

**APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA Y
JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE DELITOS
FUNCIONARIOS.
MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y
FRAUDE AL FISCO**

Lino Gustavo Videla Bustillos¹

RESUMEN: *El presente trabajo tiene como objetivo abordar el estudio de los delitos funcionarios de malversación de caudales públicos y fraude al fisco, desde la óptica del tratamiento que les da la doctrina y jurisprudencia nacionales más reciente.*

Para ello, se inicia el estudio con un análisis de los elementos típicos comunes a ambos delitos, para luego revisar la regulación legal de ellos. Así, comienza la investigación con la determinación del concepto de funcionario público para efectos penales, explicando diferenciadamente la concepción que sostiene la doctrina, por un lado, y la jurisprudencia, por el otro.

El artículo continúa con una exposición de las diferentes posturas que existen en torno al bien jurídico protegido por los delitos funcionarios, para luego señalar las diferencias sistemáticas que derivan de conceptualizarlos como delitos especiales o como delitos de infracción de deber. Termina con el análisis de los elementos típicos comunes a ambos delitos y una revisión de las distintas teorías sobre los problemas de participación en los delitos funcionarios, tema

¹ .- LINO GUSTAVO VIDE LA BUSTILLOS. Abogado de la Procuraduría Fiscal Rancagua. Ayudante del Departamento Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

más conocido como problemas de comunicabilidad de los elementos típicos.

Luego el autor estudia los delitos de malversación de caudales públicos, considerando para ello un análisis pormenorizado de los elementos típicos de los ilícitos de malversación propia o peculado, malversación culposa y malversación por distracción. A continuación, realiza el mismo estudio del delito de fraude al fisco.

Para finalizar, se contempla un apartado con el fin de colaborar en la delimitación del injusto de ambas figuras penales.

PALABRAS CLAVE: *Comunicabilidad de elementos típicos - Delitos especiales - Delitos de infracción de deber - Delitos funcionarios - Fraude al Fisco - Funcionario público - Malversación culposa - Malversación de caudales públicos - Malversación por distracción - Peculado*

SUMARIO DE CONTENIDOS: 1.- Introducción. 2.- Concepto de Funcionario Público 3.- Bien Jurídico Protegido. 4.- Delitos funcionarios: ¿Infracción de deber o delitos especiales? 5.- Problemas de participación en los Delitos Funcionarios. 5.A) Posición de quienes aceptan la comunicabilidad de los elementos típicos. 5.B) Posición de quienes aceptan la comunicabilidad de los elementos típicos de manera limitada. 5.C) Posición de quienes no aceptan la comunicabilidad de los elementos típicos. 6.- La Malversación de Caudales Públicos. 6.1.- Malversación propia o peculado. a) Conducta típica. b) Objeto material. c) La relación de custodia. d) Tipicidad subjetiva. 6.2.- Malversación culposa. 6.3.- Malversación por distracción. a) Objeto material. b) Conducta típica. c) El reintegro. d) El daño o entorpecimiento del servicio. 7.- El delito de Fraude al Fisco. a) Conducta típica. b) Sujeto activo. c) El perjuicio. d) Tipicidad subjetiva. 8.- El injusto en los delitos de Malversación y Fraude al Fisco. 9.- Bibliografía

SUMMARY: *This work addresses the latest study of embezzlement of public funds and fraud to the treasury, from the viewpoint of recent doctrine and jurisprudence.*

To accomplish this, the study starts with an analysis of the typical elements common to both criminal offences. It then moves to their

legal regulation. Thus, the research begins with the determination of the concept of public servant for criminal purposes.

The article continues with a review of the different positions that exist on the judicial good protected by the law. It then reviews the different existing theories on participation of these crimes and its problems, mainly those associated to communicability. Afterwards the author moves into the study of crimes of embezzlement of public funds, and its different possibilities and finalizes with the same study of the offence of fraud to the treasury.

KEY WORDS: *Communicability - Culpable embezzlement - Embezzlement of public funds - Embezzlement by distraction - Fraud to the Treasury - Public officer - Peculation*

TABLE OF CONTENTS: *1. Introduction. 2. Concept of Public Official. 3. Legal good protected. 4. Crimes committed by public clerks: violation of a duty or special offences? 5. Problems of participation. (5A) Position of those who accept the communicability of the typical elements. (5.B) Position of those who accept the communicability of the typical elements in a limited way. (5.C) Position of those who do not accept the communicability of the typical elements. 6. The embezzlement of public flows. 6.1. Own embezzlement or peculation. (a) Typical behaviour. (b) Material object. (c) The relationship of custody. (d) Subjective type. 6.2 Culpable embezzlement. 6.3 Embezzlement by distraction. (a) Material object. (b) Typical behaviour. (c) The reinstatement. (d) Damage or undermine the service. 7. The offence of fraud to the Treasury. (a) Typical behaviour. (b) Active subject. (c) The injury. (d) Subjective type. 8. The unjust in crimes of embezzlement and fraud to the Treasury. 9. Bibliography.*

1.- INTRODUCCIÓN

La corrupción ha existido siempre a través de la historia, en prácticamente toda forma de organización política, por ello, debemos partir de la base que erradicarla no parece un objetivo realista. A lo sumo, podemos aspirar a garantizar la protección de la sociedad fren-

te a las conductas más graves, a través del *ius puniendi* estatal, en cuanto medio o instrumento de control social.

Chile no presenta altos índices de corrupción en comparación con otros países del ámbito latinoamericano, así se desprende del Índice de Percepción de la Corrupción del año 2007, publicado por la organización *Transparency Internacional*². Este informe sitúa a Chile en el lugar número 22 de un total de 179 países, siendo el país latinoamericano mejor evaluado.

Lo anterior no significa que debamos estar tranquilos y auto-complacernos, ya que el problema de la corrupción siempre estará presente en todas las sociedades, sea con mayor o menor intensidad. En este sentido, se ha dicho que “la corrupción, como fenómeno distinto que excede cada caso singular, es algo sordo, invisible y complejo, con bases que se afirman estructuralmente en una sociedad, con mayor o menor profundidad”³.

Entenderemos por comportamiento corrupto “(...) aquel en el que un funcionario o servidor público, con infracción a las normas que regulan el ejercicio de su cargo, utiliza sus facultades, deberes y prerrogativas, para obtener provecho personal en detrimento de los intereses generales legalmente establecidos (...)”⁴.

El presente trabajo tiene por objetivo estudiar los delitos de corrupción, entendidos fundamentalmente como delitos funcionarios, los cuales se encuentran regulados principalmente en el Título V del Libro II del Código Penal, denominado “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. Ahora bien, no todos los delitos de corrupción se encuentran regulados en el título V, así como tampoco se incluyen en éste todos los delitos de funcionarios públicos, materia que abordaremos con mayor profundidad más adelante.

² .- Transparency Internacional, *Informe global de la Corrupción 2008*. Disponible en: <http://www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2008>

³ .- SZCZARANSKI C., Clara, “*Jurisdicción y Democracia frente a la Corrupción*”. En: *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, 1, Santiago, 2001.

⁴ .- CONTRERAS, Luis, “*Anotaciones sobre la Legislación Penal Sustantiva y Procesal Chilena referida al fenómeno de la corrupción*”. En: Rodríguez, Nicolás et al., *Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho*, Santiago, LexisNexis, 2005 p 410.

2.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Para una adecuada aproximación a la legislación penal chilena anticorrupción, es necesario aclarar, en primer lugar, qué entiende el legislador por funcionario público para los efectos penales. Este concepto se encuentra establecido en el artículo 260 del Código Penal (en adelante CP), el cual ha sufrido una serie de modificaciones antes de quedar con su redacción actual.

En un principio, el texto primitivo del artículo 260 del CP era del siguiente tenor: “Para los efectos de este título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado”⁵.

Atendido a que en la legislación chilena habían surgido instituciones públicas denominadas semifiscales y de administración autónoma, y dado que existían dudas jurisprudenciales respecto a la calidad de funcionario público de los alcaldes y regidores, con la Ley N° 13.211, de 1958, se modificó el artículo 260 del CP, intercalándose a continuación de la palabra “público” la frase “semifiscal, de administración autónoma y municipal”.

Posteriormente, se encargó a los profesores Novoa Monreal y Silva Cimma que reemplazaran el artículo 260 del CP, lo que se materializó con la dictación de la Ley N° 15.078⁶. Esta ley dio al artículo 260 la redacción que conserva hasta hoy y que reza: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado 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 de nombramiento del Jefe de la República ni reciban

⁵ .- Rodríguez y Ossandón señalan que esta norma fue tomada del Código Penal español de 1870, el cual establecía en su artículo 416 que “para los efectos de este título y de los anteriores del presente Libro se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”. RODRÍGUEZ C. Luis; OSSANDÓN W., María, *Delitos contra la Función Pública*, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p 121.

⁶ .- SADÁ Aznar, S, *La calidad de funcionario público a efectos penales*. U. Católica de Valparaíso, 2003. pp 5-25. Citado por RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. p 122.

suelo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

ETCHEBERRY critica las modificaciones que ha sufrido el artículo 260 del CP, porque, a su entender, han hecho que el tenor de este artículo se haya ido haciendo progresivamente recargado y redundante, “(...) el concepto original era lo suficientemente amplio como para incluir a todas las categorías de personas que ahora son mencionadas expresamente, ya que la locución cargo público se refería a cualquiera clase de vinculación, permanente o accidental, a las funciones propias de la administración pública, con las responsabilidades y deberes que ellas suponen (...) En consecuencia, los sucesivos agregados legislativos eran innecesarios, y en cambio han tenido la consecuencia perjudicial de dar a los términos cargo público un alcance restringido, en vez del amplio que antes tenían. En efecto, al contraponer la expresión público con las de semifiscal, municipal, etc., se ha atribuido a aquélla su sentido administrativo y técnico más preciso, dentro del cual los semifiscales, municipales, etc., no son empleados públicos, sino que se asimilan a ellos sólo por disposición expresa de la ley (...)”⁷.

Cabe hacer presente que la última modificación al artículo 260 del CP, incorpora expresamente el término “función pública” al concepto de empleado público, estableciendo así un concepto funcional de éste que abarca una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación del Estatuto Administrativo⁸. Decimos que el concepto en análisis es funcional, cuando la calidad de funcionario público queda determinada por la función pública que éste desempeña; y que es formal, cuando lo determinante es el cumplimiento de determinadas formalidades de elección o de nombramiento. Este concepto funcional del funcionario público ha sido aplicado por nuestra Excma. Corte Suprema, con fecha 19.05.08, cuando al conocer de un recurso de casación en el fondo ha señalado que “(...) es empleado público no sólo quién ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o transitorio, sino también quien ejerce una *función pública* (...) y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados

⁷ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, Tomo IV, 3ª edición revisada y actualizada. pp 204-205.

⁸ .- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean P.; RAMÍREZ, María, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 2ª edición. p 487.

por o dependientes del mismo Estado (...) pueden cometer delitos ministeriales no sólo quienes ocupan un cargo público sino también quienes adscriben a una función pública, incluyendo a todos los que cumplen tareas en el sector público, con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, englobando la función pública legislativa, administrativa y judicial, resultando irrelevante que el empleado ocupe o no un cargo público, o que lo sirva a honorarios o, incluso, *ad honorem*⁹.

No podemos dejar de señalar que en el Derecho Administrativo se distingue entre los conceptos de “empleado” y “funcionario”, estimándose que este último está investido de cierta autoridad o autonomía de determinación, en tanto que el empleado es subordinado al funcionario y realiza, más bien, tareas de ejecución. En consecuencia, podemos afirmar que para el Derecho Penal las expresiones “empleado” y “funcionario” son sinónimas, lo que se vería reafirmado porque la definición del artículo 260 del CP aparece dada también para los efectos del párrafo IV del Título III, el cual se refiere a los delitos contra los derechos constitucionales que cometen los “funcionarios” públicos, lo que indica la sinonimia entre ambas expresiones¹⁰.

Por último, cabe hacer presente que tanto para la doctrina y la jurisprudencia, no se discute el hecho de que el artículo 260 del CP es de aplicación general para otras figuras donde la calidad de empleado público es relevante, partiendo por la agravante genérica del artículo 12 N° 8 del CP.

Debemos dilucidar a continuación, qué es lo que debemos entender por desempeñar una función pública, ya que nuestro Código Penal considera funcionario público a quien desempeña una función pública pero no ofrece una definición de este concepto, ni tampoco lo hace la doctrina, por lo que ante este vacío debemos concurrir a la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo 1° define función pública como “Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos”.

⁹ .- Corte Suprema, *Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros*. N° Legal Publishing: 38917.

¹⁰ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* p 206.

El último rasgo definitorio de la noción de funcionario es el *desempeñar o participar* en el ejercicio de la función pública. RODRÍGUEZ y OSSANDON señalan, citando a REBOLLO VARGAS, que “(...) el punto de partida para dar una respuesta debe ser la aptitud o capacidad del funcionario público para lesionar el bien jurídico en cada caso concreto. Es decir, el participar en el ejercicio de la función pública debe entenderse como el ejercicio de la función. Por ello, uno de los elementos esenciales para delimitar en qué consiste la participación en el ejercicio de la función pública debe ser un criterio de índole material o, lo que es lo mismo, de *capacidad de afectar* al bien jurídico protegido (...) además, debe actuarse en el ámbito del ejercicio de una función, aunque no sea exactamente el titular de la misma. Es decir, la actividad profesional del sujeto debe desenvolverse en el ámbito de una [su] función, por ser esto lo que lo deja en situación de lesionar el bien jurídico”¹¹.

3.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tema muy discutido en la doctrina, es el consistente en determinar cuál es el bien jurídico que se busca proteger en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Esta discusión se genera por el hecho que en el Título V del Libro II del CP se agrupan una serie de delitos funcionarios (eso sí, no todos los existentes), de los cuales no todos exigen que el sujeto activo sea un funcionario público, generando una confusión en torno a qué es lo que se busca proteger.

Así, se ha sostenido que la concepción político criminal del legislador patrio consiste en agrupar bajo el referido título una serie de delitos cuyo elemento común parece ser, simplemente, la calidad especial del sujeto activo¹². ETCHEBERRY dice, también, que “(...) el legislador parece haber agrupado aquí las infracciones atendiendo al

¹¹ .- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. pp 125-126.

¹² .- CONTRERAS, Luis H., *Anotaciones sobre la Legislación...* Op. Cit. p 414. Agrega este autor que si es la calidad del sujeto activo lo que justifica agrupar esta clase de delitos bajo un mismo título, entonces, cabe preguntarse cuál es la razón político criminal que explica la inclusión en este título de la prevaricación de abogado, o por qué la ley contempla la posibilidad de que el sujeto activo de otros delitos regulados en el título V, como es el caso del delito de cohecho activo o el delito de cohecho a funcionario público extranjero en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, no sea un funcionario público sino un particular.

sujeto activo [los empleados públicos], y no al bien jurídico tutelado (...) sin embargo, resulta claro que el legislador debe haber tenido en consideración algún bien jurídico particular dentro del título V, ya que encontramos en varios otros títulos del Código diversas infracciones que también son cometidas por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y que no se reglamentan en este título. En tal sentido, el epígrafe del mismo no resulta exacto y peca por defecto”. Agrega más adelante que “la ley no ha sancionado en este título todos los atentados contra el recto y normal desenvolvimiento de la administración pública, sino solamente aquellos que tienen como sujeto activo a un empleado público. Esto es, se toma en particular consideración la infracción de un deber específico de lealtad, de corrección y de eficiencia que pesa sobre determinadas personas ligadas con la autoridad pública por un vínculo especial. Este deber confiere una mayor relevancia a las infracciones contra la administración pública cuando su autor es un empleado público, ya que a la ofensa del bien jurídico protegido se añade el quebrantamiento de un deber específico”¹³.

Entre los autores, LABATUT expresa que “aunque la diversidad de infracciones agrupadas en el presente título trae aparejada la lesión de diferentes bienes jurídicos, todas ellas presentan un denominador común: la protección de la buena y ordenada marcha de los servicios públicos”¹⁴. POLITOFF-MATUS-RAMÍREZ sostienen que como bien jurídico protegido de manera común por todas estas figuras puede postularse el recto funcionamiento de la administración pública, cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, lo que justifica el diferente tratamiento penal que se les dispensa, mediante la construcción de “delitos especiales”, sin perjuicio de las particularidades de cada delito¹⁵.

ETCHEBERRY señala que a su juicio el bien jurídico protegido es la recta administración pública, debiendo entenderse ésta en sentido amplio, como actividad general del Estado no sólo en el aspecto técnicamente llamado administrativo, sino también en el legislativo y judicial. Al respecto, siguiendo a BUNSTER, señala que en

¹³ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* pp. 203-204.

¹⁴ .- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal, parte especial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, Tomo II, sexta edición.

¹⁵ .- POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno... Op. Cit.* p 488.

estos delitos no resulta atacado el Estado mismo, sino su regularidad funcional¹⁶.

CONTRERAS opina que el denominador común de la corrupción no pasa por la calidad especial del autor del delito, sino por lo que la tipificación penal pretende proteger. Señala que en la dogmática chilena post dictadura aún prima la concepción del deber de respeto del funcionario público al principio de *Probidad Administrativa* como fundamento de la tipificación penal, el cual consiste en observar una conducta funcionaria intachable, tener un desempeño honesto y leal de la función o cargo y la preeminencia del interés general sobre el particular, para a continuación criticar esta posición ya que se debe rechazar toda clase de ideología y subjetivismo como fundamento para la defensa o protección de los intereses sociales más relevantes, “(...) el contenido del bien jurídico tutelado no puede quedar entregado a elaboraciones conceptuales vagas, meramente formales y subjetivas (...) y hasta cierto punto moralista como honestidad, lealtad, conducta intachable, etc.”¹⁷.

Continúa su crítica señalando que, a su entender, debe seguirse el criterio constitucionalista para determinar el bien jurídico, en cuya virtud los bienes jurídicos vinculantes sólo pueden derivar de los contenidos fundamentales plasmados en la Constitución. Así, teniendo presente el inciso 4º del artículo 1º de la Constitución Política de la República, concluye que lo protegido con esta clase de delitos es el correcto ejercicio de la “función pública” conforme a los fines del Estado de Derecho (función de prestación a los ciudadanos), es decir, la preservación de la función de la administración pública y, en general, de todos los Órganos del Estado conforme a los fines consagrados en la Constitución. De esta manera, el bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos es de naturaleza supraindividual o colectiva, no se trata sólo de proteger los intereses personales de los gobernados, aun cuando éstos también puedan verse afectados por alguno de estos delitos¹⁸.

RODRÍGUEZ y OSSANDÓN opinan que, si bien es cierto que la noción de *correcto desempeño de la función pública* permite explicar el sentido de protección de la totalidad de las figuras del Título V del Libro II del CP, no debe perderse de vista que éste es un bien

¹⁶ - ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* p 204.

¹⁷ - CONTRERAS, Luis, *Anotaciones sobre la Legislación... Op. Cit.* pp. 416-418.

¹⁸ - CONTRERAS, Luis, *Anotaciones sobre la Legislación... Op. Cit.* p 419.

jurídico de naturaleza institucional o supraindividual, que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, los que varían de un delito a otro. De ahí que es necesario precisar, frente a cada delito, los aspectos concretos que se pretenden tutelar, los que pueden ser: decisión del caso conforme a derecho, preservación de la imparcialidad, actuación conforme a garantías procedimentales, etc. Concluyen que al hablar de función pública se alude al 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. En particular, ello se concreta en los principios de *objetividad, imparcialidad y eficacia* que informan la actuación de las administraciones públicas”¹⁹.

En suma, podemos señalar que la doctrina actual considera que el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el Título V del Libro II del CP es el desempeño de la función pública, entendida como actividad del Estado desarrollada en beneficio de los ciudadanos.

4.- DELITOS FUNCIONARIOS: ¿INFRACCIÓN DE DEBER O DELITOS ESPECIALES?²⁰

Parte importante de la doctrina de España, Alemania e Italia, considera que los delitos contra la función pública se configurarían como delitos contra *el deber del cargo*. En nuestro país pareciera que nuestro Código Penal refleja la misma idea, por cuanto el núcleo principal de estas figuras se agrupa en el Título V del Libro II: “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”²¹.

En general, se entiende que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública, pero ETCHEBERRY agrega que se toma en particular consideración la infracción a un deber específico de lealtad, de corrección y de eficiencia que pesa sobre determinadas personas ligadas con la autoridad pública por un

¹⁹ .- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública... Op. Cit.* pp 100-101.

²⁰ .- Lo expuesto en este título se basa en lo señalado por RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública... Op. Cit.* pp 104-120.

²¹ .- El subrayado es nuestro.

vínculo especial, “(...) ya que a la ofensa del bien jurídico protegido se añade el quebrantamiento de un deber específico (...)”²². Así, por ejemplo, LABATUT al analizar el delito de malversación añade 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 en razón de su oficio (...)”²³; y casi todos los autores definen el delito de prevaricación como una infracción de deberes.

RODRÍGUEZ y OSSANDÓN señalan que ROXIN, partiendo de la idea de que el autor de un delito es la figura central del hecho, identifica dos categorías de delitos.

Por una parte, encontramos que en la mayoría de las figuras penales se describe precisamente el comportamiento típico, siendo en estos casos el autor quien domina el hecho, para lo cual se usa como punto de referencia la descripción que ofrece el tipo penal. Esta categoría se denomina *delitos de dominio*. Sin embargo, esta concepción del delito resulta insuficiente para enfrentarse a algunos tipos especiales, esto es, delitos en que se requiere una calidad especial en quien realiza la conducta, ya que en estos casos si quien tiene el dominio del hecho es un sujeto que no goza de la calidad especial exigida en el tipo penal (es un *extraneus*), en virtud del principio de legalidad no puede ser sancionado como autor del delito.

Para enfrentar este problema, junto a la categoría de los delitos de dominio, surgió otro grupo de delitos para cuya configuración no se atiende a la naturaleza externa del comportamiento, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial. Estos delitos son denominados por ROXIN *delitos de infracción de deber*, “(...) tipos penales en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía con anterioridad a la formulación del tipo”²⁴; en cambio, el resto de los delitos tiene como fundamento el deber general de respetar las normas.

²² - ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* p 204.

²³ - LABATUT, Gustavo, *Derecho penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo II, 7ª edición actualizada por el profesor Zenteno Vargas. pp. 72 y 78.

²⁴ - ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998. Traducido por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Citado por RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública... Op. Cit.* p 108.

Para ROXIN estos delitos no configuran un concepto diferente de autor, sino sólo consisten en una forma diversa de estructurar los tipos penales. En estos delitos el fundamento de su punición también es la lesión del bien jurídico, en tanto que el incumplimiento del deber especial fundamenta solamente la autoría. Una de las consecuencias que emanan de esta teoría dice relación con la determinación de las formas de participación: dado que sólo puede cumplir con lo descrito en el tipo, la persona sobre quién recae el deber y lo quebranta, debemos concluir que cualquiera sea su actuación, ella siempre cumplirá el tipo. Mientras los delitos de dominio surgen en los casos en que el autor quebranta un espacio que por imperativo del derecho debería haber dejado intacto, los delitos de infracción de deber se configuran como medio de protección de la capacidad de funcionamiento de sectores de la vida ya conformados jurídicamente.

JAKOBS²⁵, si bien recoge el núcleo esencial de lo dicho por ROXIN, llega a conclusiones bastante diversas. Expresa que el deber más general que corresponde a cada persona es el de no lesionar a los demás en sus bienes y que, si alguien, haciendo un uso arbitrario de su libertad causa un daño, se le puede atribuir responsabilidad penal por una organización defectuosa (estos ilícitos los denomina *delitos de organización*, que se corresponden con los denominados delitos de peligro de Roxin). En suma, estos delitos responden a la relación existente entre la libertad de organización, por una parte, y la responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice, por otra.

En cambio, los delitos de infracción de deber tienen como fundamento una lesión de los deberes de comportamiento solidario que se exigen a favor de un determinado bien jurídico, ya que lo que se busca garantizar es la propia existencia del bien jurídico, en general, o bien protegerlo contra determinados peligros. En estos delitos la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado, ya que se exige la existencia de una relación positiva entre el autor y el bien protegido. En consecuencia, la autoría se determina por la lesión del deber, en tanto que el dominio del hecho o el ámbito de organización son irrelevantes porque Jakobs, a diferencia de Roxin, entiende que la infracción del deber no es sólo

²⁵ .- JAKOBS, Gunter, *Derecho Penal, parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2ª edición. Citado por RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública... Op. Cit.* p 109.

una regla para determinar la autoría, sino sobre todo, el fundamento de la imputación jurídico-penal.

Al concebir los delitos funcionarios como delitos de infracción de deber, es el incumplimiento mismo el que daña o afecta el bien jurídico, entendido como la función que deben cumplir ciertos sujetos en la sociedad. No es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública²⁶.

En el otro extremo, tenemos la posición de quienes objetan la categoría de los delitos de infracción de deber por innecesaria, ya que estiman que los problemas de autoría y participación a los que ella se aplica pueden ser solucionados recurriendo a la distinción entre delitos comunes y especiales. Argumentan que esta última categoría obedece a un criterio formal donde lo determinante es la descripción típica de los elementos personales del autor, donde se restringe el círculo de posibles autores porque sólo ellos pueden dañar un bien determinado, o hacerlo de modo especialmente fácil o de manera prácticamente relevante. Es decir, los delitos especiales se diferencian de los delitos comunes por los requisitos formales que establece el legislador para su autor, mientras que los delitos de dominio y los de infracción de deber recogen una diferenciación material, reflejo de la propia realidad social²⁷.

En este apartado no abordaremos las consecuencias de adoptar una u otra alternativa, sino que las señalaremos al momento de estudiar cada uno de los delitos contra la función pública.

²⁶ .- En la práctica, esto significará que la configuración del ilícito no requerirá que se compruebe una efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública, administrativa o judicial.

²⁷ .- En este sentido, la interpretación de una figura como delito de dominio o de infracción de deber no estaría determinada por la forma de tipificación, sino que dependería de la institución, positiva o negativa, que le sirve de fundamento.

5.- PROBLEMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS

La mayoría de los delitos contra la función pública son concebidos como delitos especiales, esto es, delitos en los que se requiere que concurra una calidad especial en el sujeto que ejecuta la acción.

Lo anterior no genera problemas cuando estamos frente a un autor único, pero estos problemas surgen cuando a la conducta del sujeto activo que reúne los requisitos especiales del tipo (*intraneus*) agregamos la intervención de otra persona que no reúne estos requisitos especiales exigidos por el tipo (*extraneus*). La principal dificultad que surge es la de determinar el título de castigo por el cual se puede sancionar a cada uno y, luego de determinar este título, surgen otros problemas que dicen relación con los elementos del tipo que deben concurrir en la conducta del autor y del partícipe, el quantum de la pena a imponer a quien interviene en un delito especial sin que en él concurren las condiciones personales exigidas para el autor, etc.

Los problemas anteriormente señalados son tratados en doctrina bajo el título de comunicabilidad de elementos típicos, es decir, si el partícipe que no posee la calidad especial va a ser castigado conforme al mismo título que resulta aplicable al autor (en este caso se dice que la calidad *se comunica* al partícipe), o si, por el contrario, debe quedar impune o bien ser sancionado conforme a un título distinto (en este caso se habla de *incomunicabilidad*).

A continuación expondremos las diversas posiciones que sostienen los autores nacionales para dar respuesta al problema de la comunicabilidad.

5.A) POSICIÓN DE QUIENES ACEPTAN LA COMUNICABILIDAD DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS

El profesor NOVOA²⁸ es quien mejor ha desarrollado esta tesis, pudiendo sintetizar su pensamiento como sigue en los siguientes párrafos.

1.- Argumenta, en primer término, que un mismo hecho no puede ser calificado jurídicamente en forma distinta para las distintas personas que intervienen en su ejecución. El concurso de personas

²⁸ .- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II, 3ª edición. pp 210-218.

solamente existe si está centrado en un hecho punible único, hacia el cual convergen objetiva y subjetivamente las conductas individuales de los que concurren. “Es en ese hecho punible único donde se insertan, como ramas en un tronco, las actuaciones de los que intervienen conjuntamente”²⁹.

Para reafirmar este argumento, examina los artículos 14 a 17 del CP, que regulan el concurso de personas, concluyendo que la legislación chilena también lo cimenta en la unidad del hecho punible, ya que todas estas normas hacen referencia a un “hecho”.

2.- Además de la unidad del hecho, señala que hay otras razones que justifican la comunicabilidad de los elementos del tipo. Una de estas razones mira a la naturaleza y fin de la ley penal, que es la protección de bienes jurídicos de gran valía social, y el hecho de que el legislador sistematiza los diversos tipos penales considerando los diversos bienes jurídicos cuya protección pretende.

Sostiene que aunque la ley penal haya restringido algunos tipos a la conducta de cierta clase de personas, sea explícita o implícitamente, lo que ella busca es que el hecho típico no se realice, ni por el cualificado a solas ni por éste con colaboración o ayuda de un no cualificado.

Como los tipos penales están redactados siempre en relación con la conducta del ejecutor material y directo, la descripción legal no ha necesitado hacer referencia sino a éste, que será el cualificado. Pero si el cualificado lleva a efecto el hecho típico con la colaboración o ayuda de un no cualificado, el finalismo de la ley penal y su propósito de dar la más efectiva y eficaz protección a los bienes jurídicos de más valor, exigen que las sanciones penales se hagan efectivas sobre ambos.

Ofrece como ejemplo el antiguo delito de violación (en el que el verbo rector era “yacer”), el cual solamente un varón puede cometer, aunque la ley no lo exprese, pues ello va implícito en el tipo. Puede suceder que un varón obtenga la colaboración de una mujer para llevar a cabo la acción típica, y que se distribuyan las actuaciones de tal forma que mientras la mujer inmoviliza a la víctima, él cumpla la relación carnal. ¿Puede alguien sostener que la mujer colaboradora,

²⁹ .- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno ... Op. Cit.* p 207.

coautora en el delito conforme al artículo 15 N° 1 del CP, no puede ser sancionada por no darse en ella la calidad típica de la varonía?³⁰

3.- Tratándose de los delitos contemplados en el Título V del Libro II del CP, en concepto del autor, también sería posible aplicarles lo señalado en el punto anterior. En este caso sería más fácil advertir, por su ubicación sistemática en la Parte Especial, que el legislador busca dar protección a un bien jurídico de singular importancia, que es la Administración Pública y su recto funcionamiento, susceptible de ser ofendido en primer término por quienes integran esa administración, pero también por quienes sin pertenecer a ella, cooperen con los ofensores principales.

4.- Por último, el profesor NOVOA considera que la parte final de la regla 4ª del artículo 61 del CP puede ser esgrimida como un fuerte argumento a favor de la comunicabilidad a los copartícipes de las cualidades o condiciones especiales previstas legalmente para el sujeto activo. Ésta prescribe, que cuando se señalan al delito penas copulativas comprendidas en distintas escalas, se aplicarán unas y otras a todos los responsables, pero cuando una de dichas penas se impone al autor del crimen o simple delito *por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás*, no se hará extensiva a éstos.

Un ejemplo de lo anterior, sería el del empleado público sancionado con penas de reclusión y suspensión del empleo, copulativamente. Si un particular obra como inductor del empleado público, le corresponde, en conformidad con el artículo 61 del CP, solamente la pena de reclusión, porque la pena de suspensión está señalada para el empleado público por circunstancias peculiares a él que no concurren en el simple particular.

“En el precepto señalado, el legislador acepta expresamente que, tratándose de un tipo delictivo que contempla circunstancias particulares al autor que solamente se presentan en él y que no con-

³⁰ .- Cury refuta este argumento señalando que si bien, de acuerdo con el antiguo texto del artículo 361 CP, todos estaban de acuerdo en que “yacer” con la mujer sólo podía hacerlo un hombre, también estaban de acuerdo en que una mujer podía ser condenada como coautora del delito, pero ello se debía a que el bien jurídico protegido por el delito de violación era la libertad sexual de la ofendida, y este era un interés que existía *erga omnes*, de manera que la imposibilidad de una mujer para ejecutar el hecho punible sólo derivaba de una realidad fisiológica, pero no de que no pudiera quebrantar el bien jurídico. Esto es más notorio cuanto esta misma mujer sí estaba habilitada para consumir sobre otra el tipo de los abusos deshonestos del antiguo artículo 366 CP, que miraba a la protección del mismo bien jurídico, pero no requería de una cópula carnal, para ella irrealizable. CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p 645.

curren en los demás partícipes, se sancione el hecho punible respecto de todos los partícipes, conforme al texto legal dado para la actuación del autor. La única modificación que el artículo 61 regla 4ª introduce en tal situación, es que *las penas que se impongan en razón de las circunstancias particulares*, se contraigan solamente al autor en el cual éstas concurren”³¹.

No obstante todo lo anterior, NOVOA acepta dos requisitos que deben concurrir para efectos de que proceda la comunicabilidad:

El individuo que posee la calidad, función o condición exigida por el tipo especial debe ser ejecutor material y directo de la conducta descrita o, al menos, ser uno de los ejecutores materiales y directos. Esto, porque la conducta del autor propiamente tal (ejecutor del hecho típico) es la que caracteriza típicamente el hecho único resultado de intervención conjunta, de manera que si el *intraneus* no es el ejecutor directo, sino instigador, auxiliador o cómplice, la solución podrá ser diferente³².

La comunicabilidad exige que el no cualificado tenga conocimiento de que concurre en el autor principal la calidad, función o condición que va a tipificar el hecho. Este requisito, justifica el autor, fluye de dos fuentes: (1) la culpabilidad que es necesaria en el partícipe, la que supone un claro conocimiento de los hechos y elementos que integran el tipo conforme al cual se pretende la responsabilización; y (2) el principio que fluye del artículo 64 del CP, que si bien no es aplicable al caso, exterioriza el criterio legislativo en materia semejante, cuando se trata de circunstancias que no están en el mismo imputado.

Así, cuando el *extraneus* desconozca la condición especial que hace punible el hecho en el que participa, no podrá ser responsabilizado por falta de culpabilidad. Pero si su propio hecho, mirado aisladamente, fuera constitutivo de delito aún sin considerar la condición especial que ignora, podría ser sancionado en forma independiente, conforme a las reglas generales, pues su desconocimiento de un elemento típico del hecho que realiza el *intraneus* destruye la convergencia subjetiva de las acciones y permitiría romper la unidad del hecho (por lo tanto,

³¹ .- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno...* Op. Cit. p 213.

³² .- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno...* Op. Cit. pp 214-215.

no hay concurso de personas sino pluralidad de hechos y de personas, lo que admitiría consideración jurídica independiente)³³.

En la jurisprudencia, la Corte Suprema se ha manifestado en favor de la comunicabilidad de la calidad de funcionario público al señalar que “a criterio de esta Corte Suprema, la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el de fraude al fisco, castigado en el artículo 239 del Código punitivo, se comunica a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. Así, por lo demás, lo ha resuelto este Tribunal Superior en sentencia Rol N° 5419-03 de fecha dieciséis de octubre de 2006 (...) clave en esta reflexión resulta ser la determinación de si el tipo delictivo conserva o no su carácter de tal en el supuesto de eliminarse hipotéticamente la circunstancia personal de ser empleado público uno de los copartícipes, evento en el cual deberá concluirse que aquélla integra el correspondiente tipo y, por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella (...)”³⁴.

5.B) POSICIÓN DE QUIENES ACEPTAN LA COMUNICABILIDAD DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE MANERA LIMITADA

Este grupo de autores parte haciendo la distinción entre delitos especiales propios e impropios. Son *delitos especiales propios* aquellos en que la calidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando esta calidad el hecho sería atípico; y son *delitos especiales impropios*, aquellos en que la calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, existiendo una correspondencia fáctica con un delito común que, en las mismas circunstancias, puede ser cometido por cualquier persona³⁵.

ETCHEBERRY señala que en los delitos en los cuales la calidad de empleado público es inseparable, pues sin ella la conducta deja de ser delictiva, no es posible concebir la concurrencia de un *extraneus* como coautor material del delito, y sólo puede pensarse en

³³ .- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno... Op. Cit.* pp 217-218.

³⁴ .- *Corte Suprema, Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros*. N° Legal Publishing: 38917.

³⁵ .- POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno... Op. Cit.* p 489.

él como inductor, cooperador (coautor o cómplice) o encubridor. En estos casos no es posible aplicar la regla del artículo 64 del CP, pues la calidad de empleado público no es una circunstancia agravante incorporada al tipo y, en consecuencia, los extraños instigadores, cooperadores o encubridores lo serán del delito funcionario y no de otro.

Por el contrario, en los delitos en que el carácter de empleado público no es lo que determina la antijuridicidad, sino que es solamente una circunstancia agravante que le da particular relieve a la conducta realizada, sí es aplicable el artículo 64 del CP, en el sentido de que la calidad personal es incommunicable. En consecuencia, el *extraneus* no puede ser considerado copartícipe del mismo **delito**, sino de los mismos **hechos**, que, con respecto a él, deben ser jurídicamente calificados con prescindencia de la circunstancia agravante de la calidad funcionaria, que no le es comunicable por ser personal³⁶.

En un sentido similar se pronuncia LABATUT, quien señala que en los delitos especiales propios se identifican el tipo y la condición personal, y no se concibe que puedan ser cometidos por quien no inviste la calidad requerida, pero que se comunica a los participantes que están en conocimiento de ella como lógica consecuencia de la unidad del delito en el concurso de delincuentes y de la accesoriedad de la participación criminal. En cambio, en los delitos especiales impropios el requisito personal no se comunica, porque la culpabilidad es individual y a los participantes será imputable el delito-tipo (delito base), hecha abstracción de la calidad o condición especial³⁷.

POLITOFF-MATUS-RAMÍREZ, de manera muy escueta, señalan que “en los casos de *delitos especiales propios*, la antijuridicidad de la conducta se basa en la infracción del deber respectivo, la que aparece así como una circunstancia objetiva, cuyo conocimiento es suficiente para la imputación del delito a todos los copartícipes. En cambio, en los *delitos especiales impropios*, la calidad del funcionario, que sirve para atenuar o agravar la pena del delito común que se encuentra en la base de la antijuridicidad material del hecho, sólo es un elemento adicional, una circunstancia personal que, como tal, sólo agrava o atenúa la pena en quienes concurren, en los términos del artículo 64”³⁸.

³⁶ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* p 208.

³⁷ .- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. Tomo I, novena edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. pp 194-196.

³⁸ .- POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno... Op. Cit.* p 489.

CURY³⁹ expresa que su criterio se aproxima al de ETCHEBERRY, pero con algunas variantes tanto en la fundamentación como en los resultados. Señala que en los *delitos calificados impropios* la conducta de los partícipes *extraneus* es accesoria al hecho que funda básicamente al injusto y, por consiguiente, las cualidades personales son determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico y no se comunican. En cambio, en los *delitos calificados propios* (y en todos los de infracción de un deber), el comportamiento de los *extraneus* es accesorio del único hecho fundante del injusto derivado del quebrantamiento del deber extrapenal, pero como, a causa de que no son obligados, ellos no pueden vulnerar dicho deber, su posición será siempre sólo la de meros partícipes, nunca la de coautores.

Fundamenta su posición señalando que dogmáticamente el punto de partida se encuentra en el inciso 1º del artículo 64 del CP, el cual se referiría tanto a las atenuantes y agravantes propiamente tales como a las privilegiantes y calificantes. En consecuencia, afirma que la disposición surte efectos tanto para los tipos calificados impropios como para los propios. Además, este artículo se refiere a circunstancias que agravan o atenúan la pena, las cuales no concurren en los delitos de infracción de un deber, pues en ellos las cualidades personales del autor no determinan agravaciones o atenuaciones de la punibilidad, sino fundamentos de la misma.

RODRÍGUEZ y OSSANDÓN señalan que “(...) pese al mérito de esta solución, que impide la impunidad de la intervención de la persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo en los delitos especiales propios, no puede obviarse lo insatisfactorio de la solución desde un punto de vista valorativo. Porque ella significa que se va a imponer al *extraneus* la misma pena que al *intraneus*, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que fundamentan el ilícito en cuestión y, en particular, a pesar de que en su caso no existe una infracción del deber específico del autor. Ade-

³⁹.- CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. pp 646-648. Debe hacerse notar, que hasta la edición anterior de su libro, este autor se manifestaba a favor de la comunicabilidad de los elementos del tipo de carácter personal basándose en que si el Código Penal establece la imposibilidad de comunicar una circunstancia modificatoria, cuyo efecto incide sólo en el quantum de la pena, con mayor razón habría de entenderse que no puede comunicarse un elemento del tipo cuyo efecto se proyecta sobre la existencia misma de la pena. Este punto de vista lo basaba en el principio de que cada concurrente debe ser castigado según la naturaleza del injusto en que incurre, el cual no puede materializar circunstancias personales que no se presentan en el sujeto.

más, esto implica un tratamiento desigual del partícipe no cualificado, según se esté ante un delito especial propio o impropio. En el primer caso, como decíamos, se le sanciona con el mismo rigor que al *intra-neus*, mientras que en el segundo su responsabilidad resulta atenuada, porque la pena se fija de conformidad con un delito común de menor severidad. En otras palabras, se atenúa la responsabilidad penal cuando la calidad especial sólo *modifica* la gravedad del hecho, mientras que ello no ocurre cuando la *fundamenta*⁴⁰. Concluyen que, como nuestro ordenamiento no ofrece una solución directa ni admite la aplicación de una atenuante analógica, en el caso de los delitos especiales propios sólo queda optar entre la impunidad de la intervención del partícipe, o castigarlo con la misma severidad con que se sanciona al autor en quien concurre la calidad personal que fundamenta el injusto penal, aun cuando ello suponga un tratamiento desigual en relación con el que se le da al *extraneus* en un delito especial impropio.

Por último, nos queda señalar la posición del profesor GARRIDO MONTT. Este autor señala que el punto de partida es tener muy claro que la coautoría tiene lugar únicamente en el caso de las acciones de sujeto múltiple o plural, cuya naturaleza es diferente a la acción del sujeto singular. “Esta última es la resultante de una sola voluntad, intertanto que la otra es la concreción de una voluntad colectiva, que da origen a un propósito común a todos los sujetos de esa acción, los que han determinado hacerlo realidad en conjunto distribuyéndose el trabajo”⁴¹. En la coautoría -argumenta-, hay una sola acción que ha sido realizada en conjunto por varias personas, con una finalidad común a todas, por lo tanto, no puede parcelarse su calificación entre los diversos coautores conforme a su hacer material o circunstancias personales. Así, “para establecer la responsabilidad de sujetos idóneos que actúan en coautoría con sujetos inidóneos, deben descartarse los criterios de accesoriedad y la norma establecida en el art. 64. Ha de tenerse en cuenta la esencia de la acción de sujeto múltiple, en particular su plano subjetivo, el propósito común que dirige la actividad de los correalizadores; ese propósito indicará si lo perseguido por ellos es perpetrar el tipo especial o el tipo básico, y determinado esto, todos responden por ese hecho único, porque no se trata de un

⁴⁰.- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública... Op. Cit.* pp 129-130.

⁴¹.- GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984. p 386.

hecho propio ni de un *hecho ajeno*, sino de un *hecho común* a todos y para todos. Por consiguiente, los coautores, siendo algunos idóneos y otros inidóneos que llevan a cabo un delito especial -sea propio o impropio-, responderán todos como coautores del delito especial, y viceversa”.⁴²

En suma, podemos señalar que para GARRIDO MONTT es la finalidad de la acción común la que determina el tipo de delito cometido. Así, si esa finalidad consistía en que se infringiera el deber del funcionario, todos responderán del delito especial; en cambio, si el objetivo no era el de atentar contra esos bienes, aunque intervenga un *intraneus*, todos los coautores responderán del delito base.

5.C) POSICIÓN DE QUIENES NO ACEPTAN LA COMUNICABILIDAD DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS

Esta posición es minoritaria y actualmente casi nadie la sostiene. Exponentes de este pensamiento eran los profesores BUNSTER y CURY, pero este último, en la última edición de su libro, ha abandonado expresamente esta postura.

BUNSTER⁴³, al tratar el delito de malversación de fondos públicos, señala que este es un delito especial o propio (“delitos de posición”, como los denomina la doctrina alemana), de lo cual se derivarían diversas consecuencias tanto teóricas como prácticas.

Señala que en estos delitos la calidad de funcionario público que corresponde al sujeto activo es un elemento del tipo y, por consiguiente, sólo puede hacerse reo de malversación quien posee esa calidad. “No es dable responsabilizar de malversación de fondos sino a los funcionarios públicos”⁴⁴.

Comienza analizando las formas de malversación que no constituyen verdaderos delitos de posición (delitos especiales impropios en la terminología que nosotros hemos usado), en los cuales un extraño puede tener una participación directa en el mismo grado que la que cabe al empleado público. Afirma que no se puede señalar que el *extraneus* es coautor del delito de malversación porque “(...) no reúne en su persona uno de los elementos del tipo, la calidad de em-

⁴² .- GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito...* Op. Cit. p 389.

⁴³ .- BUNSTER, Álvaro, *La Malversación de Caudales Públicos, Estudio de Doctrina y Jurisprudencia*, Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1948.

⁴⁴ .- BUNSTER, Álvaro, *La Malversación de Caudales Públicos...* Op. Cit. p 32.

pleado público que custodia caudales. Por lo tanto, a pesar de que materialmente es coautor del hecho cometido, debe ser castigado como responsable de un delito contra la propiedad”⁴⁵.

Tratándose de los delitos de posición (delitos especiales propios), expresa que la solución no aparece tan clara ya que materialmente no puede haber participación a un *extraneus* en la comisión de estos delitos, pero sí puede concurrir como autor intelectual. Señala que en la sustracción de fondos públicos al *extraneus* se le tenía como autor intelectual de un delito contra la propiedad, subsumiendo la acción en otros tipos penales; pero en el caso de los delitos de posición no se puede realizar esta subsunción, debiendo quedar impune, por lo tanto, el *extraneus*⁴⁶.

6.- LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Nuestro Código Penal, en el Párrafo 5 del Título V del Libro II, en los artículos 233 al 238, tipifica bajo la denominación de “Malversación de caudales públicos” una serie de delitos que revisten formas sumamente diversas, lo que genera importantes problemas al momento de tratar de exponerlas sistemáticamente ya que teóricamente es casi imposible fijar un concepto unitario del delito.

Ya dijimos anteriormente que el bien jurídico protegido en los delitos funcionarios es la administración pública entendida en su sentido funcional, es decir, lo que se protege es el correcto funcionamiento de los órganos e instituciones del Estado que se encuentran al servicio de los ciudadanos (se comprende en el concepto de administración pública a las instituciones que conforman los tres poderes del Estado). Pues bien, la primera dificultad que se nos presenta al acometer el estudio de estos delitos es determinar cuál bien jurídico es el que se trata de proteger mediante estas figuras.

Las posiciones de la doctrina chilena en torno al bien jurídico protegido son diversas, pudiendo mencionar la posición de LABATUT, quien señala que “(...) en general 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 cauda-

⁴⁵ .- BUNSTER, Álvaro, *La Malversación de Caudales Públicos...* Op. Cit. p 34.

⁴⁶ .- BUNSTER, Álvaro, *La Malversación de Caudales Públicos...* Op. Cit. p 35.

les o efectos que le están confiados por razón de su oficio (...)”⁴⁷; POLITOFF-MATUS-RAMÍREZ señalan que el bien jurídico protegido es la probidad administrativa, aunque también parece serlo el interés fiscal atendido que las penas se gradúan según el monto del peculado⁴⁸; BUNSTER sostiene que los delitos que atentan contra la administración pueden también dirigirse contra los distintos valores jurídicos que ella engloba y que la ley penal ha situado bajo su tutela, dirigiéndose los delitos de malversación, de manera precisa, en contra de los intereses patrimoniales del Estado⁴⁹; RUIZ señala que si bien se mencionan como bienes jurídicos protegidos por estos artículos tanto el funcionamiento regular de la administración del Estado, como la probidad administrativa y el patrimonio fiscal, generalmente los tres confluyen en esa misma dirección⁵⁰; por último, nos cabe señalar la posición de RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, quienes indican que si bien la doctrina chilena mayoritaria entiende que lo protegido es la probidad administrativa, las conductas tipificadas ostentan también un carácter patrimonial evidente y en algunos casos representan una lesión o atentado contra la propiedad o intereses del Fisco, a tal punto que en el artículo 233 las penas se gradúan según el monto de lo sustraído. Señalan que “en la actualidad es ampliamente mayoritaria la posición que plantea como objeto de tutela de este delito la afectación a la Administración Pública en su aspecto funcional, materializado en la correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, objetivo que presupone el cumplimiento de los especiales deberes que el ordenamiento jurídico impone a determinados funcionarios”⁵¹.

Un segundo punto que debemos clarificar antes de entrar al estudio particularizado de cada una de las figuras de malversación, es el que dice relación con el objeto material del delito, es decir, qué debemos entender comprendido dentro de la expresión *caudales o efectos*. La doctrina está conteste en que dentro del concepto *caudales* se han de entender los bienes de cualquier especie que representen

⁴⁷ .- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal, Tomo II... Op. Cit.* p 86.

⁴⁸ .- POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno... Op. Cit.* p 492.

⁴⁹ .- BUNSTER, Álvaro, *La Malversación... Op. Cit.* pp 10-11.

⁵⁰ .- RUIZ PULIDO, Guillermo, *Ensayo acerca de la Malversación de Caudales Públicos y Distracción de los mismos*. En: *Revista de Derecho*, 16, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 2006.

⁵¹ .- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública... Op. Cit.* p 388.

algún valor y principalmente el dinero, sin embargo la jurisprudencia restringe este término esencialmente al dinero, y así ha resuelto que la sustracción de diversas especies como resmas de papel, cintas de máquinas de escribir, etc., debe ser castigada como hurto simple⁵²; o que el hecho de utilizar un juez un automóvil de la Policía de Investigaciones y vales de bencina de la misma institución para fines particulares no constituye el delito de malversación ya que un automóvil no puede ser calificado en la expresión caudal⁵³. Por *efectos*, se entienden todos los documentos que son susceptibles de estimación pecuniaria y que signifiquen un valor negociable, sean nominativos, endosables o al portador, excluyéndose únicamente los bienes inmuebles.

A continuación, daremos paso al estudio de cada una de las figuras de malversación de caudales públicos.

6.1.- MALVERSACIÓN PROPIA O PECULADO (ART. 233 CP)

El artículo 233 del CP sanciona al funcionario 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.

De todas las figuras de malversación ésta es la más grave, ya que contiene una mayor connotación patrimonial al sancionar una sustracción definitiva (sin devolución) de caudales o efectos, y también porque a esta sustracción se suma una mayor gravedad en la infracción de los deberes de fidelidad del funcionario.

a) *Conducta típica.*

La conducta que constituye la esencia de este delito consiste en *sustraer o consentir en que otro sustraiga*.

El acto de sustraer consiste en una acción material de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia fiscal, al poder o tenencia del autor del delito (el tipo no requiere ánimo de lucro). La sustracción también puede consistir en quedarse con los caudales o efectos antes de que ellos se incorporen materialmente en arcas

⁵².- Corte de Apelaciones de Santiago, *Hernández Catalán, Hugo y otros*, N° Legal Publishing: 20543.

⁵³.- Corte de Apelaciones de Rancagua, *Ministerio Público y Consejo de Defensa del Estado con Manuel Alejandro Ormeño Aqueveque y Jacqueline de las Nieves Rencoret Méndez*. N° Legal Publishing: 35807.

fiscales; en este caso la conducta consiste en no ingresar los fondos percibidos.

Como en estos casos los fondos sustraídos ya se encuentran dentro de la esfera de custodia del hechor (al igual que en el delito de apropiación indebida), éste no necesita extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona. Así, para determinar si ha existido sustracción debemos distinguir entre la esfera de custodia del empleado como funcionario público y como persona privada, debiendo considerarse la primera a efectos de establecer la eventual configuración del delito. ETCHEBERRY sostiene que para distinguir entre una y otra esfera debemos suponer mentalmente que un día el funcionario es reemplazado por otra persona y, si esta última sigue teniendo la custodia de los fondos, ello quiere decir que éstos aún no han sido sustraídos⁵⁴.

Parte de la doctrina señala que en este delito, en contraposición con lo dispuesto en el artículo 235, se debe tratar de una sustracción permanente, sin devolución. Para estos efectos distinguen la naturaleza de los caudales o efectos y la forma en que éstos fueron entregados al funcionario. Así, si se han entregado en *administración efectos públicos*, lo decisivo es el ánimo con que se toman y usan para finalidades propias del funcionario, operando el reintegro posterior como una presunción de que el funcionario ha tomado los *efectos* únicamente para usarlos indebidamente, no como señor y dueño, siendo punible el hecho con independencia del momento del reintegro; si se trata de *caudales* entregados *exclusivamente en administración*, comete la sustracción desde que retira para sí una cantidad careciendo de título o finalidad pública que justifique el retiro, pero si reintegra oportunamente dichos caudales, el hecho debe ser sancionado conforme al artículo 235 y no conforme al artículo 233; por último, tratándose de la entrega de *bienes fungibles* al *funcionario en cuanto tal* y no como simple administrador de un patrimonio ajeno, la entrega produce el efecto de transferir al funcionario la *propiedad* de lo entregado (por ejemplo los fondos por rendir) y para que se configure la sustracción es necesario que el funcionario, requerido en la rendición de cuenta, no tenga en ese momento los caudales que pudiesen faltar en ella, es decir, que no se produzca el reintegro⁵⁵.

⁵⁴ - ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* p 239.

⁵⁵ - POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno... Op. Cit.* pp 493-496.

La conducta consistente en *consentir que otro los sustraiga* tiene por objeto evitar que la conducta del funcionario sea juzgada conforme al régimen general de autoría y participación, ya que podría resultar privilegiado en caso de ser castigado por su intervención en el delito común ejecutado por el particular. Esta hipótesis se refiere a los casos en que el funcionario no evita la apropiación por un tercero de aquellos caudales o efectos sobre los que tiene una obligación de custodia.

b) *Objeto material.*

El objeto sobre el que recae la conducta consiste en caudales o efectos, entendidos en el sentido que explicamos más arriba. La jurisprudencia ha intentado restringir estos objetos considerando ambas expresiones como sinónimas y referidas únicamente al dinero y documentos representativos del mismo o documentos de crédito.

Además, estos caudales o efectos deben ser *públicos*, es decir, pertenecientes al Fisco. ETCHEBERRY considera que la calidad de públicos de estos caudales o efectos no debe entenderse en el sentido restringido de pertenencia al Estado o Fisco, sino que debe relacionarse, para todos los efectos penales, con el concepto de empleado público del artículo 260 del CP, concluyendo que si el cargo o función en alguna de las instituciones mencionadas en el artículo 260 es suficiente para conferir la calidad de empleado público, los fondos de dichas instituciones deben ser considerados fondos públicos para los efectos del Título V, del Libro II del CP⁵⁶. Debemos agregar que no sólo se consideran públicos los fondos que han ingresado efectivamente en arcas públicas, sino también los fondos que han sido percibidos por el funcionario legitimado para tal efecto suponiéndose integrados en el patrimonio público desde el momento en que el funcionario se hace cargo de ellos.

El artículo 233 del CP también equipara a los públicos los fondos de privados que estén legalmente bajo la custodia del funcionario, usando para estos efectos la expresión “o de particulares en depósito, consignación o secuestro”. Estas expresiones no deben entenderse en el sentido técnico que les da la ley civil, de modo que no es requisito el haber firmado previamente, de manera formal, un contrato de depósito, consignación o secuestro; sino más bien deben entenderse en el sentido natural y obvio de que los fondos o caudales de los particula-

⁵⁶ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* p 237.

res deben encontrarse en poder del funcionario en virtud de un título de custodia, del cual nace un deber funcionario de resguardo⁵⁷.

c) *La relación de custodia.*

El artículo 233 del CP señala que los caudales o efectos, sean públicos o de particulares, deben encontrarse *a cargo* del funcionario público. Lo anterior significa que estos objetos deben estar vinculados al funcionario por una especial relación de custodia, la que a su vez deriva de su función pública.

En efecto, esta especial relación de custodia se deriva del hecho de ser la malversación de caudales públicos un delito especial propio, el cual sólo puede ser cometido por un empleado público. Esta exigencia descansa en la confianza que ha depositado el Estado en el funcionario, la que pasa a ser en cierto modo una confianza pública. El funcionario comete malversación cuando sustrae los fondos públicos o de particulares, que tiene a su cargo en razón de sus funciones, ya que los dineros o caudales los detenta exclusivamente por la función que desempeña. ETCHEBERRY considera que la expresión “teniendo a su cargo” es equivalente a la expresión “abusando de su oficio”⁵⁸.

La doctrina nacional estima que esta relación de custodia debe ser determinada por las normas del Derecho Público, y específicamente por las normas del Derecho Administrativo, ya que este deber debe emanar de la ley o de un reglamento. Por lo tanto, excluyen del delito la sustracción de bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente. POLITOFF-MATUS-RAMÍREZ señalan que, por excepción, el artículo 238 CP extiende la sanción a cualquiera, funcionario público o particular, que “por cualquier concepto” se halle “encargado” de fondos municipales o pertenecientes a una institución pública de instrucción o beneficencia. “En este caso, la relación del empleado o del particular no debe provenir exclusivamente del reglamento o la ley, y

⁵⁷ .- Labatut señala que como es frecuente que por ley o reglamentos se retengan dinero u objetos pertenecientes a particulares y es justo concederles la misma protección que a los fondos públicos ya que en estos casos se trata de una confianza necesaria. Si la entrega se hace voluntariamente al funcionario, su sustracción no queda incluida dentro del artículo 233 CP. LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, Tomo II... Op. Cit. p 87.

Sobre la historia de la expresión “depósito, consignación o secuestro” puede verse, por todos, BUNSTER, Álvaro, *La Malversación...* Op. Cit. pp 46-52.

⁵⁸ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal...* Op. Cit. p 238.

puede fundarse en una orden administrativa dada por el funcionario competente”⁵⁹.

La jurisprudencia, por el contrario, no exige esta vinculación ya que considera que éste es un requisito doctrinal que no emana del texto legal. Esta norma sólo haría referencia al funcionario que tiene “fondos a su cargo”, es decir, que estén a su cuidado, disposición o responsabilidad. Ni el artículo 233 ni ningún otro precepto exigen que el funcionario tenga las especies o valores en virtud de una ley o reglamento⁶⁰.

d) *Tipicidad subjetiva.*

La conducta debe ser ejecutada con dolo directo, incluso cuando se trata de la hipótesis de consentir en que otro sustraiga los fondos, pues lo que aquí se sanciona es la omisión en que incurre aquel que, teniendo conocimiento de que se verifica una sustracción, no hace nada por impedirla. Este último supuesto no basta que se ejecute con negligencia, puesto que quedaría comprendido en el artículo 234 CP.

6.2.- MALVERSACIÓN CULPOSA (ART. 234 CP)

El artículo 234 del CP sanciona 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 de que se trata en los tres números del art. 233, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos.

⁵⁹ .- POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno...* Op. Cit. p 493.

⁶⁰ .- Jurisprudencia citada por RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. p 394. Debemos hacer presente que la jurisprudencia que nosotros hemos encontrado, si bien no exige que los caudales o efectos se encuentren bajo custodia del funcionario en virtud de una ley o reglamento, si se preocupa de que exista al menos algún título del cual emane esta responsabilidad, el cual no debe ser necesariamente legal o reglamentario. Así, la Corte Suprema falló con fecha 25.07.1989 que no comete el delito de malversación la funcionaria que por obra de las circunstancias debió asumir las funciones de Jefa de Finanzas del Departamento de Educación Municipal (en circunstancias que había sido contratada como Coordinadora Municipal de Educación), ante la carencia de personal específico para realizar dicha función, pues no se ha establecido en autos que la rea haya tenido propiamente la calidad de empleada pública *con caudales o efectos a su cargo* (Nº Legal Publishing: 10784). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 14.11.08, en causa Rol 6520-2006, al señalar que no comete malversación la oficial segundo de un tribunal que sustrae dineros provenientes de las multas de la ley Nº 17.105, pues sólo corresponde a los secretarios del juzgado tener a su cargo los fondos públicos provenientes de las multas de la ley de alcoholes (Nº Legal Publishing: 41279).

La sanción consiste en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados.

Se señala que esta figura consiste en un caso de malversación negligente en relación con la modalidad dolosa sancionada en el artículo 233, pero tendría una naturaleza *sui generis* ya que sanciona una conducta negligente, cualquiera que sea, que está en relación de causalidad con la sustracción que un tercero efectúa de los caudales o fondos. Lo que se sanciona es una falta al deber de resguardo del funcionario, más que el aprovechamiento del funcionario de su posición de garante de los bienes.

Esta figura puede ser relacionada, en términos estructurales, con la modalidad de malversación consistente en la sustracción de un tercero de caudales o efectos públicos o de particulares que se encuentran en depósito, consignación o secuestro, a cargo del funcionario. Como las exigencias en torno al sujeto activo, objeto material y resultado son idénticas a las del art. 233, nos remitimos a lo señalado al estudiar esta disposición.

En cuanto a la penalidad, si bien en el art. 233 se atiende al monto de lo sustraído para establecer una diversa penalidad, aquí se castiga con una pena única de suspensión en cualquiera de sus grados para todos los casos, lo que revelaría una similar gravedad de la conducta.

Al tratarse de un delito culposo, no se ha descrito una conducta determinada, sino que se hace referencia a un resultado que se produce por la infracción de un deber de cuidado del funcionario. La existencia de este deber de cuidado fundamenta, al igual que en el caso del art. 233, que los objetos deben estar vinculados al funcionario por una especial relación de custodia, derivada de su función pública. En este caso la infracción al deber de cuidado se manifiesta en la expresión “dar ocasión a”, la cual es completamente abierta y debe ser especificada caso a caso.

El eventual reintegro de los fondos no cumple ningún rol en la configuración del delito y el autor queda siempre obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.

Lo sancionado es la conducta del funcionario que no impide la sustracción por un tercero, porque obra con abandono, con negligencia. Ahora bien, este abandono o negligencia debe ser *inexcusable*, es decir, de tal gravedad que pueda ser equiparable al dolo por no admitir disculpa ni justificación. La Iltma. Corte de Apelaciones de Santia-

go, con fecha 18 de octubre de 2004 en la causa Rol 28.664-2004, ha declarado que la culpa inexcusable se refiere a “una especie de culpabilidad en la ejecución de los hechos que atendidas sus circunstancias deban ser fuertemente censurados, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico la culpa llega a ser elemento típico en infracciones penales no ligadas a la integridad física y la vida de las personas sólo muy excepcionalmente, en razón que esta clase de culpabilidad universalmente se la acepta fundamentalmente para cautelar esos bienes jurídicos”.

La conducta del tercero será constitutiva del correspondiente delito contra la propiedad.

6.3.- MALVERSACIÓN POR DISTRACCIÓN (ART. 235 CP)

El artículo 235 del CP dispone:

“El empleado público 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 substraído.

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad substraída sin perjuicio del reintegro”.

Este artículo ha originado múltiples problemas teóricos y prácticos, fundamentalmente al relacionarlo con la figura del art. 233, ya que por su deficiente redacción ha dado pie a diversas posturas interpretativas.

Una primera postura, sustentada por BUNSTER y LABATUT, señala que la diferencia entre las figuras del art. 233 y 235 radica en el elemento subjetivo, esto es, en la intención de reintegrar o de usar sólo temporalmente los fondos ya que en el art. 235 se habla de una *aplicación*, a diferencia del art. 233 en que se habla de una *sustracción*. En este sentido ambas figuras serían objetivamente idénticas, porque existiría una disposición indebida de fondos, pero serían subjetivamente distintas. La verificación del reintegro sólo tendría con-

secuencias para efectos de la penalidad aplicable, pero no cambiaría el tipo de delito.

La segunda interpretación considera que el elemento característico del art. 235 es el reintegro. Se sustenta en que esta figura ha sido construida de un modo objetivo, sin referencia expresa ni tácita al ánimo de reintegro. Hace presente esta postura, que el inciso 1° del art. 235 habla de “aplicar” a usos propios o ajenos para luego, dentro del mismo inciso, sancionar con una multa en proporción a la cantidad que se hubiere “sustraído”, de lo cual se desprende que la aplicación supone necesariamente una sustracción pero no son expresiones sinónimas. La diferencia entre ambas expresiones sería puesta de manifiesto por el inciso 2° del art. 235, donde se expresa que “no verificándose el reintegro” las penas serán las del art. 233, siendo esta última expresión un elemento objetivo de la figura, del cual se colegiría que el reintegro se encuentra implícito en la expresión aplicar, que así se diferenciaría de sustraer. “Aplicar”, por consiguiente, “sería sustraer y luego reintegrar”. Un aspecto que cabe destacar de esta segunda interpretación es que permite sostener una tipicidad común para estas formas de delito, y que consiste esencialmente en la sustracción.

Consistiendo el art. 235 en un delito especial propio que gira en torno a la calidad de funcionario público del autor y al abuso e infracción de los deberes de su cargo, su tipicidad es reflejo de la del art. 233 (que opera sobre la base de la omisión a que este artículo se refiere), seguida del reintegro posterior de los caudales o efectos sustraídos y no devueltos oportunamente. En consecuencia, me remito a las consideraciones sobre los elementos típicos del art. 233, salvo en lo particular a esta figura.

a) Objeto material.

Debe tratarse de caudales o efectos puestos a cargo del funcionario, no distinguiendo el artículo si éstos son públicos o de particulares.

Sin embargo, al realizar una interpretación sistemática de los preceptos que regulan las distintas formas de malversación, debemos concluir que los caudales o efectos de que trata este artículo son necesariamente públicos, ya que la referencia que se hace al posible daño

o entorpecimiento del servicio sólo tiene sentido en cuanto se trate de fondos públicos⁶¹.

b) Conducta típica.

La conducta sancionada consiste en aplicar a usos propios o ajenos los caudales o efectos públicos, es decir, distraer los fondos, destinarlos a un fin diferente de aquel a que están afectos. Si lo distraído es una suma de dinero, el delito se conoce como desfalco.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 236, los caudales o efectos deben ser aplicados a un fin privado, ya que si se aplican a un fin público nos encontramos dentro de la hipótesis de este último artículo⁶².

No se prevé la posibilidad de una forma omisiva de comisión (consentir en que un tercero aplique los bienes a otros fines), por lo que debemos concluir que, al no distinguir el art. 233 cuál es la intención del tercero, resulta que todos los casos en que se consiente en que otro sustraiga caudales o efectos, definitiva o temporalmente, quedan subsumidos en el art. 233.

c) El reintegro.

Este elemento, requisito específico de esta figura, es muy importante ya que la imposición de las penas del art. 233 depende de que efectivamente se haya reintegrado: si así ocurrió, se sanciona el hecho en conformidad al art. 235 distinguiendo si existió o no daño o entorpecimiento para el servicio público.

Los puntos más controvertidos dicen relación con el momento en que debe tener lugar el reintegro y el efecto que éste produce, pues esto condiciona que la devolución pueda significar la exención de responsabilidad criminal, la aplicación del art. 235 en lugar del

⁶¹.- RODRÍGUEZ y OSSANDÓN agregan que una interpretación histórica también lleva a restringir su alcance sólo a los fondos públicos. RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. pp 403-404.

⁶².- Se manifiesta en contra Bunster, para quien en el art. 235 hay un desplazamiento de los caudales desde la posición legítima en que se encuentran a una ilegítima, el poder de hecho del autor del delito. En cambio, en el art. 236 este desplazamiento no se produce, ya que los caudales o efectos conservan la condición que les corresponde y la garantía de la custodia pública, recibiendo solamente una destinación diferente de la ordenada. BUNSTER, Álvaro, *La Malversación...* Op. Cit. p 77.

art. 233, o la aplicación de tan solo una atenuante respecto del delito contemplado en el art. 233.

Para quienes la diferencia entre las figuras de los artículos 233 y 235 se encuentra en el aspecto subjetivo, sostienen que el delito se perfecciona cuando la sustracción se consuma, siendo apartados los caudales o efectos de la condición que legítimamente les corresponde, momento en el cual debe concurrir el ánimo de restitución de los caudales. Si al momento de consumarse la sustracción existe el ánimo de restituir los caudales, el delito del artículo 235 queda perfecto y, por el contrario, si la disposición anímica es la de apropiación definitiva, es el delito del artículo 233 el que se perfecciona. Una vez fijado el límite de consumación del delito no importa que el ánimo del agente se modifique después de la sustracción, pudiendo operar en estos casos el reintegro como la atenuante prevista en el N° 7 del art. 11. Para esta posición el reintegro no constituye un elemento que caracterice el delito del art. 235.

En contra, quienes sostienen que esta figura ha sido construida de modo objetivo, sin referencia expresa ni tácita al ánimo de reintegro, argumentan que si el texto de la ley permite en caso de existir una verdadera sustracción sin reintegro, que se apliquen las penas del art. 233 (aun cuando el dolo inicial haya sido el de sustraer para luego reintegrar), solución que perjudica al imputado, con mayor razón se debe permitir la solución contraria, esto es, que se apliquen las penas del art. 235, cuando objetivamente existe reintegro y se beneficia al imputado, sin que influya sobre esta solución el ánimo inicial del sustractor. Esta posición concibe el reintegro como una circunstancia atenuante establecida con el propósito de estimular el arrepentimiento⁶³.

En lo que dice relación con el momento en que debe producirse el reintegro, las posiciones de los autores son diversas. BUNSTER, haciendo una analogía respecto del funcionamiento de la circunstancia atenuante de reparar con celo el mal causado, opina que el reintegro debe producirse antes de que la autoridad respectiva descubra la sustracción⁶⁴; LABATUT señala que debe realizarse antes de iniciarse

⁶³ .- Etcheberry concibe el reintegro como una circunstancia análoga a la de procurar con celo la reparación del mal causado, siendo esta atenuante general incompatible, a su juicio, con la figura del art. 235, por encontrarse ya incorporada dentro de su estructura típica. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal...* Op. Cit. pp 242-243.

⁶⁴ .- BUNSTER, Álvaro, *La Malversación...* Op. Cit. pp 84-85.

la acción criminal contra el inculpado⁶⁵; para ETCHEBERRY, como el papel del reintegro es enteramente análogo al de la atenuante de reparación celosa del mal causado, hasta el punto de considerarlo incompatible con ésta, basta con que se produzca en una ocasión que permita acreditarlo en el proceso y tomarlo en consideración al dictarse sentencia definitiva⁶⁶. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN distinguen tres situaciones⁶⁷:

1. Reintegro antes de ser requerido por la autoridad respectiva: el art. 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República presume de manera simplemente legal que comete sustracción de los valores que tiene a su cargo, el funcionario que, requerido por este organismo, no puede presentar debidamente documentado el estado de cuenta de esos valores. A *contrario sensu*, el reintegro antes del requerimiento excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente al funcionario, sin perjuicio de las sanciones administrativas.
2. Reintegro durante la instrucción de sumario administrativo: señalan que la jurisprudencia mayoritaria estima excluido el delito, siempre que el reintegro se haga antes de iniciarse la persecución criminal, ya que en estos casos no se configuraría delito alguno y sólo serían aplicables medidas disciplinarias.
3. Reintegro posterior al inicio de la persecución criminal pero antes de dictarse sentencia: se hacen parte del pensamiento de ETCHEBERRY, ya señalado anteriormente, ya que en estos casos la posibilidad de aplicar una pena considerablemente inferior a la del art. 233 opera como estímulo político-criminal para obtener la devolución de las cantidades sustraídas.

Por último, cabe señalar que todos los autores están de acuerdo en que el reintegro debe ser completo para eximir de responsabilidad o hacer aplicable el art. 235. Si es parcial, a lo más podría admitirse la atenuante de procurar con celo la reparación del mal causado.

⁶⁵ .- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal, Tomo II...* Op. Cit. pp 90-91.

⁶⁶ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal...* Op. Cit. p 243.

⁶⁷ .- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. p 403.

d) El daño o entorpecimiento del Servicio.

La doctrina es conteste en señalar que la circunstancia de existir o no daño o entorpecimiento del servicio, actúa como cualificante del delito contemplado en el art. 235, siendo esta figura un delito calificado por el resultado ya que la penalidad será mayor o menor con absoluta independencia del dolo del autor.

7.- EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO.

El artículo 239 del Código Penal sanciona al empleado público “que en las 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”.

Se señala que este delito tiende a la protección del correcto desempeño de la función pública, interés que resultaría lesionado cuando el funcionario no cumple el deber de velar por los intereses patrimoniales del Fisco, de acuerdo con criterios de economía y eficiencia. Además, se agrega que queda en evidencia su connotación evidentemente patrimonial al exigirse que se produzca un perjuicio, lo que permite afirmar que el bien jurídico protegido también está constituido por el patrimonio público, imprescindible para el correcto desempeño de las funciones públicas.

CONDUCTA TÍPICA.

El artículo 239 CP señala que el funcionario público debe “defraudar o consentir en que se defraude”. La expresión “defraudar” hace alusión a una actuación directa del funcionario, mientras que la expresión “consentir en que se defraude” se refiere a la conducta de un tercero que defrauda por el consentimiento del funcionario, pudiendo este último revestir la calidad de funcionario público o de particular.

Los autores nacionales sostienen que este delito se trata de una forma especial de estafa, en la cual el sujeto activo es un funcionario público y el pasivo el Fisco. LABATUT entiende por fraude o defraudación el logro abusivo de una ventaja patrimonial en perjuicio

de tercero, que en este caso particular es el Fisco⁶⁸; ETCHEBERRY señala que el fraude se caracteriza por la producción de un perjuicio y que el medio para producirlo puede ser el engaño o el incumplimiento de deberes, siendo estas dos formas aptas para dar origen al delito de fraude al fisco, pero insiste en que el engaño debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio y no una maniobra para encubrir una malversación o para disimular una negligencia funcionaria⁶⁹; SALAS entiende por fraude el medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado antijurídico de contenido patrimonial, de modo que el perjuicio o la lesión patrimonial resultante es consecuencia de dos medios: el engaño y/o el abuso de confianza⁷⁰; la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo de fecha 22 de junio de 2007, declaró que “la defraudación supone un enriquecimiento ilícito, pues quien defrauda priva a otro de lo que en derecho le corresponde, sea en beneficio del empleado o de un tercero”⁷¹.

Así, para la consumación del delito de fraude al fisco se exigiría la existencia de un engaño y el perjuicio correlativo, aunque tal engaño no necesariamente debe constituir una *mise en scène*⁷². Sin embargo, debemos señalar que si bien en doctrina se está acorde en que el engaño es un medio suficiente para configurar el delito de fraude al fisco, se discute si el incumplimiento de deberes funcionarios constituye un medio idóneo, por sí solo, para configurar el delito en estudio. URREJOLA⁷³ es de la opinión que el delito de fraude al Fisco puede ser cometido indistintamente por engaño, como por incumplimiento de deberes; su razonamiento es el que sigue: durante la discusión del delito que nos atinge la intención de los legisladores de la época fue darle la mayor amplitud posible, para ello no siguieron la casuística que tenía el Código Penal español y suprimieron toda restricción relativa al medio a emplearse para defraudar; a continua-

⁶⁸ - LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal, Tomo II...* Op. Cit. p 92.

⁶⁹ - ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal...* Op. Cit. p 247.

⁷⁰ - SALAS, Pablo, *El Delito de Defraudación Fiscal Cometido por Funcionarios Públicos*, Santiago, Legal Publishing, 2008. p 28.

⁷¹ - Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Fisco de Chile con Jaime Toloza Leiva*, N° Legal Publishing: 36.618.

⁷² - POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno...* Op. Cit. p 498. En el mismo sentido SALAS, Pablo, *El Delito de Defraudación Fiscal...* Op. Cit. p 29.

⁷³ - URREJOLA, Eduardo, *El Incumplimiento de Deberes Funcionarios como Medio Idóneo para cometer Fraude al Estado*. En: *Revista de Derecho*, 6, Consejo de Defensa del Estado, 2002.

ción señala que en doctrina, el fraude se caracteriza por la producción de un perjuicio y que el medio para producirlo puede ser por engaño o por abuso de confianza, siendo el incumplimiento de deberes una forma de abuso de confianza; prosigue su argumentación señalando que el precepto penal no menciona ningún medio específico de comisión y, por lo tanto, no distingue, siendo el sentido de la ley claro en orden a establecer que cualquier medio dolosamente utilizado es idóneo para configurar la infracción penal, más aún cuando no hay razón alguna para creer que la ley penal discrimina en cuanto a los medios de comisión, entre los fraudes de los funcionarios públicos y los perpetrados por particulares.

La conducta consistente en “consentir que se defraude” permite castigar al funcionario como autor en un caso que la doctrina moderna denomina de *autoría mediata con agente doloso*. El consentir supone conocimiento pero no requiere la existencia de una concertación previa con el tercero que comete el fraude, sin embargo, el consentimiento del funcionario ha de traducirse en alguna conducta de cooperación.

No se requiere que el *extraneus* realice una conducta propia de engaño o de abuso de confianza, pues a éste le basta, como medio idóneo para defraudar, con la actitud de cooperación del funcionario.

SUJETO ACTIVO.

El sujeto activo es un empleado público que debe intervenir en una operación, pero no se exige que pertenezca al mismo ente defraudado.

ETCHEBERRY considera que el término “operación” indica que para aplicar este artículo debemos encontrarnos en el ámbito de una negociación entre el Estado y un particular, en la cual este último deba efectuar una prestación a favor de aquél, de tal manera que la intervención del empleado público se traduce en la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe recibir, o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a los particulares⁷⁴; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN entienden por “operaciones” cualquier clase de negocio, contrato o actividad económica entre el Estado y un particular, no habiendo razones para restringir por la vía interpretativa

⁷⁴ .- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal... Op. Cit.* p 246.

este elemento⁷⁵; nuestra Jurisprudencia entiende que el término “operación” no puede ser entendido en forma restrictiva como sinónimo de negociación contractual en que el Estado es representado por un funcionario con competencias para intervenir en ellas, porque darle ese alcance implicaría desconocer que la intención del legislador fue ampliar el ámbito de aplicación del artículo 239, porque se limitaría el sujeto activo idóneo para cometer este delito sólo a aquellos que tuvieran competencias específicas de orden contractual, y porque la finalidad de introducir el vocablo operación en el delito en cuestión fue extender el tipo a supuestos distintos al ámbito de la contratación estatal, hipótesis a la que se refería el Código español⁷⁶.

Esta intervención debe realizarse por razón de su cargo (debe tener competencia para participar en ciertas operaciones) y no es necesario que el empleado tenga los fondos bajo su custodia. Sólo se exige que el funcionario intervenga en operaciones económicas con terceros representando al Estado, es decir, que esté encargado de velar por el interés público cabiéndole cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y de las decisiones, lo que fundamentaría la mayor penalidad de la figura⁷⁷.

Se ha entendido que no puede cometer este delito el funcionario que dispone de los fondos en cuestión, sino otro que los obtiene de éste, mientras que el primero sólo podría responder por las figuras de los artículos 233 y 235 del CP⁷⁸.

EL PERJUICIO.

El delito de fraude al Fisco es un delito de resultado, el cual exige que se origine un perjuicio al Fisco que puede consistir en una pérdida directa (daño emergente) o en la privación de un lucro legítimo (lucro cesante). No se requiere un beneficio para el funcionario, ya que puede ser que no reciba ninguno y haya actuado por amistad, venganza, etc.

⁷⁵ .- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. p 420.

⁷⁶ .- CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Juan Julio Venegas y otros*, N° Legal Publishing: 41.810. En el mismo sentido la sentencia de CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Tomasa del Carmen Barahona Guajardo y otros*, N° Legal Publishing: 36.452.

⁷⁷ .- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. p 417.

⁷⁸ .- POLITOFF, Sergio, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno...* Op. Cit. p 498.

Este perjuicio puede manifestarse de diversas formas, como por ejemplo cuando el Fisco realiza un pago al que no está obligado, cuando realiza una prestación de servicios a la que tampoco se encontraba obligado, cuando estipula un contrato en condiciones económicas menos ventajosas, etc.

Por tratarse de un delito de resultado, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los otros delitos funcionarios, es posible concebir formas imperfectas de ejecución: tanto la tentativa como la frustración.

TIPICIDAD SUBJETIVA.

En el ámbito subjetivo, el delito de fraude al Fisco requiere dolo directo en sus dos hipótesis (defraudar y consentir en que se defraude).

No existe una figura que admita su comisión culposa, pues el descuido, por más dañino que sea al interés público, no es una forma de defraudar: la imprudencia es estructuralmente incompatible con el engaño. Asimismo, la conducta exigida es incompatible con el dolo eventual⁷⁹.

8.- EL INJUSTO EN LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN Y FRAUDE AL FISCO

Antes de concluir el análisis de los delitos de malversación y fraude, dedicaré algunas palabras a tratar de colaborar en la delimitación del injusto de ambas figuras penales.

Los delitos de malversación de caudales públicos, de los artículos 233, 234 y 235 del CP, presentan los siguientes elementos característicos: (1) el objeto material sobre el cual recaen estos delitos son caudales o efectos, los cuales pueden ser públicos o particulares; (2) todas las conductas que se describen tienen como resultado el que el propio funcionario o un tercero sustraigan, de manera permanente o temporal, dichos caudales o efectos; (3) los caudales o efectos deben encontrarse a cargo del funcionario, es decir, sobre el empleado debe recaer una obligación de custodia con respecto a ellos; y (4) no es

⁷⁹.- RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, *Delitos contra la Función Pública...* Op. Cit. p 421.

necesaria la configuración de un perjuicio para el Estado, basta con el solo hecho de la sustracción.

El delito de fraude al Fisco, por su parte, se caracteriza porque: (1) no señala la conducta típica que da lugar a la consumación del delito, por lo que no se restringe el catálogo de acciones con las cuales se puede llevar a cabo; (2) tampoco se menciona un objeto material sobre el cual debe recaer la conducta punible, sino que, más bien, se especifica que esa conducta debe generar un perjuicio consistente en una pérdida directa o en la privación de un lucro legítimo; (3) el perjuicio debe ser causado por el funcionario cuando interviene en operaciones económicas ejerciendo su cargo en representación del Estado; y (4) en caso que el perjuicio al Estado consista en una sustracción de fondos, no es necesario que éstos se hayan encontrado bajo la custodia del funcionario.

No obstante lo señalado, debemos hacer notar que en ambos delitos podemos encontrar un elemento esencial que nos permite agruparlos (por así decirlo) dentro de una misma familia. Este elemento consiste en que ambas figuras tienden a la protección del mismo bien jurídico: de manera general, la administración pública entendida en sentido funcional y, de un modo más específico, la protección del patrimonio público a través de su correcta gestión.

Lo apuntado en el párrafo antecedente, sumado al hecho que ambos delitos se refieren a ataques en contra de la administración que son perpetrados por funcionarios públicos (que se encuentran a cargo de los caudales o efectos, o que intervienen en la operación por razón de su cargo), y las diferencias en cuanto a las formas de comisión de ambas figuras, me inclinan a pensar que ambas figuras se encuentran unidas por una relación de especialidad en la cual los delitos de malversación son más específicos y el delito de fraude al Fisco es la hipótesis más amplia.

En efecto, en los delitos de malversación el autor debe ser un funcionario público que está a cargo de caudales o efectos públicos o de particulares, los cuales sustrae o consiente en que sean sustraídos, sea de manera permanente o transitoria. Como se puede observar, estas figuras sancionan específicamente la sustracción de los caudales o efectos que el funcionario tiene a su cargo, siendo este último elemento el que justifica su mayor penalidad en relación con el fraude al Fisco, ya que existe un deber de custodia específico que hace más reprochable la actuación del funcionario.

En cambio, el fraude al Fisco no especifica un modo de comisión (por lo que se puede cometer mediante abuso de confianza, por incumplimiento de deberes funcionarios, con engaño, por medio de sustracciones, etc.) y no exige que el funcionario se encuentre a cargo de los bienes (por lo que caben en esta hipótesis todas las sustracciones realizadas por funcionarios que no se encuentran a cargo de los bienes), siendo su única exigencia que se verifique la ocurrencia de un perjuicio o la pérdida de una ganancia para el Estado. En este sentido, el fraude al fisco es una figura residual en comparación con la malversación, ya que englobaría todas las hipótesis no previstas en ésta.

Si bien ambas hipótesis se refieren a ataques en contra de la administración que provienen desde su interior, al no existir en nuestro derecho una figura a la cual reconducir el delito de administración desleal (entendido como una figura que sanciona las conductas que perjudican un patrimonio confiado al autor del delito⁸⁰), me parece que la mejor forma de armonizarlos es entenderlos como protectores de un mismo bien jurídico pero en distintas fases o etapas: la malversación sanciona los daños que se pueden causar a la administración por los funcionarios que se encuentran a cargo de los bienes, mientras que el delito de fraude al Fisco sanciona los daños que se pueden causar a la administración por cualquier funcionario que actúa en ejercicio de su cargo, sin que necesariamente se encuentre a cargo de los bienes, caudales o efectos.

9.- BIBLIOGRAFÍA

1. BUNSTER, Álvaro, La Malversación de Caudales Públicos, Estudio de Doctrina y Jurisprudencia, Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1948.
2. CONTRERAS, LUIS, Anotaciones sobre la Legislación Penal Sustantiva y Procesal Chilena referida al fenómeno de la corrupción. En: Rodríguez, Nicolás; Caparrós, Eduardo; y Contreras, Luis (coordinadores), Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho, Santiago, LexisNexis, 2005.

⁸⁰ - Debe hacerse notar que el delito de administración desleal se encuentra referido a la protección del patrimonio de sociedades en formación, o ya constituidas, en el ámbito eminentemente particular. El artículo 295 del Código Penal español no hace referencia en ningún momento al patrimonio público (del Estado).

3. CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
4. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, parte especial, T. IV, 3ª edición revisada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
5. GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984.
6. LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, parte especial, Tomo II, sexta edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977.
7. LABATUT, Gustavo, Derecho penal, Tomo II, 7ª edición actualizada por el profesor Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
8. LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, Tomo I, novena edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
9. NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
10. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean; RAMÍREZ, María, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
11. RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María, Delitos contra la Función Pública, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
12. RUIZ PULIDO, Guillermo, Ensayo acerca de la Malversación de Caudales Públicos y Distracción de los mismos. En: Revista de Derecho, 16, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 2006.
13. SADÁ AZNAR, S, La calidad de funcionario público a efectos penales, Valparaíso, U. Católica de Valparaíso, 2003.
14. SALAS, Pablo, El Delito de Defraudación Fiscal Cometido por Funcionarios Públicos, Santiago, Legal Publishing, 2008.
15. SZCZARANSKI, Clara, Jurisdicción y Democracia frente a la Corrupción. En: Revista de Derecho, 4, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 2001.
16. Transparency Internacional, Informe global de la Corrupción 2008. En: http://www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2008
17. URREJOLA, Eduardo, El Incumplimiento de Deberes Funcionarios como Medio Idóneo para cometer Fraude al Estado. En: Revista de Derecho, 6, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 2002.