. [n. 11], p. 24).

¹⁸ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 388, respecto de la malversación, llegan a similar conclusión al analizar el delito de fraude al Fisco, que consideran *“tiende a la protección del correcto desempeño de la función pública, interés que ... resulta lesionado cuando el funcionario no cumple el deber de velar por los intereses patrimoniales del Fisco, de acuerdo con criterios de economía y eficiencia, vulnerando con ello, alternativamente, los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que han de presidir el ejercicio de los cometidos estatales”* (RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. [n. 1] p. 415). En el Derecho español, véase MIR P., C., cit. (n. 10), p. 288, para quien el bien jurídico protegido es el *“correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público”*.

¹⁹ La posición tradicional en España sostiene que se trata de un delito *pluriofensivo*, pues comportaría tanto una vulneración del deber de fidelidad del funcionario (o de la persona asimilada a este, caso de nuestro artículo 238 CP) y a su vez, una puesta en peligro o lesión del patrimonio fiscal. Sobre el estado de la doctrina española, véase MIR P., Carlos, *“Consideraciones previas a los artículos 432 a 435”*, en CORCOY B., M. y MIR P., S. (directores), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 938-939. Un análisis crítico de la doctrina española mayoritaria, en MIR P., C., cit. (n. 10), pp. 280 y ss.

3. LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y EL FRAUDE AL FISCO COMO DELITOS ESPECIALES

3.1. Los delitos especiales

Se ha entendido tradicionalmente por delitos especiales aquellos en los que “*sólo pueden ser sujetos [activos] quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley*”²⁰. Se distinguen dos clases: los delitos especiales propios, en los cuales el tipo penal designa como autor a sujetos que poseen una calidad especial, sin existir una figura delictiva aplicable a los sujetos que no la posean; y los delitos especiales impropios, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero la calidad especial actúa agravando la penalidad, existiendo una figura base o residual aplicable a los sujetos que no la posean.²¹ La distinción, puede apreciarse, es que en los primeros la cualidad especial fundamenta la ilicitud de la conducta, en tanto, en los segundos, solo la agrava²².

Partiendo de la clasificación entre delitos especiales propios e impropios, un destacado sector de la doctrina chilena ha estimado que la malversación de caudales y el fraude al Fisco son delitos especiales impropios²³. A continuación, analizaremos de forma crítica estas aseveraciones.

3.2. La malversación de caudales públicos como delito especial

La doctrina chilena mayoritaria considera que el delito de malversación de caudales públicos es un delito especial impropio²⁴. Sin embargo, no existe acuerdo para efectos de

²⁰ MIR P., Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Barcelona, Reppertor, 2011, p. 237.

²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WIEGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, traducción castellana de M. Olmedo, Granada, Comares, 2002, pp. 285 y ss.; y GARCÍA C., Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, Grijley, 2008, pp. 312 y ss. Con matices, MIR P., S., cit. (n. 19), p. 231. En la doctrina chilena, recientemente se ha vuelto a poner énfasis en que los delitos especiales impropios no son en realidad delitos especiales, por cuanto en ellos existe simplemente el quebrantamiento de una norma general (delito común), que se ve cualificado desde la perspectiva de su respectiva norma de sanción, por existir un determinado estatus personal en el sujeto activo (MAÑALICH R., Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, 7, (2012), 14, A4, pp. 357-377. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol-07/n-14/Vol7N14A4.pdf>. [Consulta: 22.01.2014], p. 358).

²² Con claridad, GRISOLÍA C., Francisco, “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”, en *Revista de Ciencias Penales* (3ª época), 1, XXXIV, (1975), pp. 3-47 y 5-6.

²³ Sobre esto, la doctrina citada *infra* III, apartados 2 y 3.

²⁴ Véase BRAHM Y., Jorge, *Jurisprudencia sobre malversación de caudales públicos*, Puerto Montt, Talleres Gráficos El Llanquihue - Universidad de Chile, 1947, p. 12; CURY U., Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, II, p. 229; DEL RÍO C., Raimundo, *Derecho Penal*, Santiago, Ed. Nascimento, 1935, III, p. 187; LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 234; MAYER L., L., cit. (n. 15), p. 223; PIÑA R., Juan Ignacio, “Malversación de caudales públicos, causa Ministerio Público contra J.A.D.M. y L.A.M.Q. (Informe en Derecho)”, en *Doctrina Procesal Penal*, 10, (2012), pp. 181-203 y 183; POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), pp. 489 y ss., y VARAS V., Eduardo, “Comunicabilidad a los co-delincuentes de los elementos constitutivos del delito”, en *Revista de Ciencias Penales*, V, (1941), pp. 49-56 y 53. BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), pp. 25-27 y 31-35, por su parte, distingue entre aquellas formas de malversación que pueden ser

determinar la figura residual de este delito, existiendo una serie de posturas en la literatura chilena. Así, para algunos autores la figura residual (común) sería la apropiación indebida²⁵; para otros el hurto²⁶; la estafa²⁷, la estafa o el hurto, según sea el caso²⁸; el hurto, la apropiación indebida o la estafa, según cuáles sean las circunstancias concretas en que se ejecuta el acto²⁹; o la apropiación indebida o el hurto, dependiendo de la modalidad comisiva³⁰.

a) Identidad con la apropiación indebida

La apropiación indebida se encuentra regulada en el artículo 470 N° 1 CP, que sanciona “A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”³¹. Como se ha dicho en la doctrina reciente, esta figura comparte con la malversación que se trata de la tenencia legítima de una cosa mueble ajena³², aunque la malversación presenta una mayor amplitud y contiene conductas que

concebidas como realizadas por alguien que no es funcionario público (a su juicio, los artículos 233 y 235 CP) y aquellas que no (en su opinión, los artículos 234, 236 y 237 CP, que considera son “delitos de posición”). Para GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), pp. 342-343, son delitos especiales impropios el peculado (artículos 233 y 234 CP) y la distracción de fondos (artículo 235 CP), en tanto que la aplicación pública diferente (artículo 236 CP) y la denegación de pago o entrega (artículo 237 CP) serían delitos especiales propios. RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 391, en tanto, consideran que solamente la hipótesis del artículo 233 CP es un delito especial impropio.

²⁵ Así, BRAHM Y., J., cit. (n. 23), p. 12; GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), pp. 366 y 382, respecto de los artículos 233, 234 y 235 CP; y LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 234.

²⁶ Esta parece ser la posición de BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), pp. 33 y ss., para quien cuando no se trate de “delitos de posición”, el *extraneus* debe ser sancionado como responsable de un delito contra la propiedad, como el hurto o el robo. En la doctrina española, véase CATALÁN S., Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, Ed. Bayer Hnos. S.A., 1999, p. 252.

²⁷ Así, DEL RÍO C., R., cit. (n. 23), p. 187, aunque hace referencia al artículo 470 N° 1 CP, que como sabemos regula la apropiación indebida.

²⁸ En este sentido, VARAS V., E., cit. (n. 23), p. 53.

²⁹ Era la posición de CURY U., E., cit. (n. 23), p. 229.

³⁰ POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), pp. 489 y ss.; PIÑA R., J.I., “Malversación”, cit. (n. 23), p. 183, analizando en particular el supuesto del artículo 233 CP, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 383 y ss. Parece ser también la postura de Mayer, para quien “Igualmente, por la circunstancia de que la mayoría de la doctrina entienda que estamos en presencia de un delito especial impropio (al menos en las modalidades apropiatorias), resultando obvio que deban existir otros tipos que castiguen las mismas conductas sin requerir la cualidad específica del sujeto exigida en la malversación, conductas que tradicionalmente han sido calificadas de apropiación indebida, hurto, etc., esto es, de delitos patrimoniales” (MAYER L., L., cit. [n. 15], p. 223).

³¹ Para un acabado análisis de esta figura en el Derecho chileno y comparado, véase POLITOFF L., Sergio, *El delito de apropiación indebida*, Santiago, Ed. Nascimento, 1957; SOTO P., Miguel, *La apropiación indebida: acción, autor y resultado típico*, Santiago, Ed. Jurídica ConoSur, 1994, y CUETO E., Germán, *El delito de apropiación indebida: Administración desleal (una visión de la doctrina y jurisprudencia)*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2005. Con especial énfasis en la distracción de dinero, HERNÁNDEZ B., Héctor, “La administración desleal en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, (2005), pp. 201-258 y 210 y ss.

³² CUETO E., G., cit. (n. 30), p. 87. El autor citado, sin embargo, también señala que ambas conductas comparten el mismo verbo rector, “apropiar”. Esto nos parece incorrecto, en tanto ninguna de las hipótesis de

escapan a aquellas a que hace referencia el artículo 470 N° 1 CP³³. Analicemos a continuación las diferencias entre ambas, que a nuestro juicio impiden clasificar la malversación como una forma *especial* de apropiación indebida.

La primera objeción dice relación con el objeto material (u objeto de ataque) en estos delitos. En primer lugar, en la apropiación indebida se trata de bienes muebles ajenos que sean especies o cuerpos ciertos, y solo de forma excepcional el tipo se refiere a bienes fungibles, en específico “efectos” o “dinero”³⁴. La regulación de la malversación de caudales públicos, en cambio, se construye de la manera opuesta, esto es, a partir de bienes fungibles: los “caudales” o “efectos” (cfr. artículos 233, 234, 235, 236 y 238 CP), los “fondos” (cfr. artículos 237 y 238 CP) y las “rentas” (cfr. artículo 238 CP)³⁵. En segundo término, en la malversación este objeto material se construye sobre bienes que tienen carácter “público” y solo excepcionalmente sobre aquellos pertenecientes a “particulares”³⁶, distinción que no existe en el artículo 470 N° 1 CP.

Además de lo anterior, en el CP chileno la penalidad de la apropiación indebida se encuentra graduada según el valor de la cosa mueble apropiada o la cantidad de dinero distraído, siguiendo la regla del artículo 467 CP³⁷. Respecto de la malversación, esta

malversación en el CP chileno utiliza esta expresión; es más, la denominada malversación propia (artículo 233 CP) tiene como verbos rectores el *substraer* o *consentir en que otro substraiga*.

³³ CUETO E., G., cit. (n. 30), p. 87.

³⁴ En el mismo sentido, en la doctrina española se manifiesta SILVA C., María Luisa, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 132, para quien “si el Código [Penal español de 1995] realiza una expresa mención del dinero, es porque de no haberlo hecho, nos habríamos encontrado con que, en atención a la propia naturaleza del delito, en el concepto de bien mueble sólo se podrían entender incluidos aquellos que tuvieran la característica de no fungibles, con lo que nos encontraríamos ante una clara laguna legal”. Como destaca SÁNCHEZ-VERA G., Javier, “Administración desleal y apropiación indebida: Consecuencias de la distinción jurisprudencial”, en LÓPEZ B., Jacobo y ZUGALDÍA E., José Miguel (coordinadores), *Dogmática y ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, II, pp. 1207-1226 y 1207-1208, el artículo 252 CP español de 1995 (supuesto de apropiación indebida en el Derecho español) contiene en realidad dos figuras delictivas: la apropiación indebida (cuando se trate de bienes no fungibles) y la administración desleal (cuando se trate de bienes fungibles, como el dinero u otros activos). En la doctrina chilena, Cueto parece seguir la tesis propuesta por Silva Castaño (CUETO E., G., cit. [n. 30], pp. 78-79). Hernández también pone énfasis en el alcance de la apropiación indebida a bienes fungibles (en específico, el dinero), concluyendo que “conforme a una interpretación del tipo coherente con los principios y reglas del derecho privado, no puede haber apropiación indebida de dinero, salvo en los extraños casos en que éste se entrega como especie o cuerpo cierto, o bien, sin constituir custodia sobre el mismo” (HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. [n. 30], p. 214). Esta idea ya se encuentra, por lo demás, en LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 234.

³⁵ Sobre el alcance de estas expresiones, véase *infra* V, apartado 2.

³⁶ Sobre esto, véase *infra* V, apartado 2.

³⁷ “Art. 467. El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado: 1.º Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales”.

característica no es universal: así, la hipótesis del artículo 233 CP³⁸ gradúa la pena según el monto malversado; la del artículo 235 CP³⁹ considera este valor para efectos de determinar la multa aplicable; y, en cambio, los artículos 234, 236 y 237 CP no distinguen penalidades según cuál sea este valor, salvo que se trate de montos superiores a las cuatrocientas unidades tributarias mensuales (artículo 238 inciso 2° CP, norma aplicable a todos los supuestos de malversación)⁴⁰. Como puede apreciarse, la necesaria correlación que existe entre el valor de lo apropiado (o distraído) para efectos del delito de apropiación indebida solo está presente en dos supuestos de malversación (los artículos 233 y 235 CP); aún más, incluso en estos casos, se trata de escalas de penas diferentes y de un modelo de graduación de las cuantías también diferente (en el artículo 233 CP), o en el cual su relevancia es mucho menor (artículo 235 CP, solo para efectos de determinar la multa). A su vez, y relacionado con lo anterior, las penas aplicables a las formas más graves de malversación (artículo 233 N° 3 y la regla especial del artículo 238 inciso 2° CP) son muy superiores a las de la apropiación indebida. Como se ha destacado, si se aceptara el paralelismo entre ambas figuras, esta desproporción no tiene explicación; si no se acepta tal identidad –como ocurre aquí–, la respuesta debe encontrarse en el bien jurídico protegido por el delito de malversación de caudales públicos, distinto de aquel protegido en la apropiación indebida⁴¹.

En la doctrina española, Herrero distingue entre la malversación propia⁴² y la impropia⁴³. En el primer caso, señala que sus diferencias con la apropiación indebida (regulada en el

³⁸ “Art. 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación”.

³⁹ “Art. 235. El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído. No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233 [CP]”.

⁴⁰ Ahora bien, por aplicación del artículo 69 CP, el mayor o menor monto malversado en estas hipótesis típicas podrá tener relevancia para determinar *dentro del límite* del grado que establece la ley, la pena en concreto a ser aplicada, en atención a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

⁴¹ Esta idea ya se encuentra en POLITOFF L., S., cit. (n. 30), pp. 89-90, quien al distinguir la malversación de la apropiación indebida, considera que “Hay algo más, junto a la calidad de funcionario público, que separa en su esencia los mencionados tipos legales, y este elemento es el bien jurídico comprometido, índice cierto de la ‘especialidad’ de una infracción penal”. En el mismo sentido, CUETO E., G., cit. (n. 30), pp. 88-89. Sobre el bien jurídico protegido en el delito de malversación, véase *supra* II.

⁴² Para este autor, son supuestos de malversación propia la “sustracción o consentimiento de sustracción de los caudales públicos puestos al cargo de la autoridad o funcionario responsable, destino de dichos caudales a usos ajenos a la función pública, dar aplicación privada a bienes muebles o inmuebles de naturaleza pública” (HERRERO H., César, *Infracciones penales patrimoniales*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 269), es decir, las figuras de los artículos 432, 433 y 434 CP español.

artículo 252 CP español) serían principalmente tres: (i) la calidad especial del sujeto activo en la malversación, cual es la de funcionario público; (ii) el objeto material, que debe tener naturaleza pública; y (iii) que dichos objetos deben estar a disposición del funcionario en razón de su cargo⁴⁴. En el segundo, si bien son de menor intensidad, siguen existiendo: (i) en el artículo 435 N° 1, el sujeto activo no es un funcionario público, sino que cualquier persona que se encuentre encargada por “*cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas*”; (ii) en el artículo 435 N° 2 se castiga a los particulares “*legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos*”, clase de designación que no opera respecto de la apropiación indebida; y (iii) en el artículo 435 N° 3 se trata de bienes administrados que han “*sido embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública*”, es decir, bienes ajenos al patrimonio público cuya administración o depósito ha sido decidido por dicha autoridad⁴⁵.

b) Identidad con el hurto

Defender la identidad de la malversación con el hurto nos parece también problemático. Recordemos que esta última figura se encuentra definida en el artículo 432 CP⁴⁶ y penada en el artículo 446 del mismo cuerpo legal⁴⁷. Nuestro CP utiliza el verbo rector “*apropiarse*”, que ha sido entendido tradicionalmente como “*sustraer una cosa de la esfera de resguardo de otra persona, con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella*”⁴⁸. Entonces, la apropiación contiene dos elementos: la sustracción y el ánimo de señor y dueño (o ánimo

⁴³ Se trata de los supuestos regulados en el artículo 435 CP español, que hace extensibles las figuras de los artículos 432 a 434 del mismo Código a otros sujetos (no necesariamente funcionarios públicos) y a otros fondos (no necesariamente fondos del Estado). Se trata de una figura similar a la contenida en el artículo 328 CP chileno.

⁴⁴ HERRERO H., C., cit. (n. 41), p. 270.

⁴⁵ HERRERO H., C., cit. (n. 41), p. 270.

⁴⁶ “Art. 432. *El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto*”.

⁴⁷ “Art. 446. *Los autores de hurto serán castigados: 1.º Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales*”. Esta figura consagra lo que se conoce en doctrina como “hurto simple”. Sobre esto, véase OLIVER C., Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, p. 112, quien destaca que “*La denominación de hurto simple no se encuentra en el Código Penal. A pesar de ello, es costumbre que tanto la doctrina como la jurisprudencia la utilicen para aludir al tipo contemplado en el artículo 446 CP*”.

⁴⁸ VIVANCO S., Jaime, *El delito de robo con homicidio: Ensayo de una interpretación a la luz de la doctrina del delito-tipo*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009, p. 40. En el mismo sentido, DEL RÍO C., R., cit. (n. 23), p. 425; ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), III, p. 296, y LABATUT G., G., cit. (n. 12), pp. 195-196. En general, sobre el concepto de “apropiación”, véase la reciente monografía de OLIVER C., G., cit. (n. 46), pp. 68 y ss.

de apropiación)⁴⁹⁻⁵⁰. Partiendo del concepto de “apropiación” antes citado, nuestra doctrina absolutamente mayoritaria considera que en nuestra legislación no se sanciona el denominado “hurto de uso”, esto es, aquella conducta de sustracción de una cosa mueble ajena sin ánimo de apropiársela⁵¹.

Relacionado con lo anterior, nuestro CP distingue la tipificación de la malversación frente al hurto, al no utilizar el verbo rector “apropiarse”, sino que construyendo gran parte de sus hipótesis a partir de otro, el “substraer”⁵². Como ya vimos, la sustracción también tiene relevancia para efectos del hurto (como elemento de la apropiación) y se ha entendido que comprende “dos actos, uno conformado por el quebrantamiento de la custodia que tiene el dueño o un tercero sobre el bien, y otro por la constitución de una nueva custodia en poder del agente”⁵³. Nos parece que esta caracterización de la sustracción no tiene relevancia para efectos de la malversación, pues en sus distintas hipótesis el sujeto activo ya tiene la custodia del objeto material (los caudales, efectos, etc.), no siendo necesario el quebrantamiento de una esfera de custodia anterior. Lo que ocurre en este delito es simplemente una “mutación de custodia pública en custodia privada”⁵⁴.

Finalmente, respecto a la existencia de un ánimo de apropiación (*animus rem sibi habendi*), hay cierta discusión en la doctrina chilena en cuanto a la figura del artículo 233 CP. Así, para Garrido, pese a que esta disposición utiliza las expresiones “substraer” y “consentir en substraer”, se exige que subjetivamente el agente actúe con ánimo de apropiación⁵⁵.

⁴⁹ Recordemos, en todo caso, que como el hurto no es un modo de adquirir el dominio de las cosas, el sujeto activo no se apropiará de derecho de las cosas hurtadas. En este sentido, por todos, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), III, p. 296, para quien “El concepto está referido, en consecuencia, a la adquisición de hecho, no de derecho, de las facultades propias del dominio: usar, gozar y disponer libremente de una cosa, tal como podría legítimamente hacerlo el verdadero dueño, no siéndolo en realidad”.

⁵⁰ Como destaca VERA S., Juan Sebastián, *La consumación en el delito de hurto: Aspectos dogmáticos, jurisprudenciales y procesales*, Santiago, Librotecnia, 2011, p. 127, la apropiación se compone de dos elementos: uno de orden material (el apoderamiento o sustracción de la cosa) y otro de naturaleza psicológica (el ánimo de apropiación o *animus rem sibi habendi*).

⁵¹ Véase, por todos, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), III, p. 306, para quien se entiende por tal, “la apropiación de cosa ajena, pero sin el ‘ánimo de señor y dueño’, esto es, para servirse temporalmente de ella, pero reconociendo el dominio ajeno y restituyéndola posteriormente sin menoscabo a su titular”; y, más recientemente, OLIVER C., G., cit. (n. 46), pp. 71 y ss. La doctrina minoritaria es representada por DEL RÍO C., R., cit. (n. 23), p. 426.

⁵² Destacan esto RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 389.

⁵³ GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, pp. 149-150. Para Vivanco, habrá sustracción “cuando la cosa se traiga al propio poder de disposición material, sacándola del poder de otro” (VIVANCO S., J., cit. [n. 47], p. 40).

⁵⁴ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 369. Compartimos la apreciación de este autor, en cuanto “cabe descartar el recurso a la definición del concepto de sustracción que ofrece la reconstrucción dogmática de la tipificación del hurto; su sustracción ha de identificarse con una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detención”. La idea ya se encuentra en ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 239, quien distingue entre el empleado como funcionario y como persona privada. También reconocen esto RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 389-390, quienes destacan que “en estos casos los fondos sustraídos se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del hechor, éste no necesita extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona. Por tanto, para determinar si ha existido sustracción se hace necesario distinguir entre la esfera de custodia del empleado como funcionario público y como persona privada”.

⁵⁵ GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, pp. 446-447 y 453-454, aunque parece hacer extensible esta conclusión a todas las hipótesis de malversación, al identificar la noción de sustraer caudales o efectos o darles una aplicación diferente con “disponer” de ellos, lo que considera inherente a apropiárselos (p. 446), salvo a la del

Ahora bien, sin perjuicio de esta controversia, existe una hipótesis de malversación donde decididamente no aparece un ánimo de parte del funcionario, entendido como persona privada, de apropiarse de los caudales o efectos: el artículo 236 CP, que sanciona al empleado público que “*arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados*”⁵⁶.

c) Identidad con la estafa

Plantear la residualidad de la estafa nos parece aún más difícil de fundamentar. Si entendemos por tal figura, siguiendo la clásica definición de Antón, “*la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero*”⁵⁷, aparece claramente que el elemento esencial de la estafa es el engaño: dicho en términos simples, no hay estafa sin engaño⁵⁸. Como ya adelantamos y veremos luego en detalle, ninguna de las hipótesis de malversación reconoce de forma alguna al engaño como verbo rector.

d) Sobre la posibilidad de admitir diversas figuras como residuales

El admitir, como lo hacen algunos autores⁵⁹, que la figura residual será múltiple o dependerá “de la modalidad comisiva” no parece contribuir a la solución del problema. Partir de esta noción significa, necesariamente, admitir que existe una malversación-hurto, una malversación-apropiación indebida y una malversación-estafa, por lo que estaríamos obligados a concluir que no existe en realidad una figura única de malversación, sino que cada hipótesis se debe construir a partir de la respectiva figura base. Esto es especialmente relevante si se parte, como hacemos en este trabajo, de la noción de que las distintas figuras contempladas en el párrafo 5° del Título V del Libro II del CP pueden ser

artículo 237 CP (p. 453). En contra, decididamente, RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 389 y 395.

⁵⁶ Sobre esta hipótesis, en detalle, véase *infra* V, apartado 6, letra d). La noción de que la *aplicación diferente* no constituía apropiación se encontraba ya en Fuensalida, quien al analizar los artículos 235 y 236 CP, estimaba que “*los hechos que penan este artículo 235 i el siguiente son los que, hablando con propiedad, tienen el nombre de malversación, palabra que no supone ánimo de hurtar sino una simple inversión indebida de los caudales públicos*” (FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno*, Lima, Imp. Comercial, 1883, II, p. 223).

⁵⁷ ANTÓN O., José, “Voz: Estafa”, en MASCAREÑAS, Carlos E. (director), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1958, IX, pp. 56-90 y 57.

⁵⁸ Véase, por todos, ANTÓN O., J., cit. (n. 56), p. 61: “*Elemento específico de la estafa es la conducta engañosa, consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas*”.

⁵⁹ Véase, por todos, CURY U., E., cit. (n. 23), p. 229; MAYER L., L., cit. (n. 15), p. 223; POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), pp. 489 y ss.; RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 383 y ss., y VARAS V., E., cit. (n. 23), p. 53.

agrupadas bajo el concepto general de “malversación”. Volveremos sobre este punto más adelante⁶⁰.

e) La malversación como delito especial propio

En una tesis que compartimos, recientemente Mañalich ha estimado que la malversación de caudales públicos es un delito especial propio. Fundamenta esta aseveración en que “la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo sólo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público, tal como éste se encuentra definido por el artículo 260 del Código Penal”⁶¹. Lo anterior, estima, es totalmente independiente de que estas normas se encuentren superpuestas con otras normas cuyo quebrantamiento dé lugar a un delito común⁶².

3.3. El fraude al Fisco como delito especial

Un sector de la doctrina chilena estima que el fraude al Fisco es un *delito especial impropio*⁶³. En este sentido, Politoff, Matus y Ramírez señalan que se trataría de una forma agravada de estafa, por lo que el artículo 239 CP exigiría para su consumación el engaño y el perjuicio propios de esta figura⁶⁴. Comprendido así, sería posible sancionar al tercero *extraneus* que participa con el funcionario, ya sea a título de estafa (artículos 468⁶⁵ y 473⁶⁶ CP) o de estafa especial del artículo 470 N° 8⁶⁷ del mismo cuerpo legal⁶⁸. Otros autores

⁶⁰ Véase *infra* V, apartado 1.

⁶¹ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 362-363. La única salvedad, señala el autor, es el supuesto de ampliación del círculo de destinatarios de estas normas, contenido en el artículo 238 inciso 1° CP, según el cual las normas de los artículos 233 a 237 CP también pueden ser quebrantadas por *cualquier persona* que se encuentre encargada de fondos, rentas o efectos municipales o que pertenezcan a establecimientos públicos de instrucción o beneficencia.

⁶² MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 363.

⁶³ ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 248; POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 499, y SALAS D., P., cit. (n. 11), p. 53. En un sentido similar, GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, p. 456, aunque sin explicitar el carácter de delito especial del fraude al Fisco, concluye que el *extraneus* debe responder por estafa o apropiación indebida (la referencia a esta última figura parece tratarse de una imprecisión del autor, pues sigue expresamente a POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, quienes no hacen alusión a ella). Con matices, RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 415, al estimar que “Se trata de un delito especial impropio que se corresponde en general con los delitos de estafas y otros engaños, sin coincidir con ninguno en particular” (énfasis en el original).

⁶⁴ Así, POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 498.

⁶⁵ “Art. 468. Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

⁶⁶ “Art. 473. El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

⁶⁷ “Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también: [...] 8° A los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas”.

parecen coincidir con esta postura, aunque con matices⁶⁹, o reconociendo que existe, además del engaño, otra conducta alternativa: el abuso de confianza o el incumplimiento de deberes funcionarios⁷⁰.

La tesis antes señalada, aunque meritoria en cuanto pretende evitar una laguna de punibilidad respecto del partícipe *extraneus* en el delito de fraude al Fisco⁷¹, parte de presupuestos erróneos, que la hacen insostenible y que generan diversos problemas a nivel dogmático e interpretativo⁷². Así, por ejemplo, algunos autores que defienden esta identidad han llegado a soluciones inconsistentes en relación con la entidad del “engaño” que se exige para el delito de fraude al Fisco⁷³. De admitirse la plena identidad entre ambas figuras, sería obligatorio entonces concluir que sus elementos deben ser analizados e interpretados de forma similar; algunos han dicho, sin embargo, que mientras en la estafa se requeriría de una *mise en scène*, en el fraude al Fisco ella no sería necesaria⁷⁴⁻⁷⁵.

Según reza el artículo 239 CP, este delito puede cometerse tanto defraudando como consintiendo que se defraude. En el primer supuesto, creemos que el defraudar no debe necesariamente realizarse mediante un engaño⁷⁶. Si se parte de un concepto amplio de

⁶⁸ POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 499.

⁶⁹ No se manifiesta explícitamente a favor de esta tesis Etcheberry, quien se limita a señalar que “De acuerdo a las reglas generales, y no siendo éste un delito de posición, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcionario, comete el respectivo delito contra la propiedad (alguna forma de defraudación)” (ETCHEBERRY O., A., cit. [n. 5], IV, p. 248). Por su parte, GRISOLÍA C., F., cit. (n. 21), p. 7, estima que la figura residual sería “la apropiación indebida, la estafa, etc.”.

⁷⁰ GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, p. 455, y MERA F., Jorge, *Fraude civil y Penal*, 2ª edición, Santiago, Ediar-Conosur, 1994, p. 92. Reconoce también la posibilidad de fraudes al Fisco por estos supuestos alternativos, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 247. Por su parte, URREJOLA G., Eduardo, “El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 6, (2002), pp. 91-101 y 99-100, señala que son aptos para configurar este delito tanto el engaño (o la simple mentira) como el incumplimiento de deberes funcionarios. Crítico de estos conceptos amplios, HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. (n. 30), p. 235.

⁷¹ Sobre esto, véase BALMACEDA H., Gustavo, “Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al Fisco”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19 (2012), 2, pp. 45-81 y 56 y ss., donde se analizan críticamente las distintas posturas que existen en la doctrina chilena sobre el problema de la comunicabilidad en los delitos especiales.

⁷² Entre los críticos recientes a esta interpretación en la doctrina chilena, contamos a HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. (n. 30), pp. 234 y ss., y a MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 373-375. Una crítica menos radical en URREJOLA G., E., cit. (n. 69), pp. 91-101 y 99-100, para quien el incumplimiento de deberes funcionarios es un medio que se basta a sí mismo para cometer este delito, el que también puede configurarse mediante engaño o simple mentira (ya sea alternativa o copulativamente con el incumplimiento de deberes).

⁷³ POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 498. A juicio de estos autores, “Tratándose de una forma de estafa o defraudación, exige para su consumación del engaño y del perjuicio propios de la estafa, aunque tal engaño... no necesariamente debe constituir una acabada *mise en scène*”.

⁷⁴ POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 498.

⁷⁵ Esto es sin perjuicio de que nos hemos manifestado en otro lugar en contra de la exigencia de la *mise en scène* en el delito de estafa. Así, BALMACEDA H., Gustavo, *El delito de estafa informática*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, pp. 171 y ss.; BALMACEDA H., Gustavo, “El ‘engaño’ en el delito de estafa”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1, (2010), pp. 3-28, y BALMACEDA H., Gustavo, “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13, (2011), 2, pp. 163-219, especialmente, pp. 180 y ss.

⁷⁶ Para ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 247, sin embargo, el funcionario deberá haber incurrido, al menos, en una mentira.

defraudación, entendida como el “ataque contra el patrimonio no se realiza por comportamiento o medios materiales (aprehensión de la cosa, violencia o intimidación, ocupación), sino por medios intelectuales”⁷⁷, parece que la estafa no es sino una forma de defraudación, es decir, existe una relación de especie a género entre ambos conceptos. Esto puede verse en que el engaño es requisito esencial para la existencia de una estafa, aunque no lo es para toda clase de defraudación, como sería el caso del fraude al Fisco⁷⁸. Por su parte, en la segunda hipótesis comisiva (consentir que se defraude) aparece aún más claro que no es necesario engaño alguno para que se sancione al empleado público a título de fraude al Fisco, en tanto se trata de un tercero quien defrauda⁷⁹.

La determinación de la penalidad de la estafa frente al fraude al Fisco también demuestra la diferencia que subyace a ambas figuras⁸⁰. En el tipo básico de estafa, establecido en el artículo 468 CP⁸¹, la pena se regula directamente en relación con el monto defraudado, en la forma dispuesta en el artículo 467 CP. En el fraude al Fisco, en cambio, el monto de lo defraudado no determina la pena aplicable (cfr. artículo 239 inciso 1° CP) y solo tiene relevancia para efectos de: agravar la pena, cuando dicho monto exceda las cuarenta (cfr. artículo 239 inciso 2° CP) o las cuatrocientas unidades tributarias (cfr. artículo 239 inciso final CP), agravación que es obligatoria para el juez únicamente en el segundo caso⁸², y

⁷⁷ BUSTOS R., Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, p. 189, para quien las defraudaciones se cometen fundamentalmente mediante el uso “del engaño, del abuso de confianza o de procedimientos semejantes que impliquen la elaboración de una determinada maquinación del sujeto activo en contra del patrimonio de otro”. Para SALAS D., P., cit. (n. 11), p. 28, “defraudar no corresponde a una figura delictiva específica o concreta, sino más bien alude a un grupo de figuras caracterizadas por dos elementos, a saber: un perjuicio o lesión patrimonial para la víctima y el fraude empleado por el sujeto activo”.

⁷⁸ Así, HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. (n. 30), pp. 236-237, quien destaca que “Naturalmente el funcionario puede valerse de engaño para ocultar sus desmanes, pero en ese contexto el engaño opera sólo como un medio de auto encubrimiento y no como el primer elemento típico de la estafa, toda vez que en ese engaño no se fundará ninguna disposición patrimonial perjudicial para el Estado”. Precisamente, al determinar el alcance de la expresión “defraudar”, excluye esta clase de engaños no constitutivos de estafa: ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 247.

⁷⁹ Véase ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 247, para quien “debe entenderse que es una conducta de cooperación, concertada o no, con el tercero. Este último no necesita recurrir a una conducta propia de engaño o de abuso de confianza; le basta, como medio idóneo para defraudar, con la actitud de cooperación del funcionario”. No se entiende, sin embargo, la razón para distinguir –como hace el autor citado– entre la defraudación cometida por el funcionario (que exige engaño o abuso de confianza) y aquella realizada por el tercero.

⁸⁰ Esta idea ya se encuentra en RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 416-417, quienes, sin embargo, siguen considerando el fraude al Fisco como una forma especial de estafa.

⁸¹ Hacemos presente que existe discusión en la doctrina chilena sobre cuál es el tipo básico de estafa, aquel contemplado en el artículo 468 CP o el regulado en el artículo 473 CP. Nos manifestamos a favor de la primera tesis. En el mismo sentido, por todos, BALMACEDA H., G., *El delito de estafa informática*, cit. (n. 74), p. 160; ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), III, pp. 391 y 406-407; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, 2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2007, IV, p. 75; GARRIDO M., M., cit. (n. 8), IV, pp. 345 y ss., y SILVA S., Hernán, *Las estafas: Doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 81 y ss. Consideran, en cambio, que el tipo básico de estafa se encuentra en el artículo 473 CP: CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa: modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 15-16, y POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), pp. 411 y ss. y 416 y ss. PIÑA R., Juan Ignacio, *Fraude de Seguros*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 45, por su parte, estima que el tipo básico de estafa se encuentra en los artículos 468 y 473.

⁸² Sobre la determinación de la pena en este delito, véase GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, pp. 456-457.

para determinar la multa aplicable, que será entre el diez y el cincuenta por ciento del monto defraudado (cfr. artículo 239 inciso final CP)⁸³.

Negando también la identidad entre ambos tipos, otros autores han señalado que, conforme al tenor del artículo 239 CP, es difícil conciliar el fraude al Fisco con la estafa. Así, el funcionario que interviene en una determinada operación “*por razón de su cargo*” se identifica con la posición del sujeto activo en el artículo 239 CP; pero si se tratara de una estafa, dicha posición debería estar ocupada por la persona engañada por el autor (es decir, la víctima, quien dispone a nombre del Fisco)⁸⁴. La única solución, entonces, para considerar el artículo 239 CP como una forma especial de estafa sería el supuesto de un funcionario que interviene en una operación a razón de su cargo, que engaña a otro funcionario, que también interviene en dicha operación a razón de su cargo, con el propósito de que este último realice una disposición patrimonial por error en perjuicio del Fisco⁸⁵.

Un sector de la doctrina ha señalado que el engaño, si bien no sería exigencia fundamental para la incriminación a título fraude al Fisco, es una de sus modalidades comisivas, junto al abuso de confianza⁸⁶ o al incumplimiento de deberes funcionarios⁸⁷. Nos parece que admitir incluso esta –parcial– identidad con la estafa es sistemáticamente inconveniente por tres razones. Primero, porque sigue partiendo de la imprecisión conceptual de identificar la “defraudación” con el “engaño”, error que ya hemos objetado en los párrafos anteriores. Luego, porque insiste en que se trataría de un engaño dirigido al funcionario con capacidad de disposición a nombre de la propia entidad pública, que para la estafa sería quien dispone por error (es decir, tendría la posición de víctima), pero para el fraude al Fisco sería el sujeto activo⁸⁸. Finalmente, porque dar un alcance tan amplio al tipo en cuestión, como ha denunciado Hernández, “*importa renunciar sin más a una interpretación*

⁸³ Esta idea se encuentra ya en FUENSALIDA, A., cit. (n. 55), II, pp. 227-228, quien cita los comentarios de Adolphe Chauveau y Faustin Hélie al Código Penal de Prusia.

⁸⁴ En este sentido, MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 373. En contra, GUZMÁN D., J.L., “El tipo”, cit. (n. 15), p. 410, quien identifica a este funcionario con el administrador o quien tiene facultades de disposición de los caudales, supuesto en el cual deberá responder como autor de malversación de caudales públicos (en la hipótesis del artículo 233 CP) y no como autor de fraude al Fisco.

⁸⁵ HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. (n. 30), p. 235, para quien la meritoria virtud de identificar el fraude al Fisco con la estafa, consistente en limitar los alcances del artículo 239 CP, se logra, “*sin embargo, en términos tan extremos que autorizan a dudar de su plausibilidad. Porque si efectivamente se trata de un caso de estafa no puede cometer el delito el funcionario que dispone directamente sobre patrimonio estatal, sino sólo aquel funcionario que engaña a otro funcionario que actúa por el Estado y obtiene de éste la realización de una disposición perjudicial de patrimonio estatal, situación que será totalmente excepcional*”. En el mismo sentido, MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 373, quien califica esta solución como “manifiestamente extravagante”. Es más, GUZMÁN D., J.L., “El tipo”, cit. (n. 15), p. 409, responde a esta clase de crítica partiendo, precisamente, del supuesto de dos o más funcionarios públicos involucrados: “*del ‘conocimiento de la organización’ bien puede servirse mañosamente un funcionario para torcer la voluntad de los demás que deban intervenir en el negocio, sean superiores o subordinados suyos*”.

⁸⁶ Véase, por todos, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 247, y MERA F., J., cit. (n. 69), p. 92.

⁸⁷ URREJOLA G., E., cit. (n. 69), pp. 95-96.

⁸⁸ En este último sentido, la crítica de MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 373.

que precise los contornos de la figura, validando un grado de indeterminación difícilmente conciliable con el mandato de certeza en materia penal”⁸⁹.

Nos parece, como han destacado autores recientes, que el fraude al Fisco tiene su fundamento no en un engaño, sino que en la administración desleal⁹⁰ (o en la gestión desleal del patrimonio público)⁹¹ por parte del funcionario público. Entendemos por administración desleal, siguiendo a Hernández, diversas conductas que tienen en común que “el agente cuenta con un poder legítimo de disposición sobre patrimonio ajeno, poder que, sin embargo, ejerce de modo irregular y contra los intereses del mismo”⁹². Seguir tal concepción, se ha dicho, permite clasificarlo como un delito de mero perjuicio patrimonial (para el Estado) y no de aprovechamiento patrimonial (para el autor del fraude), a diferencia de lo que ocurre con la estafa⁹³. El fraude al Fisco, entonces, se corresponde con una vulneración del principio de probidad, “en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa”⁹⁴.

Considerando las críticas expuestas, aparece claramente que la supuesta identidad con el delito de estafa no es tal, pues el engaño es elemento esencial de esta última figura⁹⁵ y no así del fraude al Fisco⁹⁶. A nuestro juicio, la figura del artículo 239 CP tiene carácter autónomo y no puede ser reconducida a ningún delito común. Se trata, entonces, de un delito especial propio, en que la calidad de empleado público fundamenta la ilicitud de la conducta. Como ya nos manifestamos en otro lugar, de esta interpretación no se sigue la impunidad de los partícipes *extraneus*, que siempre podrán ser sancionados a título de partícipes en sentido estricto del delito especial cometido por el empleado público⁹⁷. Además, nada obsta a que estos sujetos sean sancionados, cuando concurren los elementos

⁸⁹ HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. (n. 30), p. 235.

⁹⁰ HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. (n. 30), pp. 234 y ss.

⁹¹ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 374-375.

⁹² El autor citado señala como ejemplos de administración desleal los del administrador de una sociedad que vende los bienes de aquella a un precio irrisorio, otorga créditos sin exigir garantías a deudores insolventes o que asume grandes deudas o incurre en grandes gastos para fines superfluos, todo ello con perjuicio a la sociedad (HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. [n. 30], p. 202). Luego, al referirse específicamente al fraude al Fisco, señala que “debería aceptarse también 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”.

⁹³ Esto tradicionalmente se relaciona con la exigencia de un ánimo especial en la estafa, el denominado “ánimo de lucro”. Su exigencia es una materia ampliamente discutida en la doctrina chilena: a favor, por todos, BALMACEDA H., G., *El delito de estafa informática*, cit. (n. 74), pp. 261 y ss.; HERNÁNDEZ B., Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AA.VV., *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2001, pp. 148-190 y 168; SILVA S., H., cit. (n. 80), pp. 53 y ss., y YUBERO C., Julio, *El engaño en el delito de estafa*, Santiago, Ed. Conosur, 1993, pp. 69 y ss. En contra, por todos, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), III, p. 402; GARRIDO M., M., cit. (n. 8), IV, p. 344; PIÑA R., J.I., *Fraude*, cit. (n. 80), p. 108, y POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 419.

⁹⁴ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 374.

⁹⁵ Véase ANTÓN O., J., cit. (n. 56), p. 61.

⁹⁶ También niega la interpretación que reduce el contenido del artículo 239 CP chileno a una hipótesis especial de estafa, HERNÁNDEZ B., H., “La administración”, cit. (n. 30), p. 235.

⁹⁷ Véase BALMACEDA H., G., “Comunicabilidad”, cit. (n. 70), pp. 75-76.

típicos, conforme a otra figura común, p. ej. a título de hurto, estafa o apropiación indebida. En tales supuestos, estaremos ante un concurso aparente de leyes penales (que se solucionaría a favor de la sanción a título de fraude al Fisco, por aplicación del principio de especialidad) o de un concurso ideal de delitos (aplicándose en tal caso el artículo 74 CP)⁹⁸.

4. LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y EL FRAUDE AL FISCO COMO DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

4.1. Los delitos de infracción de un deber

La doctrina de los delitos de infracción de un deber⁹⁹, planteada inicialmente por Roxin, distingue entre delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*)¹⁰⁰. En esta última clase de delitos no es trascendente quién domine fácticamente el hecho, pues lo relevante será la infracción del correspondiente deber especial, pudiendo únicamente ser autor aquel sujeto que lo lesione¹⁰¹. Como ha destacado el autor citado, este deber especial tiene un carácter extrapenal y es previo a la formulación del tipo¹⁰². La distinción tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto activo (autor) en cada caso: en los delitos de dominio deberá comprobarse cuál de los sujetos intervinientes en el hecho ostenta el dominio fáctico de este. En los delitos de infracción de un deber, en tanto, se deberá constatar respecto de cuál de ellos recae este deber jurídico extrapenal que subyace al tipo penal, con absoluta independencia de quién controle o domine fácticamente el hecho delictivo¹⁰³.

⁹⁸ Una conclusión similar en MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 375.

⁹⁹ Como se ha destacado recientemente, este concepto no sustituye la calificación de un delito como especial, dado que “la caracterización de un delito como delito especial ha de fundarse en un análisis técnico-formal de la estructura de la norma cuyo quebrantamiento resulta delictivo, la caracterización de un delito como delito de infracción de deber tendría que seguirse de una determinación sustancial del injusto del hecho [en la formulación de Jakobs y sus discípulos]” (MAÑALICH R., J.P., cit. [n. 20], p. 359).

¹⁰⁰ Sobre esto, véase ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Verlag C. H. Beck, 2003, II, § 25 NM, pp. 38 y ss.; ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, De Gruyter Recht, 2006, pp. 352 y ss., y ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª edición, traducción castellana de J. Cuello y J.L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 385 y ss.

¹⁰¹ ROXIN, C., *Autoría*, cit. (n. 99), pp. 399 y ss., para quien en esta clase de delitos solo puede realizar el tipo penal la persona sobre quien recae el deber y, en consecuencia, siempre lo hará en calidad de autor.

¹⁰² “Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad” (ROXIN, C., *Autoría*, cit. [n. 99], p. 387).

¹⁰³ GÓMEZ M., Víctor, “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Una distinción necesaria para los delitos especiales de funcionario”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8, (2012), pp. 3-44 y 14.

La formulación de Roxin, pese a (i) reconocer que ciertos sujetos tienen deberes jurídicos especiales¹⁰⁴; (ii) su aporte a la discusión respecto de la participación delictiva en delitos con sujeto calificado¹⁰⁵; y (iii) a su contribución a la fundamentación de los delitos de comisión por omisión¹⁰⁶, ha sido criticada por diversos autores¹⁰⁷. En este sentido, a grandes rasgos, se ha argumentado que esta construcción vulneraría el principio de legalidad al sancionar acciones de inducción o complicidad como de autoría sin expresa autorización legal¹⁰⁸ y, aún más, que establecería un concepto unitario de autor respecto de esta clase de delitos, que no distingue entre autoría y participación¹⁰⁹; que introduciría dos conceptos de autor, según la clase de delito de que se trate¹¹⁰; y que no existe claridad respecto a cuáles son estos deberes extrapenales que fundamentarían que un determinado tipo penal se clasifique como de infracción de un deber¹¹¹.

Considerando el aporte de Roxin, pero ampliando el alcance de la noción *infracción de un deber* y partiendo de una posición sistemática diferente¹¹², Jakobs recoge la distinción entre delitos en que existe un deber especial y delitos en que se trata simplemente de un deber común a todos los ciudadanos¹¹³. Para este autor, existen dos clases de delitos: aquellos

¹⁰⁴ Véase GÓMEZ M., Víctor, *Los delitos especiales*, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2006, p. 137, quien destaca que “se trata de una teoría que parte como premisa de algo que difícilmente puede ser rechazado: en delitos especiales como el de administración desleal, la revelación de secreto profesional o los delitos de funcionario público, el sujeto cualificado, esto es, el funcionario público, el administrador o el profesional correspondiente, se encontraría sometido a un deber jurídico especial. En estos delitos, la esencia del delito, así como la relación de imputación de la acción típica en que consiste la relación de autoría, podría ser explicada de modo más preciso a partir de la idea de la infracción del deber jurídico especial que recaería sobre el sujeto. Esto distinguiría a estos delitos de otros delitos especiales, ya que, como afirma ROXIN, no siempre que en un delito se produce la limitación del círculo de posibles autores dicha limitación obedecerá a la existencia de un deber jurídico especial”.

¹⁰⁵ Véase GÓMEZ M., V., *Los delitos*, cit. (n. 103), pp. 137 y ss., para quien su utilidad práctica radica especialmente en que permite solucionar los casos de “instrumentos dolosos no calificados”, pues de seguirse coherentemente la teoría del dominio del hecho, debería admitirse la impunidad tanto del hombre de adelante como del de atrás.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ-VERA G., Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 32 y ss.

¹⁰⁷ Un resumen de las críticas, en BALMACEDA H., G., “Comunicabilidad”, cit. (n. 70), p. 54, y GÓMEZ M., V., *Los delitos*, cit. (n. 103), pp. 138 y ss., ambos con ulteriores referencias doctrinales. SÁNCHEZ-VERA G., J., *Delito*, cit. (n. 105), pp. 33 y ss., relativiza las críticas a la postura de Roxin, recordando que el autor alemán nunca pretendió otorgar una fundamentación completa a los delitos de infracción de deber.

¹⁰⁸ GIMBERNAT O., Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2006, p. 266. En el mismo sentido, gran parte de la doctrina alemana y española: véase BOLEA B., Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 420-422, con extensas referencias bibliográficas.

¹⁰⁹ En este sentido, la crítica de BOLEA B., C., cit. (n. 107), p. 419.

¹¹⁰ Sobre esto, véase GÓMEZ M., V., *Los delitos*, cit. (n. 103), p. 141.

¹¹¹ En este sentido, la crítica de Gómez Martín, para quien “la determinación de cuándo un tipo es de infracción de deber y cuándo no, se convierte en un ejercicio fundamentalmente intuitivo y generador de un elevado nivel de inseguridad jurídica” (GÓMEZ M., V., “Delitos de posición”, cit. [n. 102], p. 16).

¹¹² Destaca esto, explícitamente, OSSANDÓN W., María Magdalena, “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política Criminal*, 1, (2006), A4, pp. 1-22. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n-01/pdf-01/a-4.pdf>. [Consulta: 22.01.2014], p. 4.

¹¹³ Sobre esto, véase GARCÍA C., P., cit. (n. 20), pp. 289 y ss., 330 y ss. y 384 y ss., y PIÑA R., Juan Ignacio, *Rol Social y Sistema de Imputación*, Barcelona, J.M. Bosch, 2005, pp. 127 y ss. y 268 y ss.

derivados de los deberes generales negativos que incumben a toda persona de no lesionar a los demás, en los que el fundamento de la imputación es una organización defectuosa (delitos de organización); y aquellos que tienen como fundamento una lesión de los deberes de comportamiento solidario que se exigen en favor de un determinado bien jurídico. En ellos, la imputación se funda en el incumplimiento de un deber especial derivado de una *competencia institucional*, en virtud de la cual le afectan al autor deberes especiales de comportamiento (*delitos de infracción de un deber*)¹¹⁴.

Desde la concepción de Jakobs, su discípulo Sánchez-Vera profundiza el análisis y distingue claramente entre dos clases de delitos: aquellos que lesionan instituciones *negativas* y los que lesionan instituciones *positivas*. Los primeros se fundamentan en la prohibición general a todo ciudadano de lesionar a los otros miembros de la sociedad o de inmiscuirse en su esfera de organización sin su consentimiento (*neminem laedere*). Los segundos, en tanto, añaden que los ciudadanos también deberían contribuir a la construcción de relaciones positivas (“ayudarse” y proporcionarse “bienestar”), configurándose en ciertos casos deberes jurídicos especiales o positivos¹¹⁵.

4.2. La malversación de caudales públicos y el fraude al Fisco como delitos de infracción de un deber

Siguiendo los fundamentos y la sistematización realizada por Jakobs y Sánchez-Vera, un sector de la doctrina chilena reciente ha argumentado que los delitos de malversación de caudales públicos y de fraude al Fisco deben ser considerados delitos de infracción de un deber positivo¹¹⁶.

¹¹⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, traducción castellana de J. Cuello y José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 266 y ss. y 791 y ss.; y JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, traducción castellana de M. Cancio, Madrid, Civitas, 1996, pp. 145 y ss.

¹¹⁵ SÁNCHEZ-VERA G., J., *Delito*, cit. (n. 105), pp. 32 y ss.

¹¹⁶ Véase RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 114 y ss. y, especialmente sobre los problemas de autoría y participación en los delitos de infracción de deber, pp. 133 y ss. También, OSSANDÓN W., M.M., “Delitos especiales”, cit. (n. 111), pp. 3 y ss.; OSSANDÓN W., María Magdalena, “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8, (2012), pp. 45-82, 47 y ss., y OSSANDÓN W., M.M., “Malversación”, cit. (n. 10), pp. 166 y ss. También reconocen la distinción planteada por Jakobs y Sánchez-Vera, aunque sin referirse en específico a estos tipos penales: HADWA I., Marcelo, “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”, en *Política Criminal*, 3, (2007), A5, pp. 1-18. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n-03/a-5-3.pdf>. [Consulta: 22.01.2014], p. 3; VAN WEEZEL D., Álex, *Delitos tributarios*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 116; VAN WEEZEL D., Álex, “El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2° del Código Tributario: Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 1° de julio de 2008, causa ROL N° 638-2008”, en *Semana Jurídica*, 3, (2008), 101, pp. 1165-1166; y VAN WEEZEL D., Álex, “Lesiones y Violencia Intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho*, 35, (2008), 2, pp. 223-259.

La teoría de los delitos de infracción de un deber, sin embargo, ha sido objeto de diversas críticas¹¹⁷. Así, en la doctrina española se ha cuestionado la forma en que se determina la vinculación que tiene una persona con un bien (de forma negativa o positiva), y relacionado con esto, el alcance de estas “instituciones positivas”, en especial aquellas que no se encuentran positivadas en la ley¹¹⁸. En la doctrina chilena se ha dicho recientemente que significa un “retroceso a una concepción premoderna del derecho”, en tanto se busca el fundamento de la obligación de los ciudadanos “por detrás” de la norma, en atención a una determinada *institución*, vulnerándose entonces el principio de culpabilidad que debe regir en un Estado Democrático de Derecho¹¹⁹.

A las críticas anteriores debe agregarse que no existe en la doctrina chilena minoritaria que acoge la teoría de los delitos de infracción de deber, unidad de criterios respecto a las *consecuencias* de su aplicación. Así, un sector considera que en esta clase de delitos el *extraneus* jamás podrá ser autor (por no tener el deber que le sirve de fundamento al tipo penal), pero sí podrá ser partícipe (en sentido estricto)¹²⁰. Para otros autores, en cambio, cuando exista un *deber positivo*, el partícipe que no reúne la calidad exigida nunca podrá ser imputado por el delito de infracción de deber, ni siquiera como inductor o cómplice, sin perjuicio de que eventualmente su conducta se pueda subsumir en algún tipo penal común¹²¹.

¹¹⁷ Algunas de ellas parten de las críticas originalmente formuladas al planteamiento de Roxin, ya señaladas anteriormente. Una respuesta a las críticas a esta teoría desde la fundamentación de Jakobs y sus discípulos, en OSSANDÓN W., M.M., “Delitos especiales”, cit. (n. 111), pp. 167-169.

¹¹⁸ ROBLES P., Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 231-232.

¹¹⁹ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 359-360. El autor parte de la premisa, universalmente aceptada en la doctrina moderna (aunque desde diversas posiciones sistemáticas), de que “sólo una norma públicamente vinculante, cuyo carácter de tal resulta simbólicamente asociado a la exigencia de legalidad de su producción, puede servir de base para un deber cuya infracción sea jurídico-penalmente relevante” (p. 184). Le critica también que significaría una inversión de la relación que debe existir entre la norma y el concreto deber personal cuya infracción tiene relevancia penal, al recoger la norma “bajo un principio de selección fenomenológica, las instancias de infracción de deber que reclamarían relevancia jurídico-penal”.

¹²⁰ Refiriéndose al caso de la malversación y fraude al Fisco, Ossandón concluye que el *extraneus* “siempre puede ser partícipe, pues aunque no resulta competente para infringir directamente la norma penal que emana del artículo 233 o 239, bien se le puede imputar una colaboración en la infracción del deber del funcionario”. Considera, sin embargo, que dado que el deber del *extraneus* es *secundario*, no puede fundamentar ninguna forma de autoría, aunque el particular tenga el dominio de la situación fáctica; es el funcionario obligado a proteger el patrimonio fiscal quien tiene la competencia *primaria*, pues a él se dirige la norma penal, OSSANDÓN W., M.M., “Sobre la calidad”, cit. (n. 115), pp. 76 y ss.

¹²¹ De esta opinión, VAN WEEZEL D., Á., *Delitos*, cit. (n. 115), p. 116. El autor reitera su posición en VAN WEEZEL D., Á., “El sujeto”, cit. (n. 115), pp. 1165-1166, y VAN WEEZEL D., Á., “Lesiones”, cit. (n. 115), pp. 250 y ss. En un sentido similar, RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 104 y ss.

5. LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS EN EL DERECHO PENAL CHILENO

5.1. Aspectos generales

El delito de malversación de caudales públicos¹²² se encuentra regulado en el Título V (“De los crímenes y simples delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”) del Libro II CP¹²³. En dicho Título se reserva el párrafo 5° (“Malversación de caudales públicos”, artículos 233 a 238 CP) a las distintas hipótesis de malversación¹²⁴: por apropiación o peculado (artículo 233 CP, modalidad dolosa, y artículo 234 CP, supuesto culposo); por distracción o desfalco (artículo 235 CP); por aplicación pública diferente (artículo 236) y negativa a un pago o entrega (artículo 237 CP)¹²⁵. A su vez, el artículo 238 CP establece un supuesto de extensión de la punibilidad a otros sujetos, que no tengan necesariamente carácter de funcionarios públicos, bastando “*que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia*” (artículo 238 inciso 1° CP).

Aunque existe cierta doctrina que no lo estima así¹²⁶, consideramos que todas estas figuras pueden ser agrupadas bajo la rúbrica malversación, aunque ellas presenten particularidades que las diferencian. Así, como han destacado Rodríguez y Ossandón, todas estas hipótesis se encuentran unidas en torno a tres ideas centrales: (i) la calidad de empleado público del sujeto activo; (ii) el carácter público del objeto del delito y (iii) la

¹²² Este delito ha sido caracterizado como “*la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido, a través de actos de apropiación o alteración de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública*” (GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. [n. 10], p. 332).

¹²³ El delito de malversación de caudales públicos encuentra sus orígenes remotos en el *crimen repetundarum* del Derecho romano. Sus antecedentes más próximos se encuentran en el denominado *crimen de peculatus* surgido en Roma a inicios del Imperio, aunque este tenía una serie de particularidades que lo diferencian de la figura moderna. Se encuentra también recogido en las *Partidas* (Partida VII, Título XIV, Ley XIV) y en la *Novísima Recopilación* (Libro XII, Título XV, Ley VII), desde donde pasaron a los Códigos Penales españoles de 1822 y 1848 (artículos 309 a 313) y, desde este último, al Código Penal chileno. Sobre sus orígenes históricos, véase ENTRENÁ F., Rafael, *El delito de malversación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 16-19; OLESA M., Francisco, “El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente código penal español”, en MIR, S.; CÓRDOBA, J. y QUINTERO, G. (coordinadores), *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, J.M. Bosch, 1983, I, p. 632, y OLIVEROS R., José, “La malversación en el Código Penal de 1995”, en GONZÁLEZ C., José Luis (director), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 257-304 y 260.

¹²⁴ Como ha destacado GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, p. 442, se trataría de un delito de hipótesis múltiple, teniendo cada una de ellas penalidades diversas.

¹²⁵ Sobre esta sistematización, véase RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 384.

¹²⁶ BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 11, para quien en nuestro CP, “*la malversación de fondos públicos reviste formas sumamente diversas, a tal punto que teóricamente es casi imposible fijar un concepto unitario del delito, lo que obstaculiza grandemente su exposición sistemática*”, aunque luego reconoce que “*cualquiera de estas formas es un delito cometido por un empleado público en el ejercicio de sus funciones y en razón del ejercicio de ellas, que vulnera en forma directa los intereses patrimoniales del Estado y, en forma menos inmediata, a la administración pública en su conjunto*”. Para ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 236, “*en nuestro código se denomina malversación a conductas que van más lejos que la acepción técnica, como la sustracción de fondos, y otras que tienen un carácter completamente diverso, como la negativa a efectuar un pago o a entregar una cosa*”.

existencia de una especial relación entre el sujeto activo y el objeto del delito¹²⁷. Piña, por su parte, ha estimado que todas estas figuras comparten la “inversión indebida” de caudales o efectos públicos en usos distintos de aquellos a que están destinados¹²⁸. Finalmente, Mañalich considera que todas ellas presuponen “una determinada posición jurídica del autor en relación con determinados caudales o efectos”¹²⁹.

5.2. Objeto material

Como ya señalamos, el párrafo 5º del Título V se titula “Malversación de caudales públicos”, lo que parece dar a entender que el *objeto material* de estos delitos serían, precisamente, los “caudales públicos”. Los artículos 233 y 234 CP hacen referencia, además, a los “efectos públicos” y a los “efectos de particulares”. Los artículos 235 y 236 CP hablan, respectivamente, de “caudales o efectos puestos a su cargo” y de “caudales o efectos que administre”, sin distinguir expresamente entre caudales públicos o privados (o si se trata de ambos). El artículo 237 CP se refiere genéricamente a los “fondos del Estado”. Finalmente, el artículo 238 inciso 1º CP hace extensibles las disposiciones de los artículos 233 a 237 CP a los “fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”. En lo que sigue buscaremos aclarar el alcance de cada uno de estos conceptos.

Por “caudales” se entiende, según el diccionario, la “*hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero*”¹³⁰. El anterior es un concepto amplísimo, que incluye toda clase de bienes, incluso aquellos que no tienen valor patrimonial, por lo que preferimos circunscribir su alcance: lo serán toda clase de bienes corporales muebles y con valor económico, incluyendo (pero no limitado) al dinero¹³¹; se excluirían de la noción de caudales, en consecuencia, los bienes inmuebles, los incorporales y la mano de obra¹³². En la doctrina española, por su parte, se ha dicho que los “caudales” deben reunir tres requisitos: ser objetos muebles¹³³, tener valor económico¹³⁴ y pertenecer a alguna administración pública central, autonómica, provincial o municipal¹³⁵.

¹²⁷ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 384. Sin embargo, como destacan los autores, en el supuesto del artículo 238 CP no se exige que se trate necesariamente de un empleado público.

¹²⁸ PIÑA R., J.I., “Malversación”, cit. (n. 23), p. 182. Para este autor, “*En el peculado la inversión indebida asume la forma de una sustracción dolosa y definitiva de dichos efectos públicos, sin devolución*”.

¹²⁹ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 363.

¹³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001, definición de “caudal”, cuarta acepción. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=caudal>. [Consulta: 22.01.2014].

¹³¹ Véase GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), pp. 353-354.

¹³² Sobre esta discusión, véase RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 392. En la doctrina española, MORALES G., Óscar, *Los delitos de malversación: Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Navarra, Aranzadi, 1999, pp. 112-115, con críticas a la jurisprudencia de dicho país que acoge la posibilidad de comprender la mano de obra bajo el concepto de caudales.

¹³³ Véase CATALÁN S., J., cit. (n. 25), p. 254; ENTRENÁ F., R., cit. (n. 122), p. 49; MORALES G., Ó., cit. (n. 131), pp. 113-114, y SUÁREZ M., Rodrigo, *El delito de malversación de caudales públicos*, Madrid, Reus, 1966, p. 6.

Luego, por “efectos” debe entenderse todo “documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador”¹³⁶. Finalmente, las expresiones “fondos” o “rentas” son intercambiables y se refieren al dinero, en cualquiera de sus formas¹³⁷.

En estas disposiciones se distingue, a su vez, entre caudales y efectos (o rentas) públicos y de particulares. Los primeros no deben ser entendidos como pertenecientes exclusivamente al Estado o al Fisco, sino que con relación al artículo 260 CP; así, tendrán el carácter público aquellos que pertenezcan a la administración central, a instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él¹³⁸. Los segundos son aquellos fondos de privados que se encuentren en custodia de un funcionario, pero no de forma voluntaria, sino que en cumplimiento de sus obligaciones funcionarias¹³⁹. El artículo 233 CP hace una referencia a aquellos caudales o efectos de particulares que se encuentren “en depósito, consignación o secuestro”, disposición que ha sido entendida tradicionalmente como simplemente ejemplar, por lo que no debe estarse a la existencia de alguno de estos actos jurídicos, en su significado dado por el Código Civil¹⁴⁰; un sector minoritario, sin embargo, ha puesto énfasis en que el artículo 233 CP –y por referencia el artículo 234 CP– son las únicas figuras de malversación que se refieren a estos contratos, lo que marca una diferencia en su tipo objetivo frente a los artículos 235 y ss. CP¹⁴¹. Volveremos sobre esto al tratar la distinción entre el artículo 233 y el 235 CP¹⁴².

5.3. Sujeto activo

El sujeto activo en este delito es un *empleado público*. Se trata de un elemento normativo del tipo, que debe ser entendido según lo dispuesto en el artículo 260 CP y no según las normas de Derecho administrativo que se refieren a tal concepto, contenidas en el Estatuto Administrativo (Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2004, texto refundido de la Ley N°

¹³⁴ Véase CATALÁN S., J., cit. (n. 25), p. 254; ENTRENÁ F., R., cit. (n. 122), p. 49; MORALES G., Ó., cit. (n. 131), pp. 113-114, y SUÁREZ M., R., cit. (n. 132), p. 6.

¹³⁵ Véase SUÁREZ M., R., cit. (n. 132), p. 6, para quien, en general, debe tratarse de una entidad de Derecho público. En un sentido similar, ENTRENÁ F., R., cit. (n. 122), p. 51.

¹³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001, definición de “efecto”, quinta acepción. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=efecto>. [Consulta: 22.01.2014].

¹³⁷ ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 236.

¹³⁸ En este sentido, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 237.

¹³⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 392-393.

¹⁴⁰ ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, pp. 238-239; LABATUT G., G., cit. (n. 12), pp. 79-80, y RODRIGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 393. Más recientemente, PIÑA R., J.I., “Malversación”, cit. (n. 23), p. 183, para quien “conforme el artículo 20 [del Código Civil] las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. No ocurre tal en este caso en que el Código Penal no proporciona una definición de estos vocablos y se trata ésta de una materia propia del ámbito punitivo”.

¹⁴¹ DEL RÍO C., R., cit. (n. 23), p. 187. Más recientemente, MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 366-369.

¹⁴² Véase *infra* V, apartado 6, letra a).

18.834)¹⁴³. Entonces, es empleado público “todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular” (artículo 260 CP)¹⁴⁴. Por su parte, se ha señalado que el sujeto pasivo sería en forma directa el Estado (y los demás entes mencionados en los artículos 238 y 260 CP) y, en forma mediata, la sociedad¹⁴⁵.

Ahora bien, no basta la calidad de empleado público para la comisión de este delito. Se requiere, además, que aquel funcionario se encuentre en una especial relación con el objeto material: “teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro” (artículo 233 CP y, por referencia expresa a esta disposición, artículo 234 CP), “caudales o efectos puestos a su cargo” (artículo 235 CP), “caudales o efectos que administre” (artículo 236 CP) y “tenedor de fondos del Estado” (artículo 237 CP). En vista de estas expresiones, se ha entendido que los caudales o efectos deben estar vinculados al funcionario por una especial relación de custodia¹⁴⁶. Siguiendo un criterio restrictivo, estos deben estar a cargo del empleado precisamente en razón de su cargo y no simplemente con ocasión de sus funciones o de manera simplemente accidental, determinándose las competencias de cada funcionario por una ley o reglamento¹⁴⁷. Ahora bien, es menester reconocer que el artículo 238 inciso 1º CP hace aplicable los artículos 233 a 237 CP “al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”, único supuesto en el cual la vinculación del sujeto activo con el objeto de la acción puede fundarse no solo en la ley o el reglamento, sino que también en una orden administrativa dada por el funcionario competente¹⁴⁸.

¹⁴³ Por expresa referencia legal, ya que este concepto de “empleado público” es aquel aplicable “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III [del CP]” (artículo 260 CP). Como han señalado POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 487, “Se establece así un concepto funcional de empleado público, que abarca una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación del Estatuto Administrativo (para el cual, p. ej., no serían funcionarios públicos los notarios ni los empleados del Conservador de Bienes Raíces)”.

¹⁴⁴ Un claro análisis de la evolución de esta disposición, en OSSANDÓN W., M.M., “Sobre la calidad”, cit. (n. 115), pp. 50 y ss. Véase también BALMACEDA H., G., “Comunicabilidad”, cit. (n. 70), pp. 55-56.

¹⁴⁵ En este sentido se manifiesta BRAHM Y., J., cit. (n. 23), p. 11, para quien “El funcionario que sustrae o malversa caudales del Fisco, no sólo se apodera de valores que no le pertenecen, sino que, al mismo tiempo, falta a la confianza que en él ha depositado el dueño de esos bienes, el Fisco directamente e indirectamente la colectividad entera”.

¹⁴⁶ Por todos, POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 493, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 393.

¹⁴⁷ Por todos, BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 52; ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 238; LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 79, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 393-394. Un criterio más amplio, en GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), p. 352, quien incluye como fuentes la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativa. La jurisprudencia, por su parte, en ocasiones ha seguido un criterio más laxo, sin exigirse esta especial relación entre el empleado y los caudales o efectos: véase Sentencia Corte Suprema, 13 de agosto de 1965, F. del M., 81, p. 189; Sentencia Corte Suprema, 1º de julio de 1967, RDJ, LXIV, 2ª parte, secc. 4ª, p. 129 y Sentencia Corte de Santiago, 21 de enero de 1970, RCP, XXIX, p. 43.

¹⁴⁸ POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 493, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 414.

También se discute si se exige que se encuentren materialmente en su poder. Nos parece que no es necesario que el empleado los tenga efectivamente en su poder¹⁴⁹, por no exigirlo así el tipo penal, debiendo esta circunstancia determinarse según las competencias del funcionario fijadas en la ley o el reglamento (u orden administrativa, en el caso del artículo 238 CP). Es más, si se exigiera la tenencia material de los caudales o efectos, el delito de malversación castigaría usualmente a funcionarios que ocupan posiciones jerárquicas menores al interior de la administración y que tienen escaso o nulo poder de decisión sobre los caudales o efectos materialmente en su poder, dejándose fuera del tipo aquellas conductas de mayor gravedad, realizadas por quienes tienen facultades de administración o disposición respecto de estos objetos¹⁵⁰.

5.4. Conducta típica

Nuestro CP hace referencia a diversas conductas típicas: aquellas que consistan en la sustracción (artículo 233 CP); consentir en la sustracción (artículo 233 CP); dar ocasión a la sustracción (artículo 234 CP); aplicar a usos propios o ajenos (artículo 235 CP); dar una aplicación pública diferente (artículo 236 CP) y rehusarse a un pago (artículo 237 CP). Para efectos de una adecuada exposición, nos parece entonces útil clasificarlas en tres grupos distintos: (i) aquellas que consisten en la sustracción realizada por el funcionario público o un tercero (artículos 233 y 234 CP); (ii) las que se refieren a dar a los caudales o efectos una aplicación diferente, sea pública o privada (artículos 235 y 236 CP) y, finalmente, (iii) el rehusarse a realizar un pago (artículo 237 CP). Analizaremos cada una de estas expresiones al tratar en forma particular las distintas hipótesis de malversación¹⁵¹.

5.5. Elemento subjetivo

Las distintas hipótesis de malversación establecidas en nuestro CP solo pueden ser cometidas con dolo¹⁵². La única excepción sería el artículo 234 CP, que se refiere a la conducta del empleado que *“por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares”*, que como puede apreciarse no sanciona cualquier tipo de imprudencia, sino que una especialmente

¹⁴⁹ Sobre esto, en la doctrina comparada, véase MORALES G., Ó., cit. (n. 131), pp. 188-190.

¹⁵⁰ En este sentido, OSSANDÓN W., M.M., “Malversación”, cit. (n. 10), p. 174.

¹⁵¹ Véase *infra* V, apartado 6.

¹⁵² Sobre esto, véase GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), pp. 362, 381, 392 y 398, para quien todas las hipótesis de malversación (salvo el artículo 234 CP) exigen dolo directo, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 395, 407, 410 y 413, quienes solo señalan expresamente que se trataría de dolo directo en las hipótesis de los artículos 233 y 235 CP, indicando simplemente que los artículos 236 y 237 CP exigen dolo.

grave¹⁵³. A su vez, como ya vimos al comparar la malversación con otros delitos, no se exige en los artículos 233 a 238 CP un ánimo especial en el sujeto activo¹⁵⁴.

5.6. Las hipótesis específicas de malversación en el CP chileno

a) La malversación propia o peculado (artículo 233 CP)

El artículo 233 CP sanciona al empleado público que *“teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraer o consentir que otro los sustraiga”*¹⁵⁵. Se trata de la figura denominada usualmente como malversación propia o peculado¹⁵⁶. Como se ha destacado, es la hipótesis que ofrece una mayor connotación patrimonial, pues se trata de una sustracción con carácter definitivo, sin devolución¹⁵⁷. Se añade también que existe una infracción más grave a los deberes de fidelidad del funcionario, lo que redundará en una mayor penalidad frente a las otras hipótesis de malversación¹⁵⁸.

Como ya vimos, en esta figura existen dos posibles conductas típicas: sustraer o consentir que otro sustraiga. Son supuestos de sustracción: (i) cuando los caudales o efectos que pasan desde la esfera de custodia del funcionario como tal a este como sujeto privado (caso de *“mutación de la custodia”*)¹⁵⁹ y (ii) cuando el empleado no hace ingreso en arcas fiscales de los fondos percibidos¹⁶⁰. La segunda conducta típica, consentir en sustraer, ha sido fundamentada en la intención del legislador de evitar que el empleado en cuestión sea sancionado conforme al régimen general de participación, esto es, como partícipe del delito común cometido por un particular (p. ej. una estafa o un hurto) o por aquel cometido por otro empleado público, situación que generalmente lo privilegiaría¹⁶¹. Nos parece que no es un caso de comisión por omisión¹⁶², por cuanto puede tratarse tanto de una conducta omisiva como de una activa (p. ej. cuando el funcionario debe realizar

¹⁵³ En este sentido, GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, p. 451, para quien un simple descuido no configuraría esta hipótesis. Como ya destacaba DEL RÍO C., R., cit. (n. 23), p. 188, se trata de una culpa tan grave que casi equivale al dolo, por lo inexcusable.

¹⁵⁴ Véase *supra* III, apartado 2, letra b), así como la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

¹⁵⁵ A su vez, el artículo 494 N° 19 CP sanciona a título de falta los supuestos de peculado en los cuales el valor de lo sustraído sea inferior a una unidad tributaria mensual.

¹⁵⁶ Véase, por todos, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 238, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 389.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 389, quienes la caracterizan como *“una lesión permanente al patrimonio público”*.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 389.

¹⁵⁹ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 369.

¹⁶⁰ Esta segunda hipótesis es destacada por RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 390.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 390-391. En el mismo sentido, PIÑA R., J.I., *“Malversación”*, cit. (n. 23), p. 191, para quien *“La equiparación se justifica entonces por la identidad de afectación del deber de custodia por parte del funcionario y el similar detrimento sufrido por el erario y los fines públicos”*.

¹⁶² En la doctrina española, expresamente, SUÁREZ M., R., cit. (n. 132), pp. 18-19.

alguna formalidad para consentir en la defraudación, como visar la operación)¹⁶³. Tampoco sería necesaria la concertación del funcionario con el sujeto que sustrae (un particular u otro funcionario), por no exigirlo el tipo penal¹⁶⁴.

Una cuestión de constante discusión en la doctrina chilena dice relación con la delimitación entre el artículo 233 CP y el artículo 235 CP. Para un sector, debe estarse al ánimo del sujeto activo al momento de la sustracción: si ella se realizó con la intención de reintegrar los efectos o caudales, o con la intención de solo usarlos temporalmente, recibe aplicación el artículo 235 CP y no el 233 CP; luego, si los sustrajo sin proponerse reintegrarlos, se debe aplicar el artículo 233 CP, aunque posteriormente los restituya (lo que solo tendrá efectos para atenuar la pena) (tesis subjetiva). Para otro sector, en cambio, ninguna de estas figuras hace referencia a un ánimo de reintegro, sino que están construidas de forma objetiva. La distinción entre ambas, entonces, será si efectivamente existe reintegro en el plazo determinado para ello¹⁶⁵; así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 235 inciso 2° CP, se aplicarán las penas del artículo 233 CP cuando haya “*sustracción sin reintegro*” y las del artículo 235 CP, cuando exista “*sustracción con reintegro*” (tesis objetiva). Como puede verse, ambas tesis parten de la identidad de la conducta típica en ambas figuras, las que solo se distinguen por un especial ánimo al momento de sustraer (tesis subjetiva) o por la existencia o no de reintegro oportuno (tesis objetiva).

Recientemente, se ha destacado que la premisa de ambas tesis, según la cual estas disposiciones solo se diferenciarían por una conexión (subjetiva u objetivamente construida) entre la sustracción y el eventual reintegro, es errónea¹⁶⁶. En este sentido, se les critica por dos razones fundamentales: (i) el artículo 233 CP considera también como objeto material a caudales o efectos de particulares, los que no se encuentran contemplados por el artículo 235 CP; y (ii) más aún, la primera disposición hace referencia a los fondos de particulares que el funcionario tenga a su cargo en razón de “*depósito, consignación o secuestro*”, mención que, además de no tener carácter simplemente ejemplar como estima la doctrina mayoritaria, tampoco se encuentra en el artículo 235 CP¹⁶⁷. El citado autor plantea que las figuras objeto de análisis son mutuamente excluyentes y que en la primera de ellas (artículo 233 CP), el sujeto activo ha de tener a su cargo los caudales o efectos en pos de su sola conservación, mientras que en la segunda (artículo 235 CP), los tendrá a su cargo en pos de su administración o inversión¹⁶⁸.

¹⁶³ En este sentido, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 239, y PIÑA R., J.I., “Malversación”, cit. (n. 23), p. 191.

¹⁶⁴ ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 239.

¹⁶⁵ Sobre el momento en que debe realizarse el reintegro, véase *infra* V, apartado 6, letra c).

¹⁶⁶ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), p. 365.

¹⁶⁷ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 365-366.

¹⁶⁸ MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 366 y 372.

b) La malversación culposa (artículo 234 CP)

El artículo 234 CP castiga al empleado público que “*por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares*”. Como ya mencionamos, se trata de una conducta de negligencia grave, y la conducta sancionada consiste en que el empleado, con ocasión de su grave descuido, dé ocasión para que un tercero (un particular u otro funcionario público) sustraiga caudales o efectos, es decir, se castiga la falta de cuidado del funcionario en el desempeño de su labor¹⁶⁹. Además de la pena aplicable, el autor queda obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.

c) La malversación por distracción (artículo 235 CP)

Esta hipótesis se encuentra descrita en el artículo 235 CP, según el cual será sancionado el empleado público que “*aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo*”. Como ya analizamos las distintas tesis sobre la distinción entre el artículo 233 CP y el artículo 235 CP¹⁷⁰, tratemos ahora las demás cuestiones pendientes respecto a esta figura.

En primer término, la conducta consiste en aplicar los caudales o efectos “*a usos propios o ajenos*”, lo que en términos generales quiere decir que se aplican a fines privados (ya sea del empleado o de un tercero) y no a otros fines públicos, pues en tal caso recibe aplicación el artículo 236 CP, que precisamente se refiere a la aplicación pública diferente¹⁷¹. La disposición en análisis, a su vez, distingue, para efectos de penalidad, dos casos distintos. Si la conducta delictiva se realizó “*con daño o entorpecimiento del servicio público*”, entonces se debe aplicar la pena establecida en el artículo 235 inciso 1° CP. En cambio, si no existe tal daño o entorpecimiento, la penalidad será menor, en los términos del artículo 235 inciso final CP¹⁷².

Lamentablemente, la deficiente técnica legislativa utilizada en esta norma genera un problema adicional: la relación entre las penas de los artículos 233 inciso 1° y 233 inciso final CP, con el supuesto del artículo 235 inciso 2° CP, según el cual “*No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233 [CP]*”, específicamente, la pena que será aplicable al empleado que distrajere caudales o efectos, sin daño o entorpecimiento del servicio público y sin restituirlos. Aunque coincidimos con que en

¹⁶⁹ GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, p. 451, quien destaca que debe existir una relación de causalidad entre el abandono o negligencia inexcusable del funcionario y la sustracción realizada por el tercero.

¹⁷⁰ Véase *supra* V, apartado 6, letra a).

¹⁷¹ PIÑA R., Juan Ignacio, “El delito de malversación de caudales públicos imputado a L.B.P. (Informe en Derecho)”, en *Doctrina Procesal Penal*, 10, (2012), pp. 147-150 y 148.

¹⁷² Como destacan POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 497, el daño o entorpecimiento del servicio público pasa a ser una circunstancia típica cualificante.

supuesto se deberá aplicar la pena del artículo 233 CP¹⁷³, nos parece de *lege ferenda* que esta disposición debiese ser objeto de reforma, atendido que esta preeminencia del tipo objetivo sobre el subjetivo lleva a que nos acerquemos mucho a un tipo cualificado por el resultado.

La pregunta sobre la consumación de este delito se relaciona directamente con la oportunidad en la que el funcionario debe rendir cuentas de su gestión y con la existencia o no de reintegro oportuno, materias que han sido objeto de intenso debate en la doctrina y jurisprudencia chilena¹⁷⁴. Tomando posición en dicha discusión, consideramos relevante señalar dos cuestiones. Primero, somos partidarios de la tesis según la cual el reintegro total y completo realizado antes del inicio del proceso penal (ya sea por denuncia, querrela o de oficio por el Ministerio Público) excluye la responsabilidad penal, aunque siempre podrá subsistir la responsabilidad administrativa que fuera procedente¹⁷⁵. Segundo, cobra relevancia en materia probatoria lo dispuesto en la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (Decreto N° 2421, de 1974, texto refundido de la Ley N° 10.336), en especial su artículo 85 inciso 2°¹⁷⁶, norma que establece una presunción simplemente legal de sustracción de caudales o efectos, respecto del empleado que no haya presentado debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, al momento de ser requerido por la Contraloría General de la República¹⁷⁷.

d) La malversación por aplicación pública diferente (artículo 236 CP)

La malversación por aplicación pública diferente¹⁷⁸ se encuentra consagrada en el artículo 236 CP, que sanciona al empleado público que *“arbitrariamente diere a los caudales o efectos*

¹⁷³ Véase, por todos, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, pp. 241-242; LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 82, y RODRIGUEZ, L. y OSSANDON, M., cit. (n. 1), pp. 402-403. En la jurisprudencia, véase Sentencia Corte Suprema, 14 de enero de 1941, *GJ*, 29, 1er semestre, p. 169. En contra de esta tesis, estimando que debiese aplicarse la pena del inciso final del artículo 235 CP haya o no reintegro, BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 92, y GUZMAN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), pp. 378-379.

¹⁷⁴ Una síntesis de la discusión y de las diversas posiciones tradicionalmente defendidas, en ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 243.

¹⁷⁵ Véase, entre otros, AGUILAR A., C., cit. (n. 13), p. 42; LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 82, y RODRIGUEZ, L. y OSSANDON, M., cit. (n. 1), p. 405, todos con referencias jurisprudenciales.

¹⁷⁶ “Art. 85 inciso 2°. 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 que ha cometido sustracción de dichos valores”.

¹⁷⁷ Sobre esto, véase MAÑALICH R., J.P., cit. (n. 20), pp. 371-372, quien destaca que el alcance de esta regla no es que el empleado no haya podido sustraer los caudales o efectos antes de tal requerimiento, sino solo que antes de este no operará tal presunción. Se trata, entonces, de una regla probatoria y no sustantiva.

¹⁷⁸ Esta es la denominación que da a la figura contenida en el artículo 236 CP la doctrina mayoritaria: véase, por todos, GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, pp. 451 y ss.; PIÑA R., J.I., “Malversación”, cit. (n. 23), p. 148, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 407 y ss. De otra opinión: BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 113, quien la llama “desviación de fondos hacia fines públicos indebidos”; y RODRÍGUEZ C., Luis, “La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, (2006), pp. 243-265 y 244, por su parte, prefiere llamarla “desviación de fondos públicos”.

que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados". Aunque un sector se manifiesta a favor de la tipificación de esta figura¹⁷⁹, estamos con aquellos que plantean su necesaria despenalización, en virtud de las siguientes ideas matrices: (i) su único fundamento es la desobediencia a una norma o instrucción sobre cómo han de ser invertidos ciertos fondos; (ii) su escasa gravedad, especialmente considerando que a diferencia de los artículos 233 a 235 CP, no se relaciona con un perjuicio al patrimonio público; y (iii) el principio de mínima intervención penal (*extrema ratio*), argumentos todos que abogan por que sea reconducida a un ilícito administrativo¹⁸⁰⁻¹⁸¹. Considerando las críticas anteriores y la nula relevancia jurídico-penal de esta figura, debemos ahora analizar de forma restrictiva su contenido¹⁸².

Los caudales deben ser públicos¹⁸³, estar administrados por el empleado¹⁸⁴ y tener asignado un destino¹⁸⁵, ya sea por la ley, los reglamentos, decretos u órdenes de superiores del servicio dentro de sus atribuciones legales¹⁸⁶. Luego, el funcionario debe darles arbitrariamente una aplicación pública diferente, expresión que no nos parece una innecesaria referencia a la antijuridicidad de la conducta¹⁸⁷, sino que debe interpretarse como un requisito adicional del tipo, en virtud del cual solo será punible aquella conducta realizada por mero capricho del empleado, sin razones que avalen su decisión¹⁸⁸.

¹⁷⁹ Véase, PACHECO, Joaquín, *El Código Penal: Concordado y comentado*, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881, II, p. 513, quien señalaba que "No es esto ciertamente tan grave como lo penado en los artículos anteriores; pero no carece de importancia ni deja de ser en realidad un abuso punible". En el mismo sentido, FUENSALIDA, A., cit. (n. 55), II, p. 224, para quien se trataba de la violación de un deber voluntario por parte del funcionario, y como en nuestro CP no son propias las penas de las faltas para reprimir estas infracciones, ha sido "conveniente este desvío teórico"; BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 115, y, más recientemente, GUZMÁN D., J.L., "La malversación", cit. (n. 10), pp. 346-347.

¹⁸⁰ En la doctrina chilena, véase la contundente exposición de RODRÍGUEZ C., L., cit. (n. 177), pp. 261-262. En el mismo sentido, CURY U., Enrique, "Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios", en *Revista Chilena de Derecho*, 13, (1986), pp. 295-304 y 299-300, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 408. Una crítica más moderada, en ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 244, para quien la sanción penal sería rechazable en el supuesto de que de esta conducta el Estado obtuviere un beneficio.

¹⁸¹ Así, en el Derecho español, el CP de 1995 suprimió la figura similar existente en el anterior Código (artículo 397), que había sido objeto de críticas por parte de su doctrina y jurisprudencia, véase CATALÁN S., J., cit. (n. 25), pp. 247-248.

¹⁸² Véase OSSANDÓN W., M.M., "Malversación", cit. (n. 10), pp. 163-179, quien destaca que mientras no se reforme la regulación de la malversación y el fraude al Fisco, su interpretación debe juzgar proporcionalmente estas conductas, de conformidad con la gravedad que se les pueda atribuir actualmente, todo ello respetando el principio de legalidad.

¹⁸³ GUZMÁN D., J.L., "La malversación", cit. (n. 10), p. 386. De otra opinión, BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 116, para quien esta disposición también se refiere a los caudales de particulares.

¹⁸⁴ Sobre esto, véase BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 117, para quien la exigencia de que los caudales sean "administrados" por el empleado es otra manera de expresar la vinculación que debe existir entre este y aquellos.

¹⁸⁵ En consecuencia, no se podrá imputar al empleado por este delito cuando se trate de caudales que no tengan asignado un destino, véase GUZMÁN D., J.L., "La malversación", cit. (n. 10), p. 386.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 409.

¹⁸⁷ ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 245. En el mismo sentido, BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 121.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 409-410, quienes destacan que esta interpretación "permite la restricción del ámbito típico, dejando fuera de él conductas en que la alteración del destino de los caudales es formalmente antijurídica, pero viene impuesta por las exigencias de la gestión del servicio público o bien obedece a razones estrictamente económicas, pues puede llegar a ser, incluso, beneficiosa para el Fisco".

Finalmente, la disposición distingue una figura básica y una agravada, según exista o no “daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse”, constituyendo esta última hipótesis un delito cualificado por el resultado¹⁸⁹.

e) La negativa a un pago o entrega (artículo 237 CP)

En la figura consagrada en el artículo 237 CP se sanciona al empleado público que “debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante”. Se trata de una figura de mera desobediencia¹⁹⁰, cuya existencia puede ser objeto de los mismos reparos señalados respecto del artículo 236 CP¹⁹¹.

En particular, en esta norma se sancionan dos hipótesis distintas¹⁹²: (i) al funcionario tenedor de fondos del Estado, que, teniendo facultades para realizar pagos con ellos, rehusare un pago sin causa bastante (artículo 237 inciso 1° CP); y (ii) a cualquier funcionario que tenga una cosa bajo su custodia o administración y que, requerido por orden de autoridad competente, se rehusare a entregarla (artículo 237 inciso 2° CP)¹⁹³. Se trata de conductas sin relevancia patrimonial¹⁹⁴, que en el primer caso recaen exclusivamente sobre fondos del Estado, pero en el segundo se refieren también a fondos de particulares que se encuentren legalmente en custodia del funcionario¹⁹⁵.

f) Extensión a otros supuestos y agravante general (artículo 238 CP)

Como ya hemos adelantado, el artículo 238 CP hace extensible las figuras delictivas establecidas en los artículos 233 a 237 CP a todo sujeto que “se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia” (artículo 238 inciso 1° CP). No se trata precisamente de una hipótesis adicional de malversación de caudales públicos, sino que de la extensión de la punibilidad desde un doble sentido. En primer término, una extensión *rationae objeto* a sujetos que no son empleados públicos (en los términos del artículo 260 CP), pero que se encuentran encargados de ciertos fondos, rentas o efectos¹⁹⁶. En segundo lugar, permite

¹⁸⁹ En este sentido, GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), p. 390.

¹⁹⁰ Sobre esto, véase BUNSTER B., Á., cit. (n. 2), p. 124.

¹⁹¹ Una contundente crítica en RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 411. Es más, también GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), p. 347, se muestra en contra de la tipificación de este delito, que considera como una “mera infidencia administrativa”.

¹⁹² Como destaca GUZMÁN D., J.L., “La malversación”, cit. (n. 10), p. 395, “se trata de la misma figura, construida como tipo de formulación mixto alternativo”.

¹⁹³ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 411-412.

¹⁹⁴ Pero que, como destaca VERDUGO M., Mario, *Código Penal: Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia*, 2ª edición, Santiago, Ediar-Conosur, 1986, II, p. 562, pueden representar un tropiezo para la marcha de la administración pública.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 412.

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 413.

sancionar a empleados públicos que tienen acceso a estos objetos, no ya en razón de su cargo, sino que, simplemente, con ocasión de su cargo¹⁹⁷.

Además de lo anterior, el artículo 238 inciso 2° CP¹⁹⁸, introducido por la Ley N° 13.303, de 31 de marzo de 1959, establece una regla de agravación común a todos los delitos regulados en el párrafo 5° del Título V, cuando el valor de lo malversado exceda las cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Como se ha señalado, razones de orden y técnica legislativa habrían hecho aconsejable introducir esta agravante en un artículo independiente a la extensión de la punibilidad establecida en el artículo 238 inciso 1° CP¹⁹⁹.

6. EL FRAUDE AL FISCO EN EL DERECHO PENAL CHILENO

6.1. Aspectos generales

El delito de fraude al Fisco²⁰⁰⁻²⁰¹ se encuentra regulado en el artículo 239 CP, que forma parte del párrafo 6° (“Fraudes y exacciones ilegales”), Título V, Libro II CP. Esta disposición tiene como fuente el artículo 323 del Código Penal español de 1850²⁰², que fue objeto de diversas modificaciones en el seno de la Comisión Redactora y que la separan de la norma española²⁰³. El citado artículo 239 CP sanciona al *“empleado público que en las*

¹⁹⁷ POLITOFF, S.; MATUS, J.P. y RAMÍREZ, C., cit. (n. 7), p. 493, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 414. De otra opinión, ETCHEBERRY O., A., cit. (n. 5), IV, p. 237.

¹⁹⁸ “Art. 238 inciso 2°. En los delitos a que se refiere este párrafo, se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el grado máximo”.

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 413.

²⁰⁰ La denominación “fraude al Fisco” o “fraude fiscal” es ampliamente utilizada por la doctrina chilena: véase, por todos, GARRIDO M., M., cit. (n. 8), III, pp. 455 y ss.; GRISOLÍA C., F., cit. (n. 21), p. 4, y RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), pp. 415 y ss. Ahora bien, conforme al artículo 239 CP el sujeto pasivo de este delito no debe ser necesariamente el Fisco, por lo que también ha sido llamado “fraude al Estado y a ciertos entes públicos menores” (GUZMÁN D., J.L., “El tipo”, cit. [n. 15], p. 402), denominación que nos parece acertada, aunque para efectos sistemáticos utilizaremos la expresión tradicional.

²⁰¹ Esta expresión, sin embargo, no es utilizada en el Derecho español, que se limita a estudiarla como una forma de “fraude o exacción ilegal” (según la expresión todavía utilizada por el Capítulo VIII del Libro II del Código Penal español de 1995) y, en algunas ocasiones, la trata como uno de los “fraudes de los funcionarios públicos”. Sobre esto, véase GUZMÁN D., J.L., “El tipo”, cit. (n. 15), pp. 401-402.

²⁰² “El empleado público que interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en las penas de presidio correccional e inhabilitación perpetua especial” (artículo 323 CP español de 1850). Esta disposición, a su vez, tiene su fuente en el artículo 314 del CP español de 1848 (de idéntica redacción) y, de forma mediata, en el CP español de 1822. Sobre esto, véase SALAS D., P., cit. (n. 11), pp. 3-5.

²⁰³ Sobre esto, véase RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 415. Un sintético análisis de las modificaciones que presenta nuestro artículo 239 frente al artículo 323 del CP español de 1848, en URREJOLA G., E., cit. (n. 69), pp. 92-93. Una revisión de la discusión de este precepto en la Comisión Redactora (Sesiones N° 50, 24 de julio de 1871, y N° 154, de 13 de junio de 1873), en SALAS D., P., cit. (n. 11), pp. 3-7. Ya Fuensalida señalaba que los términos generales en que está concebido nuestro art. 239 CP son más amplios que los del

operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”.

En este delito, a diferencia de lo que ocurre en la malversación de caudales públicos, no influye en su menor o mayor gravedad intrínseca que el sujeto activo haya reintegrado o no la suma defraudada²⁰⁴. A su vez, presenta una penalidad mucho menor al supuesto más grave de malversación (artículo 233 CP), incluso luego de la reforma realizada por la Ley N° 20.341, lo que da cuenta de la mayor gravedad de la conducta del empleado malversador, que además de afectar el patrimonio fiscal incumple gravemente los deberes de fidelidad con la función pública encomendada al funcionario²⁰⁵.

6.2. Objeto material

El artículo 239 CP no señala expresamente cuál es el objeto material sobre el cual recae la acción delictiva, a diferencia de lo que ocurre en materia de malversación. La disposición señala simplemente que se trata de un empleado público que *“defraudare o consintiere que se defraude”* a los organismos allí señalados, ya *“sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”*. Se trata, puede apreciarse, de un objeto material de connotación excesivamente amplia, *“cuya conducta típica consecuentemente no necesita recaer sobre cosas determinadas, pudiendo incluso recaer exclusivamente en el pasivo de dicho patrimonio”*²⁰⁶.

6.3. Sujeto activo

Al igual que en la malversación de caudales públicos, el sujeto activo debe ser un *“empleado público”*, en los términos del artículo 260 del CP. No se trata, sin embargo, de cualquier funcionario: se exige que este haya intervenido en *“operaciones”*, y no de cualquier manera, sino que *“por razón de su cargo”*. Se entiende por *“operaciones”* a *“negociaciones o contratos provistos de un contenido económico que se celebran, desarrollan o ejecutan entre un particular y el ente público”*²⁰⁷. Luego, siguiendo un criterio restrictivo, el empleado intervendrá en ellas *“por razón de su cargo”* cuando lo haga, precisamente, en

artículo 323 del CP español de 1850 y permiten comprender en ellos no solo los casos especificados en la norma española (FUENSALIDA, A., cit. [n. 55], II, p. 227).

²⁰⁴ En este sentido, LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 83, citando una sentencia de la Corte Suprema a favor de dicha tesis.

²⁰⁵ En este sentido, PIÑA R., J.I., *“Malversación”*, cit. (n. 23), p. 182.

²⁰⁶ HERNÁNDEZ B., H., *“La administración”*; cit. (n. 30), p. 235.

²⁰⁷ GUZMÁN D., J.L., *“El tipo”*, cit. (n. 15), p. 405. Como destacan RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 420: *“por operaciones debemos entender cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica entre el Estado y un particular, no habiendo razones para restringir por la vía interpretativa este elemento”* (énfasis en el original).

razón de sus funciones, no bastando la relación ocasional o un vínculo de hecho, ilegal o antirreglamentario²⁰⁸.

6.4. Conducta típica

Como ya señalamos, el artículo 239 CP distingue dos conductas típicas: el defraudar y el consentir en que se defraude. En el primer supuesto, es el empleado público quien realiza cualquier acción, por medios inmateriales, que signifique un perjuicio para el Fisco (o las demás entidades señaladas en el artículo 239 CP). En el segundo, es un tercero (un particular u otro funcionario) quien defrauda al Estado, no siendo necesario que el empleado que consiente en la defraudación esté concertado con aquel, y pudiendo su conducta ser activa u omisiva²⁰⁹.

6.5. Elemento subjetivo

El fraude al Fisco solo puede ser cometido con dolo directo, en tanto el descuido o la imprudencia, aunque causen perjuicio al patrimonio público, no pueden ser considerados como conductas defraudatorias²¹⁰. A similar conclusión debe llegarse respecto de la segunda modalidad comisiva, exigiéndose que el empleado que *consiente* en que otro defraude actúe con dolo directo.

Sobre la existencia de un ánimo especial en este delito, consistente en la intención de enriquecerse (ánimo de lucro) del autor, aunque alguna doctrina y jurisprudencia se han manifestado a favor²¹¹, nos parece que este elemento no debe necesariamente concurrir, en tanto no aparece exigido en el tipo penal. Así, es posible que el empleado no obtenga beneficio económico alguno y que actúe o no con ánimo de lucro, por razones de amistad, espíritu de venganza u otra motivación de carácter no pecuniario, exigiéndose solamente que se verifique el perjuicio para que el delito esté consumado²¹².

7. CONCLUSIONES

Respecto a la naturaleza jurídica del delito de malversación de caudales públicos nos parece que la decisión de la doctrina mayoritaria tendiente a considerar este delito como “especial impropio” es algo forzada. Estimamos que lo anterior queda en evidencia por la carencia de acuerdo a la hora de determinar la figura residual (común) de este delito,

²⁰⁸ GUZMÁN D., J.L., “El tipo”, cit. (n. 15), p. 406.

²⁰⁹ Sobre esto, véase *supra* III, apartado 3.

²¹⁰ En este sentido, LABATUT G., G., cit. (n. 12), p. 83. En la jurisprudencia, véase Sentencia Corte Suprema, 7 de noviembre de 1951, *RDJ*, XLVIII, 2ª parte, secc. 4ª, p. 266.

²¹¹ DEL RÍO C., R., cit. (n. 23), p. 193, y Sentencia Corte Suprema, 7 de noviembre de 1951, *RDJ*, XLVIII, 2ª parte, secc. 4ª, p. 266.

²¹² RODRÍGUEZ, L. y OSSANDÓN, M., cit. (n. 1), p. 420.

esgrimiéndose soluciones que juzgamos “acomodaticias”, como la posibilidad de admitir diversas figuras residuales. Lo anterior, creemos que genera una incertidumbre jurídica inaceptable.

Consideramos más bien que la malversación es un delito “especial propio”, compartiendo la tesis expuesta por Mañalich –ampliamente citado en este trabajo–, que se fundamenta sobre el hecho de que el quebrantamiento de la norma que regula esta materia solamente puede venir de quien ostenta el carácter de funcionario público, no siendo condición que de este hecho se derive necesariamente la existencia de un delito común subyacente en una especie de superposición de normas.

Otro tanto se puede decir respecto del fraude al Fisco. Considerarlo como un delito “especial impropio”, y más precisamente como una forma agravada de estafa, como planteamiento debe ser desechado, aun en su identificación parcial con el delito de estafa. A nuestro juicio, la doctrina que se ha pronunciado en favor de esta interpretación confunde los conceptos de defraudación y engaño, haciéndolos sinónimos, en circunstancias de que el primero es más amplio que el segundo, lo que ha llevado a las múltiples confusiones y contradicciones antes expuestas.

Para nosotros, el fraude al Fisco es, al igual que la malversación de caudales públicos, un delito con carácter autónomo, siendo imposible reconducirlo a un delito común. Por lo tanto, en nuestra opinión, en ambos casos el título de la imputación no puede ser divisible. Cabe concluir entonces que estamos ante delitos “especiales propios”, que solo pueden ser cometidos por quien detenta la calidad de “funcionario público”.

Recordemos que estas conclusiones en ningún caso significan abrir una ventana de impunidad para los partícipes *extraneus* de estos delitos, quienes deberán ser castigados, en nuestra opinión, como partícipes en sentido estricto del delito especial que cometa el funcionario público.

Por último, en el caso de que concurren los elementos típicos de algún delito común, supuesto para nada forzado, los partícipes *extraneus* deberán ser sancionados conforme a dicha figura común (p. ej. a título de hurto, apropiación indebida o estafa), caso que deberá resolverse como un concurso aparente de leyes penales o un concurso ideal de delitos, según sea el caso.

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR A., Cristian, *Delitos contra la probidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Ed. Metropolitana, 2011.

ALONSO, José Antonio y GARCIMARTÍN, Carlos, “La corrupción: definición y criterios de medición”, en ALONSO, José Antonio y MUÍAS-GRANADOS, Carlos (directores), *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2011.

ANTÓN O., José, "Voz: Estafa", en MASCAREÑAS, Carlos E. (director), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1958, IX.

ARZT, Gunther y WEBER, Ulrich, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2000.

ASÚA B., Adela, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria", en LA MISMA (editora), *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

BALMACEDA H., Gustavo, *El delito de estafa informática*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

_____, "El 'engaño' en el delito de estafa", en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1, (2010).

_____, "El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13, (2011), 2.

_____, "Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al Fisco", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19, (2012), 2.

BARRA G., Nancy, *Probidad Administrativa: Aproximación a la Ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2007.

BINDING, Karl, *Deutsches Strafrecht: Besonderer Teil*, Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1905.

BOLEA B., Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

BRAHM Y., Jorge, *Jurisprudencia sobre malversación de caudales públicos*, Puerto Montt, Talleres Gráficos El Llanquihue - Universidad de Chile, 1947.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, 2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2007, IV.

BUNSTER B., Álvaro, *La malversación de caudales públicos: Estudio de doctrina y de jurisprudencia*, Santiago, Universidad de Chile, 1948.

BUSTOS R., Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1991.

CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa: modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial*, Santiago, LegalPublishing, 2009.

CASTRO M., Abraham, *La malversación de caudales en el Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

CATALÁN S., Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, Ed. Bayer Hnos. S.A., 1999.

CUETO E., Germán, *El delito de apropiación indebida: Administración desleal (una visión de la doctrina y jurisprudencia)*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2005.

CUGAT M., Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, Cedecs, 1997.

CURY U., Enrique, "Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios", en *Revista Chilena de Derecho*, 13, (1986).

_____, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, II.

DEL RÍO C., Raimundo, *Derecho Penal*, Santiago, Ed. Nascimento, 1935, III.

ENTRENÁ F., Rafael, *El delito de malversación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

ETCHEBERRY O., Alfredo, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, III y IV.

FABIÁN C., Eduardo, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno*, Lima, Imp. Comercial, 1883, II.

GARCÍA C., Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, Grijley, 2008.

GARDINER, John, "Defining corruption", en HEIDENHEIMER, Arnold - JOHNSTON, Michael (editores), *Political Corruption: Concepts and Contexts*, 3ª edición, New Jersey, Transaction Publishers, 2001.

GARRIDO M., Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008-10, III y IV.

GIL V., Fernando, *La cultura de la corrupción*, Madrid, Maia Ediciones, 2008.

GIMBERNAT O., Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2006.

GÓMEZ M., Víctor, *Los delitos especiales*, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2006.

_____, "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Una distinción necesaria para los delitos especiales de funcionario", en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8, (2012).

GRAYCAR, Adam y SMITH, Russell, "Research and practice in corruption: an introduction", en LOS MISMOS (editores), *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

GRISOLÍA C., Francisco, "La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude", en *Revista de Ciencias Penales (3ª época)*, 1, (1975), XXXIV.

GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870: concordado y comentado*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de J. A. García, 1912, IV.

GUZMÁN D., José Luis, "El tipo de injusto y la continuación criminal en el delito de fraude al Estado y a ciertos entes públicos menores", en EL MISMO, *Estudios y defensas penales*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009.

_____, "La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno", en EL MISMO, *Estudios y defensas penales*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009.

- HADWAI, Marcelo, "El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal", en *Política Criminal*, 3, (2007), A5. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n-03/a-5-3.pdf>. [Consulta: 22.01. 2014].
- HEINE, Günter, "Vorbem §§ 331 ff", en SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, Verlag C. H. Beck, 2006.
- HEINRICH, Bernd, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- HERNÁNDEZ B., Héctor, "Aproximación a la problemática de la estafa", en AA.VV., *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2001.
- _____, "La administración desleal en el Derecho penal chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, (2005).
- HERRERO H., César, *Infracciones penales patrimoniales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, traducción castellana de J. Cuello y José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- _____, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, traducción castellana de M. Cancio, Madrid, Civitas, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WIEGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, traducción castellana de M. Olmedo, Granada, Comares, 2002.
- LABATUT G., Gustavo, *Derecho Penal*, 7ª edición, actualizada por J. Zenteno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimp. 2005, II.
- MALEM S., Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- MANES, Vittorio, "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública", traducción castellana de H. Padilla, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2, (2000). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc-02.html>. [Consulta: 22.01.2014].
- MAÑALICH R., Juan Pablo, "La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales", en *Política Criminal*, 7, (2012), 14, A4. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol-07/n-14/Vol7N14A4.pdf>. [Consulta: 22.01.2014].
- MAYER L., Laura, "El patrimonio del Estado como objeto de protección penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, (2007).
- MERA F., Jorge, *Fraude civil y Penal*, 2ª edición, Santiago, Ediar-Conosur, 1994.
- MERKEL, Adolf, *Derecho Penal*, traducción castellana de P. Dorado, Madrid, La España Moderna, s.d., II.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, traducción castellana de C. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.
- MIR P., Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, J.M. Bosch, 2000.
- _____, "Consideraciones previas a los artículos 432 a 435", en CORCOY B., M. y MIR P., S. (directores), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

- MIR P., Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Barcelona, Reppertor, 2011.
- MORALES G., Óscar, *Los delitos de malversación: Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Navarra, Aranzadi, 1999.
- MURIEL P., María V., “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, en RODRÍGUEZ G., Nicolás y FABIÁN C., Eduardo (coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2004.
- OLESA M., Francisco, “El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código Penal español”, en MIR, S.; CÓRDOBA, J. y QUINTERO, G. (coordinadores), *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, J.M. Bosch, 1983, I.
- OLIVER C., Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- OLIVEROS R., José, “La malversación en el Código Penal de 1995”, en GONZÁLEZ C., José Luis (director), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- OSSANDÓN W., María Magdalena, “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política Criminal*, 1, (2006), A4. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n-01/pdf-01/a-4.pdf>. [Consulta: 22.01.2014].
- _____, “Malversación y fraude al Fisco”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, I, (2012).
- _____, “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8, (2012).
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005.
- PACHECO, Joaquín, *El Código Penal: Concordado y comentado*, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881, II.
- PIÑA R., Juan Ignacio, *Rol Social y Sistema de Imputación*, Barcelona, J.M. Bosch, 2005.
- _____, *Fraude de Seguros*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- _____, “El delito de malversación de caudales públicos imputado a L.B.P. (Informe en Derecho)”, en *Doctrina Procesal Penal*, 10, (2012).
- _____, “Malversación de caudales públicos, causa Ministerio Público contra J.A.D.M. y L.A.M.Q. (Informe en Derecho)”, en *Doctrina Procesal Penal*, 10, (2012).
- POLITOFF L., Sergio, *El delito de apropiación indebida*, Santiago, Ed. Nascimento, 1957.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- QUERALT J., Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 5ª edición, Barcelona, Bosch, 2008.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001, definición de “caudal”, cuarta acepción. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=caudal>. [Consulta: 22.01.2014].

ROBLES P., Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

RODRÍGUEZ C., Luis, “La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, (2006).

RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, traducción castellana de A. Colodrón, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2001.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª edición, traducción castellana de J. Cuello y J.L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 2000.

_____, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Verlag C. H. Beck, 2003, II.

_____, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, De Gruyter Recht, 2006.

SALAS D., Pablo, *El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos*, 2ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009.

SÁNCHEZ-VERA G., Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

_____, “Administración desleal y apropiación indebida: Consecuencias de la distinción jurisprudencial”, en LÓPEZ B., Jacobo y ZUGALDÍA E., José Miguel (coordinadores), *Dogmática y ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, II.

SILVA C., María Luisa, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Madrid, Dykinson, 1997.

SILVA S., Hernán, *Las estafas: Doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

SOTO A., Fernando, *El delito de defraudación del artículo 239 del Código Penal ante la jurisprudencia*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1967.

SOTO P., Miguel, *La apropiación indebida: acción, autor y resultado típico*, Santiago, Ed. Jurídica Conosur, 1994.

SUÁREZ M., Rodrigo, *El delito de malversación de caudales públicos*, Madrid, Reus, 1966.

URREJOLA G., Eduardo, “El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 6, (2002).

VAN WEEZEL D., Álex, *Delitos tributarios*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

_____, “El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2° del Código Tributario: Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 1° de julio de 2008, causa ROL N° 638-2008”, en *Semana Jurídica*, 3, (2008), 101.

_____, “Lesiones y Violencia Intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho*, 35, (2008), 2.

VARAS V., Eduardo, “Comunicabilidad a los co-delincuentes de los elementos constitutivos del delito”, en *Revista de Ciencias Penales*, V, (1941).

VERA S., Juan Sebastián, *La consumación en el delito de hurto: Aspectos dogmáticos, jurisprudenciales y procesales*, Santiago, Librotecnia, 2011.

VERDUGO M., Mario, *Código Penal: Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia*, 2ª edición, Santiago, Ediar-Conosur, 1986, II.

VIDELA B., 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, (2009).

VIVANCO S., Jaime, *El delito de robo con homicidio: Ensayo de una interpretación a la luz de la doctrina del delito-tipo*, 3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009.

WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969.

YUBERO C., Julio, *El engaño en el delito de estafa*, Santiago, Ed. Conosur, 1993.