

EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONARIOS COMO MEDIO IDÓNEO PARA COMETER FRAUDE AL ESTADO

Eduardo Urrejola González*

El delito de fraude al Estado del artículo 239 de Código Penal es suficientemente conocido, como también un conjunto de problemas que se han planteado en la doctrina y en la jurisprudencia. Ha dado origen, entre muchas otras cuestiones en foros y tribunales, a discusiones sobre comunicabilidad, sobre el concepto de “operación”, en fin, sobre sus variadas formas de comisión.

Aquí trataremos el tema que se anuncia en el título, porque ciertos fallos, aunque aislados y antiguos, consideran que sin perjuicio de la necesidad de que se cumplan las varias exigencias del tipo penal, para su configuración es indispensable la concurrencia del elemento engaño.

Creemos de interés abordar el punto, porque de aceptarse ese predicamento se reduce considerablemente el campo de aplicación del fraude que nos ocupa. Entonces, cabe preguntarnos acaso el solo incumplimiento de deberes funcionarios es un medio suficientemente apto por sí solo para la comisión del delito, sin descartar que el engaño pudiera serlo por su parte e independientemente, o que en

* EDUARDO URREJOLA GONZÁLEZ. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado, Profesor de Derecho U.C.

algunos casos pudiere concurrir por añadidura. Intentaremos dar una respuesta.

BREVE HISTORIA

El texto del actual artículo 239 del Código Penal es el mismo que se contiene en el cuerpo legal original de 1874: “El empleado público que en las operaciones en que interviniere 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, incurrirá en las penas de...”

El precepto transcrito es el resultado de las modificaciones introducidas por la Comisión Redactora al artículo 227 del proyecto enviado por el Gobierno de la época al Congreso. Ese precepto era una copia casi literal del artículo 323 del Código Penal español de 1850, que contenía el mismo delito en estos términos: “El empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en las penas de...”

La Comisión Redactora del Código Penal discutió el precepto en las sesiones números 50 de 24 de julio de 1871 y 154 de 13 de junio de 1873, respectivamente, introduciéndole cambios importantes en su contenido y redacción. Por lo menos, los siguientes –sin perjuicio de otros– en cuanto interesan a nuestro tema:

- Sustituyó la exigencia casuística de intervención del funcionario en “comisiones de suministros”, “contratos”, “ajustes” o “liquidaciones de efectos o haberes públicos”, por la expresión **“operaciones”** en que interviniere por razón de su cargo.
- Suprimió los elementos normativos del tipo referidos a que el empleado, para defraudar, “se concertare con los interesados o especuladores” o “usare cualquier otro artificio”.
- Agregó al verbo rector “defraudar” el de “consentir” en defraudar al Estado.
- Precisó que el concepto de “defraudar” comprende tanto el hecho de originar pérdida al Estado como el de privarlo de un lucro legítimo.

Las modificaciones introducidas por la Comisión Redactora al proyecto sometido fueron el resultado de la discusión en que participaron especialmente los señores Reyes, Rengifo e Ibáñez. Según las actas, al discutirse el artículo 240 (227 del proyecto original, posteriormente 228, y actual 239) este último “manifestó que no creía que en sus disposiciones se comprendieran todos los fraudes que merecen pensarse: así, por ejemplo, no sería aplicable al caso de los vistas o empleados de aduana que hacen un aforo falso de las mercaderías o permiten internarlas sin ser depositadas en aduana **o de cualquier otro modo** dañar los intereses fiscales que tienen a su cargo” (las negritas y las que siguen en esta publicación son nuestras). Se dejó constancia de que “a fin de llenar este vacío i hacer más comprensiva la disposición, se resolvió redactarla en estos términos”... y a continuación la propia acta consigna el texto que aparece redactado en la misma forma que hasta hoy día conocemos.

Con lo que va dicho, concluimos por ahora: 1°. que el texto aprobado, por los cambios introducidos, desvirtuó su modelo contemplado en el Código Penal español de la época que, como puede observarse, tenía un campo de aplicación mucho más restringido; 2°. que, sin perjuicio de otras modificaciones, los legisladores ampliaron la cobertura penal de la conducta funcionaria al suprimir del tipo toda restricción relativa al medio a emplearse para defraudar, y 3°. que tales elementos normativos que fueron eliminados del precepto, precisamente constituían **formas de engaño**.

DOCTRINA

Antes de abordar el tema que nos ocupa, digamos que en materia penal, en términos generales, se denomina “fraudes” o “estafas” a un conjunto variado de conductas de despojo de bienes ajenos realizados por medios inmateriales, a diferencia del robo, hurto y otros delitos contra el patrimonio que se perpetran por medios materiales.

Los expertos intentan diversas clasificaciones de los fraudes desde el enfoque del medio empleado por el agente para cometerlos. En esta perspectiva, existen por lo menos dos grandes variedades que incluyen prácticamente todos los medios de comisión y que son, por una parte, los fraudes por engaño y, por otra, los cometidos por abuso de confianza.

La diferencia entre unos y otros es manifiesta; mientras en los primeros la víctima es inducida a error por obra del engaño que la lleva a realizar una disposición patrimonial que le es económicamente perjudicial, en los últimos el perjuicio le es causado, no por engaño, sino porque el agente traicionó la “confianza jurídica” (Soler) que aquélla depositó en él, incumpliendo determinados deberes. Otra diferencia que los autores destacan se refiere a la oportunidad del dolo; mientras en las estafas por engaño el dolo es anterior al desplazamiento de los bienes, en los fraudes por abuso de confianza es posterior a tal desprendimiento.

Del Río (“Derecho Penal”, tomo III, pág. 468) expresa que *“...Dentro de un concepto general, podemos apreciar la defraudación como un delito cometido contra el patrimonio de una persona, sin su voluntad y, generalmente, con ánimo de lucrarse, interviniendo engaño, dolo, abuso de confianza o incumplimiento de deberes”*.

Etcheberry, por su parte (“Derecho Penal”, tomo III, tercera edición, págs. 377 y siguientes), se refiere a las diversas formas empleadas para la comisión de los fraudes contra el patrimonio de las personas y en forma destacada y separada a los fraudes por engaño y a los fraudes por abuso de confianza. A propósito de estos últimos, apunta: *“Al caracterizar en términos generales el fraude penal, dijimos que se trataba de un perjuicio causado en el patrimonio ajeno mediante engaño o el incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas. Los fraudes de este grupo se caracterizan más bien por ser incumplimientos voluntarios de determinadas obligaciones jurídicas, legales o contractuales. Pero no es posible aquí, como ocurre en los fraudes por engaño, dar una fórmula general, definiendo éstos como perjuicio causado por el incumplimiento de obligaciones, porque la verdad es que generalmente el incumplimiento de obligaciones, aunque ocasione perjuicio, no llega a constituir delito. Sin embargo, examinando los casos en que la ley ha elevado a delito el incumplimiento de obligaciones, encontramos en ellos un elemento común, que probablemente es el que ha movido al legislador a darles categoría delictiva. En la situación que tratamos –continúa Etcheberry– una de las partes en la relación jurídica ha entregado a la otra un poder de hecho que significa para aqué-*

lla la renuncia a lo que Carrara llamaba ‘defensa privada’, o sea, de sus medios de vigilancia, resguardo o defensa contra un mal uso de la cosa o poder entregados. De este modo el cumplimiento de una obligación correlativa queda entregado a la voluntad unilateral de la otra parte y el primer contratante sólo dispondrá de medios a posteriori para el caso de incumplimiento. Es lo que para estos efectos se denomina ‘abuso de confianza’: el incumplimiento de esas circunstancias”.

Sebastián Soler (“Derecho Penal Argentino”, tomo IV, páginas 373 y siguientes) coincide en lo fundamental con la opinión citada, afirmando que la protección penal a veces interviene para garantizar lo que llama “confianza jurídica” en el cumplimiento de obligaciones, que descansa en una buena fe positiva para su cumplimiento, pues una parte queda entregada al poder concedido de hecho a la otra.

Las citas anteriores en referencia a los fraudes en general nos parecen oportunas, porque se ha dicho por algunos que así como el hurto del artículo 446 del Código Penal perpetrado por el particular equivale a la substracción denominada malversación del artículo 233 del mismo Código, así también la estafa del artículo 468 perpetrada por un particular se denomina “fraude al Estado” del artículo 239 del mismo ordenamiento cuando es cometida por un funcionario público en perjuicio de las entidades que este último precepto penal menciona. Con lo cual suele entenderse –erróneamente en nuestro concepto– que para que este delito se configure sería *conditio sine qua non* que medie engaño del agente. Sin embargo, como será visto, existe una estrecha relación entre unas y otras clases de fraude (contra el Estado y contra particulares) sobre la materia, en términos tales que es sostenible la tesis de que tanto el fraude cometido en contra el Estado como en contra particulares puede cometerse indistintamente por engaño, como por incumplimiento de deberes.

Regresamos, entonces, a nuestro tema, esto es, a la aptitud por sí sola del incumplimiento de deberes tratándose del delito de **fraude al Estado**, del artículo 239 del Código Penal.

Hemos encontrado dos autores nacionales que tratan la materia con mucha precisión y pocos fallos de nuestros tribunales que se refieran a él según veremos.

Etcheberry (obra citada, tomo IV, página 247), al referirse al delito del artículo 239 del Código Penal, sostiene que “Tratándose

de los delitos contra la propiedad señalamos que el fraude se caracterizaba por la producción de un perjuicio y que el medio para producirlo era o el engaño o **el incumplimiento de deberes**. Cualquiera de estas dos formas es apta para dar origen al delito del que nos ocupamos. El empleado puede producir el perjuicio merced a un engaño (a sus superiores u otros funcionarios) o bien, **mediante el incumplimiento de sus deberes funcionarios**” (aunque no exista el engaño. Si bien habitualmente habrá por lo menos mentira). El autor reitera esta misma opinión (“El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo IV, página 532) al comparar el fraude al Estado con el fraude común, y expresa que aquél es *“menos específico, ya que no determina las modalidades del fraude, y parece comprender las dos formas clásicas: el engaño y el abuso de confianza...”*

Por su parte, Mera (“Fraude Civil y Penal. El Delito de Entrega Fraudulenta”. Editorial Conosur Ltda.1994, páginas 92 y 93), luego de comentar una serie de pasajes del Código Penal en que se emplea el término “fraude”, a veces correcta y otras incorrectamente según el autor, se refiere concretamente al delito del artículo 239 para expresar que *“En esta disposición sí que utiliza la voz defraudare y defraude en el sentido correcto, puesto que, además del perjuicio concurre el fraude en su modalidad de engaño o de abuso de confianza. En lo tocante a esta última especie de fraude, ella se presenta, en este caso, cuando el empleado público se prevale de su investidura para causar el perjuicio. Hay abuso de confianza, ya que el ofendido ha entregado al agente un poder de hecho que lo posibilita para cometer la defraudación...”*

De las citas anteriores podemos desprender, que para sus autores el incumplimiento de deberes es una forma de abuso de confianza –confianza jurídica que se da cuando el ofendido ha renunciado a favor del agente a sus medios de defensa privada– y que tal incumplimiento es un medio idóneo suficiente para defraudar al Estado.

JURISPRUDENCIA

A. Dos sentencias

Como lo anunciamos, hemos encontrado escasos fallos de nuestros tribunales de los cuales pueda desprenderse con claridad si la jurisprudencia acepta o rechaza la idea de que basta el incumpli-

miento doloso de deberes funcionarios causando perjuicio al Estado para que se configure la defraudación del artículo 239 tantas veces referido.

Así, la Corte Suprema, en causa contra Alberto Álvarez López, al rechazar diversos recursos de casación en el fondo, compara el delito del artículo 239 con cierta forma de malversación de caudales públicos y para descartar la concurrencia del primero, arguye: *“...Como esos caudales no se destinaron a remunerar horas extraordinarias de trabajos en el atraque de naves, para lo que estaban presupuestados, sino que para pagar otras labores dentro del servicio, resulta que, efectivamente, y en forma arbitraria recibieron una aplicación pública diferente, con lo que se dispuso de ellos de un modo ilícito, lo que configura con toda propiedad el delito de malversación; mientras que el fraude de que se ocupa el artículo 239 del Código Penal requiere del engaño y de la mala fe para originar pérdidas o lucro cesante al Estado...”* (Sentencia de 30/11/1960, RDJ tomo LVII, Secc. 4ª, página 251.)

Hay otro fallo de la misma Corte Suprema en igual sentido (sentencia de 18/4/1966, RDJ tomo LXIII, Secc. 4ª, página 84).

Si bien ambas sentencias señalan que el engaño y la mala fe son exigencias del tipo, desprendiéndose necesariamente que si faltan no se comete el delito, no dan razón alguna que funde su afirmación y pasan sin más trámite a otras materias. En otras palabras, parten de una base supuestamente conocida de que el engaño es consubstancial a la defraudación que tratamos sin agregar más comentarios.

B. Otras dos sentencias

Sin embargo, de otras decisiones de nuestro más alto tribunal, con motivo de las cuales tampoco se dan mayores razones, puede desprenderse que basta el solo incumplimiento de deberes funcionarios –verificándose los demás elementos del delito– para que se cometa fraude al Estado.

Es el caso del fallo de la Corte Suprema (Recurso de queja 1960; RDJ tomo LVII, 4-239) en causa contra Rodríguez y otros, en que se somete a proceso como partícipes de ese delito a varios vistas de aduana encargados de aforar una partida de taxi buses **que no cumplieron con su obligación** de verificar que los vehículos tuvieran capacidad para transportar determinado número de pasajeros que

la ley exigía para liberarlos del pago de ciertos derechos aduaneros, por lo que se produjo una pérdida o privación de lucro legítimo para el Fisco.

En otro caso, la Corte Suprema (Recurso de Casación 1964 RDJ tomo LXI, 4-267, Fisco contra Bañados y otros) rechaza el recurso de casación del Fisco y mantiene la absolución del procesado del cargo de defraudación del artículo 239 del Código Penal, **pero basada en que el reo había cumplido las obligaciones** impuestas por la Ordenanza de Aduanas en cuanto al examen de la mercadería. De manera que aunque el resultado fue absolutorio, ello se debió precisamente a que el encausado no incurrió en incumplimiento de sus deberes funcionarios.

C. Un fallo más reciente

En proceso por fraude al Estado (Corporación Nacional del Cobre) seguido contra Juan Pablo Dávila y otros (rol 144.665-3 del 5° Juzgado del Crimen de Santiago), con fecha 18 de agosto de 1999, se dictó sentencia de primera instancia. La decisión no está a firme por haber sido apelada, pero en todo caso nos parece de interés consignar que es condenatorio y que el tribunal para procesar, acusar y posteriormente condenar a determinado funcionario público toma en cuenta de manera preponderante precisamente el **incumplimiento de deberes** en que incurrió para originar a Codelco una cuantiosa pérdida patrimonial derivada de operaciones en mercados de futuro de metales. Sin perjuicio de considerar que el agente engañó a diversos niveles por lo menos para disimular las pérdidas, da por establecido que se apartó deliberadamente de las obligaciones que se le impusieron para emprender determinadas transacciones comerciales. En lo sustancial atinente a nuestro tema, el fallo expresa lo siguiente:

“...J) **La autorización** mencionada precedentemente importaba que el funcionario de Codelco Chile, encargado de efectuar las negociaciones en lo que a las operaciones especulativas de cobre se refiere –y por el enorme riesgo que ellas llevan consigo–, **estaba obligado a controlar** que la posición neta abierta de la corporación fuera larga (cuando las transacciones de papeles que corresponden a compras a futuro exceden de las ventas a futuro), o corta (cuando, por el contrario, las operaciones de papeles que corresponden a ventas a futuro

son superiores a los contratos de compras a futuro que poseen), no excediera del límite de un máximo de 20.000 toneladas métricas diarias y que al mismo tiempo, la exposición o pérdida no excediese de un millón de dólares, límites o acotamientos que debían encontrarse protegidos con una '*stop loss order*' que debía de dar de antemano al broker o corredor, lo que traía como consecuencia que, en el evento de resultar una pérdida de ese monto conocido, el *broker* debía automáticamente efectuar la operación contraria para neutralizar la posición original..." (Motivo 'J' del Considerando Cuarto.)

"QUINTO: Que con los antecedentes mencionados en los dos motivos anteriores, se encuentra acreditado en autos que el Jefe del Departamento de Mercados de Futuros de Codelco Chile, que oficiaba de negociador o *trader* en este tipo de operaciones en las bolsas de metales en representación de dicha corporación, en forma reiterada, sistemática y a sabiendas, entre el 1° de Enero de 1993 y el 21 de Enero de 1994: **A) Faltó a los deberes funcionarios a que estaba obligado**, para la realización de las operaciones especulativas o de '*trading*' en cobre, ya que no se sujetó a ninguno de los acotamientos impuestos, en relación con el tonelaje y el '*market exposure*', ni dio las correspondientes '*stop loss orders*' a los corredores. Además, en cuanto a las operaciones de mercados de futuros de metales preciosos, entró en una franca especulación no autorizada de compra y venta de oro y plata, **ignorando completamente los límites que se le habían fijado...**".

Luego, aparte de consignar ciertos engaños emprendidos por el encausado para ocultar las pérdidas, analiza otro conjunto de incumplimientos de deberes funcionarios del autor, para establecer que como consecuencia de tales actuaciones se ha producido un detrimento a Codelco Chile por determinadas cantidades de dinero que indica de manera precisa y determinada, para concluir que los hechos "son constitutivos del delito de fraude al Estado, tipificado y sancionado en el artículo 239 del Código Penal".

CONSIDERACIONES FINALES

Los antecedentes expuestos debidamente ponderados nos llevan en definitiva a la conclusión de que el incumplimiento de debe-

res por parte del agente del delito de fraude al Estado es un medio para cometerlo que se basta por sí sólo para su perpetración. Y que, en consecuencia, no es menester que concurra el engaño por parte del agente, sin perjuicio de que éste o la simple mentira sean por su parte otros medios igualmente aptos para su configuración o que puedan concurrir en el sujeto activo conjuntamente con el incumplimiento de deberes funcionarios. Nuestras razones son las siguientes.

Por una parte, consideramos que el precepto penal que nos ocupa no menciona ningún medio específico de comisión y, por lo tanto, no distingue. De manera que al margen de su historia, el sentido de la ley resulta claro en orden a que en principio, cualquier medio —se entiende, dolosamente utilizado— sería idóneo para cometer la presente infracción penal, sea éste el engaño, el incumplimiento de deberes u otros medios que pudieren darse en los hechos, aunque nos cuesta imaginarlos fuera de los mencionados.

En seguida, la historia de la ley nos revela que aunque las actas de la Comisión Redactora del Código Penal permiten conocer escasa discusión sobre el precepto del artículo 239, lo que consta en ellas confirma la intención de los legisladores de la época de dar la mayor amplitud posible al ilícito penal que en cuestión. De manera que suprimieron toda alusión al medio y, más aún, en circunstancias de que ambos medios que erradicaron del proyecto constituían claramente **formas de engaño**. Tales son, el **concierto con especuladores** y el empleo de **artificios**. Entonces, al apartarse el precepto en análisis del modelo español, se dio al delito un carácter similar al que la voz “fraude” tiene en su acepción primera, según el Diccionario: “Engaño, inexactitud consciente, **abuso de confianza**, que produce o prepara un daño, generalmente material”.

De otro lado, al margen de la intención de los legisladores, siguiendo la postura finalista de la ley en sí misma más allá de la voluntad de quienes la aprobaron, concluimos que no hay razón alguna para creer que la ley penal discrimine en cuanto a los medios de comisión, entre los fraudes de los funcionarios públicos y los perpetrados por particulares. Por el contrario, pensamos que tratándose de los delitos funcionarios, normalmente pluriofensivos como este del artículo 239, la ley está exigiendo una mayor cobertura penal para tutelar más eficazmente no sólo el patrimonio fiscal, sino especialmente la probidad funcionaria para una recta administración pública.

Por último, racionalmente, nos parece que tampoco cabe discriminar entre ambos tipos de fraude desde el punto de vista de la

calidad del agente. De tal suerte que, al igual que tratándose de los particulares, el funcionario público es también depositario de la denominada **confianza jurídica** por parte del Estado o demás entidades que menciona el artículo 239 del Código Penal. En concreto debe ceñirse en el desempeño de sus funciones al Estatuto Administrativo o a las condiciones fijadas en su contrato de trabajo (en ciertas entidades estatales) que son sus más próximas fuentes de deberes. De manera que el Estado al encomendar su labor al funcionario se desprende de lo que Carrara llama “defensas privadas”, y espera que el empleado público dé cumplimiento a tales obligaciones. Entonces, cuando dolosamente no lo hace, abusa de sus funciones y causa un perjuicio, ha traicionado la denominada confianza jurídica y por eso debe ser castigado.

Con todo lo expuesto, no debe creerse que estamos excluyendo toda posibilidad de que pueda concurrir junto con el incumplimiento de deberes el engaño por parte del agente. Por el contrario, estamos seguros que en la práctica en muchos casos tales incumplimientos van precisamente acompañados de alguna forma de engaño, bien sea para asegurar que se cumplan los fines propuestos, bien sea para disimular los ilícitos cometidos.

Tan sólo hemos señalado, y con esto terminamos, que cuando el sujeto activo actúa maliciosamente para perjudicar al Estado incurriendo en incumplimiento de sus deberes funcionarios, no es necesario para sancionarlo penalmente que se haya valido además del engaño para defraudarlo.