

VIII JORNADAS CHILENAS DE CIENCIAS PENALES

COMENTARIO

PANEL III

LA MALVERSACIÓN Y EL FRAUDE AL FISCO COMO DELITOS ESPECIALES

JUAN PABLO MAÑALICH R.*

SUMARIO: 1. La malversación y el fraude al Fisco como delitos especiales. 1. La gramática de los delitos especiales. 2. ¿Delitos de infracción de deber? II. El injusto de los delitos de malversación 1. El parecido de familia de las variantes de malversación. 2. La demarcación de los ámbitos típicos del peculado y la desviación de fondos. 3. El “depósito” de los caudales o efectos como presupuesto típico del peculado. 4. La destinación para la gestión o inversión de los caudales o efectos como presupuesto típico de la desviación de fondos. III. El fraude al Fisco como delito especial de gestión desleal del patrimonio público.

PALABRAS CLAVE: Malversación, fraude al fisco, delitos especiales, gestión desleal del patrimonio.

“Wir wollen nicht Soziologie, nicht Rhetorik, sondern Jurisprudenz treiben”.

(Binding, Die Normen und ihre Übertretung I.)

I. LA MALVERSACIÓN Y EL FRAUDE AL FISCO COMO DELITOS ESPECIALES

1. La gramática de los delitos especiales

En sentido estricto, por “delitos especiales” cabe entender todos aquellos delitos que consisten en el quebrantamiento de normas especiales. Una norma es especial, a su vez, siempre que el lugar de destinatario de la misma sólo puede ser ocupado por alguien que exhibe un determinado estatus especial. Esto quiere decir que, en rigor, no hay tal cosa como un “delito especial impropio”, tal como lo sugiere, en efecto, esta misma denominación, que hace explícita la impropiedad

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2004); profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl. El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación FONDECYT N° 11110274, titulado “La ontología del hecho punible. Fundamentos de teoría de las normas y teoría de la acción para la dogmática de la parte general del derecho penal”, del cual el autor es investigador responsable. El autor agradece a los ayudantes María Alejandra Maldonado Ibaceta e Ítalo Reyes Romero por su muy valiosa colaboración editorial.

de semejante caracterización. En términos de teoría de las normas, lo que suele ser llamado un delito especial impropio no es más que el quebrantamiento de una norma general, esto es, un delito común, que se ve cualificado, desde el punto de vista de la correspondiente norma de sanción, en atención a un determinado estatus personal.¹

Así, un delito es especial si y sólo si el mismo está constituido por el quebrantamiento de una norma cuyo destinatario está determinado por una cualificación especial. De ahí que sólo una persona cualificada, esto es, un *intra-neus*, puede ser autor del delito en cuestión; una persona no cualificada, esto es, un *extra-neus*, sólo puede venir en consideración como partícipe, en la medida en que el injusto del hecho (ajeno) le sea accesoriamente imputable.² La dificultad que aquí se presenta consiste en lo elusiva que puede resultar la determinación de si un componente cualquiera de la estructura de una norma ha de entenderse como componente del respectivo núcleo normativo —que consiste en la conjunción del operador deóntico, el contenido y las condiciones de aplicación—,³ o bien definiendo la posición de su destinatario, distinción que se corresponde de manera bastante precisa con la tradicional distinción dogmática entre “elementos del hecho” y “elementos de autoría”.⁴

¹ Así ya BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung I*, (Aalen, 1965), pp. 126 s. Para el desarrollo programático de esta concepción de los delitos especiales, véase NAGLER, Johannes, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, (Leipzig, 1903), pp. 4 y ss., 18 y ss. Para un intento de impugnación de la reconstrucción de la dogmática de los delitos especiales bajo la tesis de la existencia de normas especiales, véase, sin embargo, LANGER, Winrich, *Die Sonderstrafat*, 2ª edición (título de 1ª ed.: *Das Sonderverbrechen*), (Berlín, 2007), pp. 273 y ss. Aquí no es posible, empero, entrar en la refutación de esta crítica. Baste con apuntar, en este contexto, que la objeción principal esgrimida por Langer se reduce a que no serían reconocibles razones por las cuales pudiera estimarse sensata la postulación de una restricción del círculo de destinatarios de una norma de comportamiento, en exclusiva atención al principio de protección de bienes jurídicos (*ibid.*, pp. 276 y s.). Esto desconoce, sin embargo, que toda norma de comportamiento (jurídico-penalmente reforzada) representa una solución autoritativa de un determinado conflicto de libertad referido a una distribución del disfrute de bienes jurídicos. El hecho de que toda norma de comportamiento, *ex definitione*, circunscriba el espacio de juego (jurídicamente reconocido) para la acción de sus destinatarios puede contar sin más como una razón que vuelva comprensible o aun justificable, en consideración del bien jurídico de cuya protección se trata, una demarcación del círculo de sus destinatarios a través de exigencia de una determinada cualificación personal.

² Para el modelo de teoría de las normas subyacente, véase MAÑALICH, Juan Pablo, *La estructura de la autoría mediata*, en *Revista de Derecho PUCV XXXIV*, (2010), pp. 385 y ss.

³ Véase VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción*, (Madrid, 1970), pp. 87 y ss.

⁴ KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, BACIGALUPO, Enrique y GARZÓN VALDÉS, Ernesto (trad.), (Buenos Aires, 1977), pp. 177 y ss.; más recientemente BLOY, René, *Die Bedeutung des Irrtums über die Täterrolle*, en *ZStW* 117, (2005), pp. 3 y ss., 31 y ss.

2. *¿Delitos de infracción de deber?*

Éste no es, empero, el contexto adecuado para emprender la exploración del problema. Lo que aquí interesa, más bien, es preguntar qué tiene que ver la eventual caracterización de un delito como delito especial, en los términos recién reseñados, con su eventual caracterización como “delito de infracción de deber”; y la respuesta es: nada. Pues mientras que la caracterización de un delito como delito especial ha de fundarse en un análisis técnico-formal de la estructura de la norma cuyo quebrantamiento resulta delictivo, la caracterización de un delito como delito de infracción de deber tendría que seguirse de una determinación sustancial del injusto del hecho, en el sentido de que el injusto de un delito de infracción de deber –expresado en la terminología de Jakobs y sus discípulo– tendría que estar fundado en la vulneración de un deber institucional “positivo”.⁵

Hay buenas razones para sostener que la categoría de los delitos de infracción de deber –al igual que la categoría contrapuesta, que supuestamente la volvería necesaria como su complemento, a saber: la categoría del dominio del hecho– es dogmáticamente inservible.⁶ Siendo inviable aquí una exposición pormenorizada de dichas razones, solamente cabe reseñar en qué consiste su déficit capital: a pesar de lo aparentemente novedosa de su terminología, la doctrina de los así llamados “delitos de infracción de deber” supone un retroceso hacia una concepción pre-moderna del derecho.

Un componente esencial de la modernidad jurídica está constituido por la noción de que, junto a la posibilidad de auto-vinculación contractual, la realización del derecho ha de tener lugar a través del seguimiento de normas públicamente vinculantes. La cuestión de cómo sea posible fundar un principio de auto-vinculación al derecho a través de semejante mecanismo de hetero-vinculación constituye la pregunta capital para una comprensión moderna de la validez jurídica; y es una determinada respuesta a esta pregunta lo que se expresa, en último término, en una fundamentación democrática del concepto jurídico-penal

⁵ Véase la exposición ya canónica ofrecida por SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, (Madrid y Barcelona, 2001), pp. 37 y ss., 93 y ss.

⁶ Al respecto ya MAÑALICH, Juan Pablo, *La estructura de la autoría mediata*, en *Revista de Derecho PUCV XXXIV*, (2010), pp. 407 y ss. Para la crítica de la teoría del dominio del hecho, véase recientemente HAAS, Volker, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, (Berlín, 2008), pp. 21 y ss. KINDHÄUSER, Urs, *Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho*, MAÑALICH, Juan Pablo (trad.), en *Revista de Estudios de la Justicia 14*, (2011), pp. 41 y ss., 46 y ss.; también MAÑALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung*, (Baden-Baden, 2009), pp. 134 y ss., 142 y s.

de culpabilidad.⁷ Lo que importa aquí, en todo caso, es el principio de que sólo una norma públicamente vinculante, cuyo carácter de tal resulta simbólicamente asociado a la exigencia de legalidad de su producción, puede servir de base para un deber cuya infracción sea jurídico-penalmente reprochable. Y esta comprensión de las normas como fundamentos de obligaciones resulta incompatible con las premisas que hace suya la doctrina de los así llamados “delitos de infracción de deber”. Pues lo que esta doctrina pretende, por decirlo de algún modo, es encontrar el fundamento de la correspondiente obligación “por detrás” de la norma, a saber: en atención directa a una determinada “institución”,⁸ entendida como una “forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad”.⁹ Que esa descripción metafórica del intento de fundamentación del deber “por detrás” de la norma está lejos de ser poco caritativa con la tesis en cuestión, lo muestra la siguiente afirmación de Sánchez-Vera: “Todo dependerá de qué institución se encuentre detrás del tipo codificado”.¹⁰

Semejante principio de vinculación institucional, al menos así entendido, está lejos de hacer posible una fundamentación precisa de las exigencias de comportamiento que recaen sobre los portadores de los correspondientes “roles institucionales”. Esto, en la medida en que la doctrina de los delitos de infracción de deber invierte la relación de derivación que cabe reconocer entre la norma como proposición abstracta de deber-ser y el concreto deber personal cuya infracción es jurídico-penalmente relevante. Pues con arreglo a la doctrina de los delitos de infracción de deber, no se trata de que la norma abstracta —que se deja extraer, a modo de formulación contradictoria, del correspondiente tipo de delito-base— fundamente un deber personal para su destinatario, en atención a la propia capacidad de éste de hacer o no hacer lo que la norma respectivamente ordena o prohíbe,¹¹ sino más bien de que la norma recogería, bajo un principio de

⁷ Al respecto GÜNTHER, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit*, (Frankfurt, 2005), pp. 245 ss.; KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, MAÑALICH, Juan Pablo (trad.), 2ª ed., (Montevideo y Buenos Aires, 2011), pp. 67 y ss., 93 y ss.; también MAÑALICH, Juan Pablo, *La pena como retribución*, en *Estudios Públicos* 108, (2007), pp. 117 y ss., 180 y ss.

⁸ Véase SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, (Madrid y Barcelona, 2001), pp. 93 y ss.; RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, (Santiago, 2008), pp. 111 y ss.

⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad.), (Madrid, 1997), 29/57.

¹⁰ SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, (Madrid y Barcelona, 2001), p. 120.

¹¹ Para esta concepción de la relación categorial entre norma y deber, véase MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma e imputación como categorías del hecho punible*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 12, (2010), pp. 165 y ss., 169 y s., 177 y ss.

selección fenomenológica, las instancias de infracción de deber que reclamarían relevancia jurídico-penal.

Para ilustrar el punto, cabe analizar el siguiente pasaje extraído del texto de la conferencia de Ossandón:

Diversos tipos penales pueden tener como fundamento los mismos deberes o, por lo menos, deberes equivalentes, pero en ellos se puede exigir además una fenomenología particular, un comportamiento determinado, un resultado, etc., todo lo cual podrá determinar una diversa valoración del hecho típico. Por ejemplo, el deber de los padres de velar por la vida y por la integridad física de sus hijos es el fundamento de la ilicitud tanto del delito de abandono de menores como de homicidio (parricidio) cuando es el padre quien realiza la conducta, pero el segundo es más grave en cuanto incorpora el efectivo menoscabo de la vida como resultado directamente imputable a esa infracción de deber.¹²

Nótese cómo aparece aquí exactamente invertida la caracterización del parricidio como una forma cualificada de homicidio. No se trata, en palabras de Ossandón, de que la eventual relación de parentesco que pudiera vincular a autor y víctima opere como criterio de incremento del injusto propio del homicidio, sino más bien de que el hecho de que el padre dé muerte a su hijo cualifica la infracción de deber que define ya el injusto del abandono de menores. Mas la idea misma de que el autor de un parricidio y el autor de un abandono de menores infringirían, *eo ipso*, el mismo deber implica entender que la causación de la muerte de la víctima no sería un componente constitutivo del injusto (objetivo) propio del parricidio. Y la consecuencia escalofriante de esto tendría que ser que el deber infringido por el autor de un parricidio sería distinto del deber que infringe el autor de un homicidio.¹³

Aquí uno podría esperar que, en defensa de la doctrina de la infracción de deber, se impugnara la afirmación de que el injusto de un homicidio (no constitutivo de parricidio) suponga, en algún sentido relevante, la infracción de un

¹² OSSANDÓN, María Magdalena, Malversación y fraude al Fisco. Vid. Artículo anterior en esta misma revista, III.

¹³ Véase JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad), (Madrid, 1997), 21/116: “La [causación de la] muerte de un hijo menor de edad es delito de infracción para los padres, de modo que siempre se da autoría, sin tener en cuenta si se da o no intervención y en qué medida; si la muerte sobreviene mediante entrega de un medio para suicidarse, a la responsabilidad por el delito de infracción de deber se añade la responsabilidad por la autoría mediata”. Esto es tanto más notable si se repara en que Jakobs afirma el carácter de delito de infracción de deber del homicidio del propio hijo, a pesar de que la legislación alemana ya no conoce la tipificación del parricidio. Respecto de la otrora reconocida calificación del homicidio en virtud de parentesco bajo el derecho penal alemán, véase BINDING, Karl, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts I, 2ª edición, (Leipzig, 1902), pp. 29 y s.

deber. Ello se sostendría apelando al hecho de que el autor de un homicidio no quebrantaría rol social alguno que esté vinculado a una institución positiva, sino sólo el “rol social general” vinculado a la institución negativa del *neminem laede*.¹⁴ Pero la idea misma de que este latinajo, que expresa nada más que el desiderátum de que cada cual ha de abstenerse de dañar a los demás, designe algo cercano a una (genuina) institución, parece difícil de aceptar.¹⁵ De ahí que la doctrina de los delitos de infracción de deber proponga una estricta bifurcación de la fundamentación del injusto –atribuible a título de autoría– de los así llamados “delitos de dominio” (o “delitos de organización”), por un lado, y del injusto de los así llamados “delitos de infracción de deber”, por otro. Y una consecuencia de tal bifurcación es, precisamente, la afirmación de que entre un el injusto de un homicidio y el de un parricidio no podría reconocerse más que una similitud fenoménica.¹⁶

La vocación premoderna de la construcción se hace fácilmente reconocible en el modo en que sus partidarios privan a la legislación de toda incidencia en la constitución del contenido de injusto de las formas de comportamiento cuya realización imputable es jurídico-penalmente delictiva. A este respecto, es sumamente ilustrativo el esfuerzo desplegado por Sánchez-Vera para intentar mostrar la absoluta irrelevancia que tendría la tipificación formal del respectivo delito frente a su eventual caracterización como delito de infracción de deber; esto es, la absoluta irrelevancia de la distinción entre “delitos de infracción de deber positivados” y “el resto de los delitos de infracción de deber”.¹⁷ Ello queda ejemplificado en su afirmación que el hecho de que el legislador haya tipificado expresamente una modalidad omisiva de malversación, consistente en que el funcionario que no impida –esto es, “consienta”– que otra persona sustraiga los caudales o efectos puestos a su cargo, respondería nada más que la represen-

¹⁴ Así SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, (Madrid y Barcelona, 2001), pp. 83 y ss.

¹⁵ Ello tampoco se ve alterado si la supuesta “institución” negativa es presentada como constituida por el “sinalagma libertad de organización/responsabilidad por organización”. Así JAKOBS, Günther, *El ocaso del dominio del hecho*, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, (Buenos Aires, 2004), pp. 87 y ss., 90 y ss. La trivialidad de que el reconocimiento de libertad para la organización del propio comportamiento vuelve legítima la atribución de responsabilidad por la organización del propio comportamiento no alcanza a adquirir el estatus propio de una “institución”.

¹⁶ Acerca de lo insostenible de la diferenciación de los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, véase HAAS, Volker, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, (Berlín, 2008), pp. 54 y s.

¹⁷ Véase SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, (Madrid y Barcelona, 2001), pp. 183 y ss., 186 y s., 194 y ss.

tación legislativa de cómo “el delito, fenomenológicamente, se va a desarrollar habitualmente”.¹⁸

Y nótese que aquí está fuera de lugar la consideración de que, en caso de que el art. 233 no tipificase dicha modalidad omisiva de malversación, de todas formas cabría entender que, al menos en algunos de los casos relevantes, podría afirmarse la autoría mediata del funcionario a través de un agente doloso no cualificado.¹⁹ Pues ello desconoce que, en los términos de esa misma doctrina, la caracterización de un delito como delito de infracción de deber tendría que volver inaplicable la diferenciación tradicional de múltiples formas de autoría, en términos tales que la persona especialmente obligada siempre respondería a título de autora directa.²⁰ Ésta es, en efecto, la consecuencia de la tesis de que “[e]n los delitos de infracción de deber el obligado responde como autor, sólo por la infracción de un deber especial, con independencia de la forma como organice su conducta”.²¹ Lo cual supone validar algo no muy lejano a un (nada de moderno) régimen de responsabilidad por *versari in re illicita*.²²

De ahí que, en lo que respecta a la construcción doctrinal de los así llamados “delitos de infracción de deber”, no pueda sino compartirse el lapidario juicio de Langer: “ha llegado el momento de despedirse definitivamente de este flogisto de la dogmática jurídico-penal de la intervención delictiva”.²³

¹⁸ *Ibíd.*, p. 196.

¹⁹ Así, sin embargo, OSSANDÓN, María Magdalena, Malversación y fraude al Fisco. Vid. artículo anterior en esta misma revista, I, nota 16.

²⁰ RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, Delitos contra la función pública, 2ª edición, (Santiago, 2008), pp. 134 s.; SÁNCHEZ-VERA, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, (Madrid y Barcelona, 2001), pp. 201 y ss., 206 y ss.

²¹ RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, Delitos contra la función pública, 2ª edición, (Santiago, 2008), p. 133.

²² Así ya MAÑALICH, Juan Pablo, La estructura de la autoría mediata, en *Revista de Derecho PUCV XXXIV*, (2010), p. 410. Ello descansa en que, de conformidad con la doctrina de los delitos de infracción de deber, lo que fundamentaría la imputación de la realización del tipo, a título de autoría, sería la infracción de un deber “institucional” que ciertamente no se correspondería con el específico deber (de hacer o no hacer) que se deriva pragmáticamente de la norma de comportamiento, que se corresponde, a su vez, con la formulación contradictoria del tipo delictivo (básico) de cuya realización imputable se trata.

²³ LANGER, Winrich, *Die Sonderstrafat*, 2ª edición (título de 1ª ed.: *Das Sonderverbrechen*), (Berlín, 2007), pp. 249 y ss., 253, quien destaca, además, la distancia que cabe reconocer entre la bastante generalizada adopción de la terminología en cuestión, por un lado, y la escasísima recepción consistente del contenido mismo de la correspondiente construcción doctrinal, por otro. La referencia metafórica al “flogisto” apunta a la célebremente denostada postulación, por parte de la temprana ciencia moderna de la química, de la existencia de una sustancia así designada, a través de cuya presencia pretendía explicarse el fenómeno de la combustión. En el contexto de la filosofía de la ciencia, la así llamada “teoría del flogisto” sirve de ejemplo paradigmático de una

II. EL INJUSTO DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN

1. *El parecido de familia de las variantes de malversación*

Los delitos de malversación constituyen delitos especiales (propios). Y esto se debe, única y exclusivamente, a que la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo sólo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público, tal como éste se encuentra definido por el art. 260 del Código Penal. Las normas cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo de alguna modalidad de malversación punible, en otros términos, son normas específicamente dirigidas a aquellas personas que exhiben el estatus en cuestión; de ahí que no pueda postularse su descripción como “delitos especiales impropios”, con total independencia de que esas normas puedan encontrarse superpuestas con algunas otras normas cuyo quebrantamiento pueda ser constitutivo de un delito común. Esto último, sin embargo, sólo tiene relevancia para la dogmática de los concursos de delitos, y en particular para la dogmática del concurso aparente.

La única salvedad que cabe registrar a este respecto se refiere a la ampliación del círculo de destinatarios de esas normas,²⁴ ampliación que se expresa en la regla del inc. 1º del art. 238.²⁵ Pues el efecto de esa ampliación consiste en que tales normas también puedan resultar quebrantadas por cualquier persona que se encuentre encargada de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a algún establecimiento público de instrucción o de beneficencia.²⁶

Prescindiendo de esta salvedad, la restricción del círculo de destinatarios de las normas de comportamiento reforzadas por las normas de sanción de los arts. 233 y siguientes deja intacto el hecho de que la persona que exhibe el estatus en cuestión ha de encontrarse, además, en una determinada posición relativa a los caudales o efectos que representan, bajo cada uno de los tipos delictivos, el respectivo objeto de la acción. Aquí se trata, en rigor, de la caracterización típica de la específica modalidad de comportamiento delictivo, por referencia al objeto de

hipótesis teórica cuyo correspondiente compromiso ontológico *a posteriori* se tiene por enteramente falseado. Véase al respecto KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, (México, 1971), pp. 160 y s., 170 y s., 243 y s.

²⁴ La norma cuyo quebrantamiento resulta respectivamente delictivo es una norma de prohibición, tratándose del peculado mediante sustracción (art. 233), de la desviación de fondos (art. 235 incs. 1º y 3º) y de la aplicación pública diferente (art. 236); y una norma de mandato, tratándose del peculado mediante omisión de impedir la sustracción ajena (arts. 233 y 234), del desfalco, consistente en la omisión de reintegro de los fondos desviados (art. 235 inc. 2º), y de la negativa de pago (art. 237).

²⁵ Acerca de la estructura de semejante mecanismo de ampliación, véase ya NAGLER, Johannes, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, (Leipzig, 1903), pp. 51 y ss.

²⁶ BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos*, (Santiago, 1948), pp. 27 y s.

éste, en relación con el cual el potencial autor de malversación ha de encontrarse en una determinada posición de detentación.

Lo anterior hace posible enunciar en qué consiste el parecido de familia susceptible de ser reconocido entre las diferentes modalidades de malversación, que justifica su sistematización como un género delictivo unitario: en cualquiera de sus variantes, la malversación siempre presupone una determinada posición jurídica del autor en relación con determinados caudales o efectos.²⁷ Y lo que quisiera proponer a continuación es la tesis de que esa posición jurídica relativa a los caudales o efectos en cuestión se encuentra disyuntivamente expresada en la regulación legal vigente: el autor de malversación ha de encontrarse, dicho de manera laxa por el momento, o bien en una posición definida por una obligación de conservación, o bien en una posición definida por una obligación de administración o inversión de determinados caudales o efectos.

2. La demarcación de los ámbitos típicos del peculado y la desviación de fondos

Para dar cuenta del sentido y la pertinencia del criterio recién esbozado, cabe circunscribir el análisis al problema de demarcación que suele acaparar buena parte de la atención de quienes han hecho exégesis de la regulación legal en este marco. Se trata, como es obvio, de la diferenciación de los ámbitos típicos del peculado y la desviación de fondos, cuestión que tiende a ser reducida a la elucidación del alcance del inc. 2º del art. 235, que hace aplicables los marcos penales previstos por el art. 233 para el caso de que, tras una desviación de fondos, y en la oportunidad que interpretativamente se tenga por determinante para ello, no tenga lugar el reintegro de los fondos sustraídos.

Esta manera de introducir el problema resulta crucial, en la medida en que así se hace explícito que la diferencia entre la malversación constitutiva de peculado y la malversación constitutiva de desviación de fondos no es dependiente, en lo absoluto, de la existencia de un comportamiento constitutivo de “sustracción”,²⁸ más allá de cómo sea interpretado este último término. En la medida en que el tenor literal del art. 235 recurre al participio “sustraídos” para describir la situación en la cual quedan los fondos que son objeto de desviación por parte del funcionario que los tiene a su cargo, es claro que la diferenciación en cuestión no puede hacerse reposar en dicha circunstancia. Esto, en tanto para la descripción de la modalidad activa de malversación, tipificada en el art. 233, el legislador igualmente recurre al verbo “sustraer”.

²⁷ BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos*, (Santiago, 1948), pp. 19 y s.

²⁸ Así ya CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), pp. 24 y ss.

Como es sabido, para la demarcación de los ámbitos típicos de una y otra modalidad de malversación, la doctrina chilena tiende a centrar su atención en la significación del reintegro de los caudales o efectos que el autor de la sustracción se propone *ex ante* efectuar, o bien que el mismo autor *ex post* efectúa. Cuál sea la manera de entender la relación entre sustracción y reintegro determina, entonces, si la diferencia entre el peculado y la desviación de fondos es explicada por referencia a una variable objetiva o subjetiva.

Para la tesis subjetivista, célebremente defendida por Bunster,²⁹ así como –con matices– por Guzmán Dalbora,³⁰ la realización de la variante típica del peculado (activo) dependería de que la sustracción de los caudales o efectos se efectúe sin el propósito de reintegrarlos dentro del lapso correspondiente; a contrario, si el funcionario que tiene los caudales o efectos a su cargo los sustrae sin proponerse reintegrarlos, entonces la sustracción será constitutiva de peculado, con total independencia de si *ex post* tiene lugar el reintegro; de efectuarse éste, el mismo sólo podría tener relevancia, a modo de prestación reparatoria, como circunstancia atenuante.³¹

En cambio, la tesis objetivista, que puede ser tenida por mayoritaria en el marco de la discusión de más reciente data,³² asume que para establecer si la punibilidad de una malversación ha de afirmarse a título de peculado o de mera desviación de fondos habría que atender a si tiene lugar el reintegro de los caudales o efectos sustraídos dentro del lapso que se estime determinante para ello, como circuns-

²⁹ BUNSTER, Álvaro, La malversación de caudales públicos, (Santiago, 1948), pp. 65 y s., 75 y ss.

³⁰ GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), pp. 287 y ss. Sin embargo, la caracterización del reintegro como una “semiexcusa absolutoria” (así, *ibíd.*, p. 332) parece incongruente con la adopción de una tesis propiamente subjetivista.

³¹ BUNSTER, Álvaro, La malversación de caudales públicos, (Santiago, 1948), p. 79; GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), pp. 317 y s.

³² Así ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, tomo IV, 3ª edición, (Santiago, 1998), pp. 241 y ss., quien entiende el reintegro como una circunstancia atenuante; GARRIDO, Mario: Derecho Penal, t. III, 4ª edición, (Santiago, 2010), pp. 447 y s., quien habla del reintegro como una “condición objetiva positiva”; RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, Delitos contra la función pública, 2ª edición, (Santiago, 2008), pp. 401 y ss., 405 y s.; diferenciadamente POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 1ª edición, (Santiago, 2004), pp. 471 y ss., quienes asumen que, en caso de que al funcionario corresponda la “administración de efectos públicos”, la demarcación dependería de la existencia de una disposición subjetiva al reintegro, sin perjuicio de lo cual “el reintegro posterior operaría únicamente como una presunción *jure et de jure* de que el funcionario ha tomado los efectos únicamente para usarlos indebidamente, no como señor y dueño” (cursivas suprimidas).

tancia propiamente objetiva, más allá de cuál deba ser la caracterización dogmática de dicha circunstancia objetiva.³³

Lo crucial aquí es advertir que una y otra tesis comparten una premisa fundamental, a saber: la hipótesis de la homogeneidad de los ámbitos típicos del peculado y la desviación de fondos, para cuya demarcación sólo cabría recurrir a la conexión (objetiva o subjetivamente construida) que ha de darse entre la sustracción y el eventual reintegro de los caudales o efectos en cuestión. Aquí radica el déficit capital de las propuestas de elaboración dogmática de la regulación legal: la hipótesis de la identidad de los respectivos presupuestos típicos vuelve imposible dar cuenta de algunos datos de la regulación cuya adecuada consideración puede llevar a una propuesta de demarcación más favorable al reconocimiento de la racionalidad inmanente de esa misma regulación. Y éste tendría que ser el estándar para evaluar el mérito o el demérito de cualquier propuesta de elaboración dogmática, que siempre es elaboración dogmática de la regulación legal.

Para reconocer la heterogeneidad de los ámbitos típicos del peculado y la desviación de fondos, el primer paso consiste en desactivar el lugar común según el cual el hecho de que el art. 233 exija que el funcionario tenga a su cargo los caudales o efectos en razón de “depósito, consignación o secuestro” carecería de mayor significación, en la medida en que se trataría de una simple enunciación ejemplificativa, sin pretensión alguna de clausurar el ámbito típico del delito en cuestión. A favor de ello suele invocarse un antecedente relativo a la historia del establecimiento de la disposición legal, consistente en que la cláusula en cuestión habría sido introducida únicamente para compensar la decisión de incorporar los caudales o efectos de particulares en la descripción del correspondiente objeto de la acción en el marco del art. 233, debiendo ser interpretada como carente de mayores efectos restrictivos.³⁴

Lo notable de esta última consideración, ahora bien, está en la idea de que el hecho de que el art. 233 tipifique una forma de malversación susceptible de ser realizada respecto de caudales o efectos de particulares, en manifiesta contraposición a lo previsto por el art. 235, no tendría mayor incidencia para la diferenciación sistemática de uno y otro ámbito típico. Pero la pregunta tendría que ser, precisamente, la siguiente: ¿cómo cabe explicar que en el contexto de la tipificación del

³³ Ciertamente, esta descripción de la tesis objetivista se aviene mejor con aquellas posiciones que ven en la inexistencia del reintegro un elemento (negativo) del tipo delictivo del peculado, frente a aquellas que entienden la falta de reintegro como una condición objetiva de punibilidad del hecho bajo la norma de sanción del art. 233.

³⁴ Véase ya BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos*, (Santiago, 1948), pp. 47 y ss.; también GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno*, en del mismo, *Estudios y defensas penales*, 2ª edición, (Santiago, 2007), pp. 310 y s., quien habla de un “desliz” en la redacción aprobada por la Comisión Redactora.

peculado, en el art. 233, se encuentre expresamente comprendida la exigencia de que el funcionario tenga a su cargo los caudales o efectos en razón de depósito, consignación o secuestro, incluidos aquí, también por mención literal, los caudales o efectos de particulares, en circunstancias de que en el contexto del art. 235 figura ni la una ni la otra cláusula?

Bajo una comprensión de la tarea de la interpretación de la ley construida sobre la premisa metódica de la primacía de la atribución de consistencia y coherencia a las disposiciones de cuya interpretación se trata, en el sentido del así llamado “principio de caridad”,³⁵ resulta inaceptable no conferir relevancia interpretativa a la inequívoca diferencia que se da entre los textos de los arts. 233 y 235. Y para contrarrestar esto, el recurso a las actas de la Comisión Redactora tendría que reclamar la misma relevancia que el recurso a las actas de cualquier antecedente del proceso legislativo encaminada a la promulgación de algún texto legal, a saber: ninguna relevancia en absoluto.³⁶

3. *El “depósito” de los caudales o efectos como presupuesto típico del peculado*

La manera más obvia de reconocer significación sistemática a la doble diferencia que se da entre la redacción de los encabezados de los arts. 233 y 235 pasa por postular la existencia de una correspondiente diferencia en cuanto a la respectiva posición jurídica relativa del funcionario respecto de los caudales o efectos que pueden contar, en cada caso, como objeto de sustracción. Esta diferencia admite ser presentada en los siguientes términos: mientras que el poten-

³⁵ Al respecto MAÑALICH, Juan Pablo, ¿Reglas del entendimiento? Acerca de la “juridificación” de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas, en *Estudios Públicos*, (2010), pp. 121 y ss., 139 y ss.

³⁶ Atribuir relevancia a antecedentes de esa índole supone confundir el estatus del canon hermenéutico conocido como el “elemento histórico”, cuyo sentido se reduce a la identificación del contexto preciso en que tuvo lugar la introducción de una determinada regulación o modificación legal, para así establecer en qué pudo consistir la alteración del régimen jurídico anterior pretendida a través de la innovación legislativa; o dicho en palabras algo más celebres: “El elemento histórico tiene por objeto el estado de la relación jurídica en cuestión, determinado mediante reglas jurídicas, al tiempo de la ley dada”. Así SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, (Berlín, 1840), pp. 212 y ss., 214. La confusión consiste en redefinir el canon (o argumento) histórico en el sentido de un canon “o argumento” genético. Para esta distinción véase ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª edición, (Frankfurt, 1991), pp. 291 y ss., 294 y s. En cualquier caso, tal confusión no puede servir de pretexto para que el intérprete conceda relevancia a las palabras de un agente distinto de aquel cuyas palabras son objeto de interpretación, a saber: del legislador. Y el legislador sólo habla, por definición, a través de la ley. Para una impugnación del recurso a la supuesta “voluntad histórica del legislador” como estándar interpretativo, véase ya BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, (Aalen, 1991), (orig. 1885), pp. 454 y ss.

cial autor de la malversación tipificada en el art. 233 ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su sola conservación, el potencial autor de la malversación tipificada en el art. 235 ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su administración o inversión.

A favor de esta propuesta de reconstrucción habla, por de pronto, la siguiente consideración. La posición de un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos para su conservación se corresponde exactamente con la posición de un depositario. El art. 233 menciona, en efecto, tres títulos alternativos de tenencia: el depósito, la consignación y el secuestro. Pero la consignación y el secuestro no son más que modalidades especiales de depósito: consignatario es quien recibe en depósito la cosa que una persona debe a otra a condición de que el acreedor la repugne o no comparezca a recibirla (art. 1599 CC); y secuestre es quien recibe en depósito una cosa que se disputan dos o más personas, para entregarla a aquella que obtenga una decisión favorable al respecto (art. 2249 CC).

Ciertamente, esto no quiere decir que la posición relativa al objeto de sustracción del eventual autor de la malversación tipificada en el art. 233 dependa de la validez jurídico-civil del respectivo depósito (*lato sensu*).³⁷ Esto es decisivo, desde ya, para que sea posible afirmar la realización del tipo delictivo del peculado si el funcionario sustrae caudales o efectos antes de proceder a su registro en inventario.³⁸ Pero sí quiere decir que sólo puede ser autor de peculado, en los términos del art. 233, aquel funcionario que tenga a su cargo los respectivos caudales o efectos *a modo* de depositario, esto es, “para que los guarde y los restituya”, parafraseando el art. 2215 del Código Civil.

Ello hace posible explicar, desde ya, que bajo el art. 233 queden incluidos caudales o efectos de particulares como posible objeto de la sustracción típica: la probidad en el desempeño de la función pública también ha de ser normativamente garantizada ante la situación de cualquier particular que se ve jurídicamente obligado o autorizado a dejar bienes en custodia de agentes de la administración.³⁹ La solución también hace posible explicar por qué, para los efectos de la malversación tipificada en el art. 233, carece de toda relevancia si el funcionario

³⁷ Así ya BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos*, (Santiago, 1948), p. 50; RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, (Santiago, 2008), pp. 392 y s.

³⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno*, en del mismo, *Estudios y defensas penales*, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 313.

³⁹ De ello no cabe inferir, no obstante la persistencia del lugar común, que la exigencia de una detención de los caudales o efectos a modo de depositario sólo tendría sentido tratándose, en efecto, de caudales o efectos de particulares. Para ello basta con reconocer la sensatez de dos de los ejemplos mencionados por Carrara: “el bibliotecario público y el director de un museo público que sustraen cuadros o libros de propiedad pública para obtener con ellos alguna ganancia privada, son verdaderos reos de peculado”. Así CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho*

llega a reintegrar los caudales o efectos que ha (efectivamente) sustraído.⁴⁰ Pues la posición del funcionario a quien se dirige la prohibición de sustracción, en este ámbito, queda definida como una posición orientada a la sola conservación de los caudales o efectos puestos a su cargo. Y, finalmente, la solución hace posible explicar, asimismo, que el art. 233 también tipifique, alternativamente, la modalidad omisiva de peculado consistente en que el funcionario no impida la sustracción ajena de los caudales o efectos puestos a su cargo. Ello se condice perfectamente con su posición relativa a éstos, como una posición funcional a la guarda o conservación de los mismos; y ello, hasta el punto de que el legislador afirma aquí el merecimiento de pena no sólo del quebrantamiento doloso, sino también del quebrantamiento (inexcusablemente) negligente del mandato, dirigido al funcionario, de impedir que terceros sustraigan los caudales o efectos puestos a su cargo.⁴¹

Esta caracterización de la posición relativa del potencial autor de peculado, en los términos del art. 233, encuentra un punto de apoyo importante en la propuesta de demarcación de la estructura delictiva del peculado y del así llamado “desfalco de caja” que elaborase Carrara.⁴² Éste, exponiendo los requisitos para la configuración de una instancia de peculado, da cuenta de la exigencia concerniente a las condiciones de entrega o (desde el punto de vista del funcionario) recepción de los bienes objeto de la acción, sosteniendo que para la punibilidad del hecho a título de peculado sería necesario “que el depositario público sea deudor de especies, no de cantidades”, lo cual equivaldría a la exigencia de que sobre el funcionario recaiga “la obligación de conservar y devolver las cosas que le fueron entregadas”.⁴³

Es notable que Carrara especifique que, en tanto “depositario”, el funcionario que puede venir en consideración como autor de peculado puede haber recibido bienes constitutivos de dinero, siempre que no se trate de dinero “recibido para

Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), p. 16.

⁴⁰ Acerca de la determinación del concepto de sustracción, aquí relevante, véase el párrafo final de la presente sección.

⁴¹ Por ende, y a diferencia de lo sugerido por Ossandón (OSSANDÓN, María Magdalena, Malversación y fraude al Fisco. Vid. artículo anterior en esta misma revista, I), el reconocimiento de la punibilidad de esta modalidad omisiva de peculado a título de negligencia inexcusable nada tiene que ver con el supuesto carácter de la malversación como “delito de infracción de deber”.

⁴² Véase CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), pp. 9 y ss., 18 y ss.

⁴³ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), p. 19.

arriesgarlo”.⁴⁴ Y es justamente sobre esta premisa que Carrara construye su crítica de algunos “códigos modernos”, que “declaran reo de peculado, punible como tal, al funcionario público que se apropia del dinero público que se le ha confiado para que lo tenga por su cuenta y riesgo”.⁴⁵ Carrara observa que semejante regulación desafiaría principios jurídicos elementales, desde ya porque “el funcionario deudor de cantidades es constituido propietario del dinero que recibe”, quedando facultado para disponer de éste en virtud de la naturaleza del contrato por el cual lo recibe, de modo tal que el correspondiente delito, consistente en un desfalco de caja, recién se consumaría “cuando, al rendir cuentas, [el funcionario] no paga exactamente su deuda a la administración pública”.⁴⁶

De esta manera, Carrara identifica el punto de vista decisivo para la diferenciación que aquí interesa: en el caso del peculado, el funcionario tiene a su cargo caudales o efectos que han de ser conservados, y no aplicados; en el caso del desfalco, el funcionario tiene a su cargo caudales o efectos que sí han de ser aplicados, esto es, utilizados o invertidos en el contexto del desempeño del cargo o función propia del autor, en pos de la adecuada realización de la finalidad (pública) a la cual esos caudales o efectos están destinados. Sin embargo, Carrara confunde el criterio diferenciador que ha de seguirse de la adopción de ese punto de vista. Pues que el funcionario respectivo se encuentre en una posición definida por una obligación de conservación o bien por una obligación de administración o inversión de los caudales o efectos en cuestión no depende de si esa obligación recae sobre una cosa específica o, en cambio, sobre una cosa genérica.

La dificultad surge tratándose de la posibilidad de la obligación de conservación de los caudales o efectos, que define la posición relativa del potencial autor de un peculado, recaiga sobre cosas de género, y en particular sobre dinero. Pues en la medida en que el funcionario quede vinculado a modo de depositario respecto del dinero que recibe, la simple aplicación del régimen jurídico del así llamado “depósito irregular” (art. 2221 CC) haría necesario reconocer, como Carrara lo hacía explícito, que el funcionario quedaría facultado para hacer uso del dinero, obligándose entonces a restituir igual cantidad. Mas precisamente en este punto se vuelve determinante que la posición relativa del funcionario, respecto de los caudales o efectos que tiene a su cargo, esté supeditada a su estatus absoluto de funcionario público. Pues éste es un estatus que queda definido por el conjunto de estándares de comportamiento que se reconducen al

⁴⁴ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), p. 19.

⁴⁵ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), p. 20.

⁴⁶ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), p. 20.

así llamado “principio de probidad”, que exige del funcionario, en lo atinente al desempeño de su cargo o función, dar preeminencia al interés general por sobre el interés particular, tal como ello está establecido, en el marco del derecho chileno, en el art. 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Luego, si la presunción jurídico-civil de autorización del uso del dinero recibido en depósito, tratándose de un depósito irregular, se funda en una deferencia hacia el interés particular del depositario, dicha presunción ha de entenderse revertida en virtud del estatus público en virtud del cual el funcionario recibe el dinero a modo de depositario. Ello deja intacto el hecho de que al recibir dinero no especificado, el funcionario se convierte en propietario del mismo, por la sola circunstancia de tratarse aquí de una obligación de cosa genérica (arts. 575 inc. 2° y 1509 CC); de ahí que esté completamente fuera de lugar hablar, en tales circunstancias, de una apropiación de los caudales o efectos por parte del funcionario.⁴⁷ Pero en tal medida, el funcionario que tiene a su cargo dinero en razón de depósito, consignación o secuestro, ha de ocuparse de mantener igual cantidad a la recibida en su poder *qua* funcionario.

Lo anterior vuelve posible, finalmente, ofrecer una determinación de lo que ha de entenderse por “sustracción” en este contexto. Puesto que el potencial autor de peculado ya tendrá custodia (exclusiva o eventualmente compartida con otro u otros funcionarios) sobre los caudales o efectos en cuestión, cabe descartar el recurso a la definición del concepto de sustracción que ofrece la reconstrucción dogmática de la tipificación del hurto; su sustracción ha de identificarse con una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detentación. Es decir: “sustracción” significa mutación de custodia pública en custodia privada.⁴⁸

4. La destinación para la gestión o inversión de los caudales o efectos como presupuesto típico de la desviación de fondos

Esta caracterización de los presupuestos típicos de la malversación constitutiva de peculado lleva a deslindar por contraste los presupuestos típicos de la malversación constitutiva de distracción de fondos. La posición relativa del funcionario que puede venir en consideración como autor de una desviación de fondos (art. 235 incs. 1° y 3°) —o bien como autor de una aplicación pública dife-

⁴⁷ Así, sin embargo, ya BUNSTER, Álvaro, La malversación de caudales públicos, (Santiago, 1948), pp. 55 ss.; GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), pp. 314 s.; GARRIDO, Mario: Derecho Penal, t. III, 4ª edición, (Santiago, 2010), p. 447.

⁴⁸ Véase GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en, del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 315, quien ilustra el punto recurriendo a la noción de *interversio possessionis*.

rente (art. 236)– está definida por una obligación de administración o inversión de los caudales o efectos. Ello explica que, en este ámbito, el objeto de la acción sólo pueda estar constituido por caudales o efectos públicos, cuyo carácter de tal queda asegurado, precisamente, por su destinación al desenvolvimiento del servicio respectivo. De ahí que tanto en el art. 235 como en el art. 236 se hable de la *aplicación* de los caudales o efectos para la correspondiente descripción del injusto típico.

Es obvio que ello puede tener impacto, a su vez, en la naturaleza de los bienes que puedan tener relevancia aquí como caudales o efectos puestos a cargo del funcionario respectivo. Pues aquí se ha de tratar de caudales o efectos puestos, literalmente, a *disposición* del funcionario, esto es, puestos a su cargo para que sean aplicados o utilizados según su destinación a una determinada finalidad pública. De ahí que el inc. 3º del art. 235 re-describa el comportamiento constitutivo de aplicación de los caudales a usos propios o ajenos como “uso indebido”, y al mismo tiempo re-describa los caudales o efectos de cuyo uso indebido se trata como “fondos”. Esto hace posible favorecer una tesis restrictiva en cuanto a la especificidad de la relación de detentación que ha de darse entre el funcionario y los caudales o efectos.

En tanto administrador o inversor de los recursos puestos a su cargo, la posición del funcionario podría ser entendida, en términos de las categorías del derecho privado, como equivalente a la posición de un mandatario. Y de conformidad con el régimen jurídico propio del mandato, el mandatario se hace propietario del dinero que “tiene en su poder por cuenta del mandante”, salvo en el caso de que las “especies metálicas” sean entregadas como cosa de especie, tal como lo prevé el art. 2153 del Código Civil. Por ende, tampoco aquí tiene pertinencia alguna la noción de apropiación para la caracterización del injusto específicamente realizado a través de la desviación de los fondos a disposición del funcionario.

Antes bien, se trata de un menoscabo del correcto ejercicio de la función pública que se reduce al hecho de que los fondos sean aplicados de modo incongruente con su respectiva destinación pública.⁴⁹ Tratándose del delito de desviación de fondos, ese menoscabo se expresa en la aplicación de los fondos para la satisfacción de un interés particular, sea propio o ajeno. Tratándose en cambio del delito de aplicación pública diferente, el menoscabo se expresa en la aplicación de los fondos a una finalidad pública distinta de aquella presupuestariamente prevista; de ahí que en este último caso el injusto del hecho sea menor, en la medida en que el comportamiento del funcionario no compromete la dimensión del principio de probidad que exige dar preeminencia al interés general por sobre el interés particular.

⁴⁹ Véase ya BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos*, (Santiago, 1948), pp. 117 y s.

Lo anterior también hace posible explicar, sin dificultad alguna, que en una y otra disposición el legislador recurra a la existencia o inexistencia de daño o entorpecimiento para el servicio como criterio auxiliar de cuantificación del injusto correspondiente, para los efectos de la magnitud de la penalidad del hecho. Pues ello muestra que, desde el punto de vista de la representación legislativa, para la ilicitud de una desviación de fondos –así como para la ilicitud de una aplicación pública diferente– no es esencial en lo absoluto que llegue a producirse un menoscabo para el desenvolvimiento del servicio público en cuya gestión debían ser aplicados los caudales o efectos desviados.

Finalmente, la equiparación analógica de la posición del funcionario, en este ámbito, a la del mandatario, tiene importancia para desentrañar el sentido del enigmático inc. 2º del art. 235, que hace aplicables las penas correspondientes al peculado en caso de que el autor de una desviación de fondos en caso de que no se verifique el reintegro. De conformidad con lo ya sugerido, lo que el legislador tipifica por esta vía no es sino el así llamado “delito de desfalco”,⁵⁰ tal como éste fuese reseñado por Carrara. Y tal como Carrara lo sostuviera, el desfalco ha de ser entendido como un delito de omisión, consistente en la falta de reintegro de la cantidad sustraída, a modo de desviación, por el funcionario al momento de rendir cuentas de su gestión.⁵¹

Esto significa que la desviación de los fondos para la satisfacción de una finalidad particular, propia o ajena, se constituye como fundamento, a modo de actuar precedente, de un específico deber de reintegrar los caudales o efectos desviados; y es la imputación de esta falta de pago a modo de infracción personal del deber del reintegro lo que hace aplicable las magnitudes de penalidad que el art. 233 prevé para la malversación constitutiva de peculado, según cuál sea la cuantía de los caudales o efectos sustraídos. Puesto que se trata aquí de un delito de omisión propiamente tipificado como tal, no sería técnicamente adecuado identificar la desviación de los fondos que condiciona la aplicabilidad del correspondiente mandato de reintegro dirigido al funcionario con la base de una posición de garante. Pero, en todo caso, en la medida en que es la previa desviación de los caudales o efectos lo que gatilla el deber de reintegro cuya infracción es punible a título de desfalco, el principio *ne bis in idem* favorece la afirmación de un concurso aparente entre el desvío de fondos y el posterior desfalco, bajo el reconocimiento de la desviación de fondos como hecho anterior co-penado.

Nótese que la consumación del desfalco, según la propuesta aquí favorecida, tiene lugar en el momento en que el funcionario debe rendir cuentas de su ad-

⁵⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, t. IV, 3ª edición, (Santiago, 1998), p. 243.

⁵¹ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964), 1964, p. 20.

ministración de los caudales o efectos puestos a su cargo, sin haber efectuado el reintegro. Cuál sea la oportunidad para ello, lo determinan, por defecto, los arts. 85 y siguientes de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. Pero es fundamental reparar en que el momento en que ha de tener lugar la rendición de cuentas no necesariamente coincidirá con el momento en que la Contraloría dirija el requerimiento correspondiente al funcionario.

Esto último suele ser pasado por alto cuando se sostiene que la última oportunidad para el reintegro, de modo tal de volverse inaplicable lo previsto en el inc. 2º del art. 235, sería hasta antes de efectuado el requerimiento en cuestión, en atención a lo establecido en el inc. 2º del art. 85 de la misma ley. Este artículo dispone que “cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores”. Pero de esta disposición no cabe inferir, a *contrario sensu*, que antes de ser requerido el funcionario no podría haber sustraído los valores en cuestión;⁵² lo único que puede inferirse de ello, más bien, es que la existencia de una sustracción no cuenta como objeto de presunción con anterioridad a dicho momento. Una regla probatoria no puede ser transformada, sin distorsión, en una regla de definición sustantiva.

Para cerrar esta sección, una reflexión final: la tesis aquí defendida lleva a configurar los ámbitos típicos del peculado y la desviación de fondos como mutuamente excluyentes, solución que resulta de una lectura “restrictiva”, desde el punto de la discusión más tradicional, del art. 233 del Código Penal. Hasta cierto punto al menos, la propuesta lleva a perfilar el delito de peculado como una forma más o menos marginal de malversación, en la medida en que los casos de funcionarios públicos que tienen a su cargo bienes para su sola conservación ciertamente tenderán a ser menos frecuentes que los casos de funcionarios habilitados para su administración e inversión. Pero ello no debería ser demasiado sorprendente, si se atiende ya a la etimología del término “malversación”, término que designa, justamente, una *mala inversión*.⁵³

⁵² Así, empero, GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), p. 338; RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, Delitos contra la función pública, 2ª edición, (Santiago, 2008), p. 405, entendiendo que en tal caso también resultaría excluida la punibilidad del hecho a título de desviación de fondos, en el sentido de los incs. 1º y 3º del art. 235. La falta de plausibilidad de esta última tesis queda de manifiesto si se repara en que ella hace dependiente la existencia de una sustracción de la eventual falta del reintegro hasta antes de la rendición de cuentas, en circunstancias de que es precisamente la sustracción de los fondos lo que genera el contexto para que pueda tener lugar su reintegro.

⁵³ GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007), pp. 289 y s.

III. EL FRAUDE AL FISCO COMO DELITO ESPECIAL DE GESTIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Frente a la característica común a las distintas variantes de malversación punible, consistente en la posición relativa del funcionario que es potencial autor, quien ha de tener a su cargo los caudales o efectos de cuya conservación o aplicación se trata, lo distintivo del así llamado “fraude al Fisco”, tipificado en el art. 239 del Código Penal, consiste en la posición relativa del respectivo funcionario que, en razón de su cargo, interviene en una determinada operación de significación patrimonial para el Estado u otra entidad pública,⁵⁴ en el marco de lo cual ha de tener lugar la defraudación, con perjuicio para el respectivo patrimonio público.

Tradicionalmente se ha tendido, aun cuando con matices, a identificar el injusto del fraude al Fisco con el de una estafa especial,⁵⁵ fundamentalmente a partir de la validación de una interpretación de la exigencia de “defraudación” como la exigencia de un comportamiento constitutivo de engaño.⁵⁶ El problema capital a que se ve enfrentada semejante interpretación radica en que la comprensión del fraude al Fisco como una forma de estafa vuelve prácticamente imposible dar cuenta de la significación de la exigencia típica según la cual la defraudación ha de ser efectuada por el funcionario que interviene en la respectiva operación en razón de su cargo. Ello puede expresarse, metafóricamente, en términos de que el injusto del fraude al Fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”; siendo esto último, empero, lo característico de la estafa, en la medida en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial, para sí o para un tercero, por parte de otro.

A este respecto, es importante notar que, si se defiende la tesis del fraude al Fisco como una estafa especial, su estructura tendría que identificarse con la de una estafa en triángulo, por la sola circunstancia de tratarse de una estafa cuya víctima estaría constituida por una persona jurídica.⁵⁷ Así, la persona engañada

⁵⁴ RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, (Santiago, 2008), p. 417.

⁵⁵ Enfáticamente a favor de esta tesis POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 1ª edición, (Santiago, 2004), p. 476.

⁵⁶ Matizadamente ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, t. IV, 3ª edición, (Santiago, 1998), p. 247, quien, bajo una noción de engaño especialmente restrictiva, sostiene que en todo caso el funcionario a lo menos habrá de incurrir en una mentira; GARRIDO, Mario: *Derecho Penal*, t. III, 4ª edición, (Santiago, 2010), pp. 455 y s., reconociendo también la relevancia (alternativa) del abuso de confianza.

⁵⁷ Al respecto KINDHÄUSER, Urs, *Lehr- und Praxiskommentar zum StGB*, 4ª edición, (Baden-Baden, 2010), § 263, n.m. 141. Acerca del problema en relación con el derecho chileno,

jamás podría ser idéntica al ente público cuyo patrimonio habría de verse menoscabado por la respectiva disposición efectuada bajo el error resultante del engaño; la persona engañada, antes bien, tendría que ser la persona natural que está en posición de efectuar la disposición que compromete el patrimonio del ente público respectivo, que en su estatus de persona jurídica contaría como (la única) víctima de la estafa en cuestión. Y tratándose de una disposición patrimonial atribuible al Estado o a otro ente público, es claro que sólo un funcionario con posibilidades de disponer del patrimonio en cuestión podría contar como engañado en el sentido de la estafa.

Esto es especialmente difícil de conciliar con el tenor literal del art. 239. Pues aquí la posición del funcionario que interviene en una determinada operación en razón de su cargo se identifica con la posición del autor, en circunstancias de que, de tratarse de una estafa, dicha posición tendría que estar ya ocupada por la persona engañada por el autor. Luego, la única posibilidad de defender consistentemente la interpretación del art. 239 como una norma de sanción que tipifica una forma especial de estafa pasaría por sostener que para la realización del tipo delictivo sería indispensable que un funcionario que interviene en una determinada operación en razón de su cargo engañe a otro funcionario que también interviene en dicha operación en razón de su cargo, a consecuencia de lo cual el segundo lleve a cabo, bajo error acerca de circunstancias de hecho con relevancia para la decisión, una disposición perjudicial para el patrimonio del ente público en cuestión. Y está de más decir que esta “solución” resulta manifiestamente extravagante en atención al texto de la disposición legal en cuestión.

Por ello, no basta con advertir que sólo “en ocasiones el artificio empleado pueda consistir en el engaño a otro funcionario, cuando sea necesaria su intervención para lograr la disposición patrimonial”.⁵⁸ Pues ello parece dejar en pie la muy problemática sugerencia de que, debiendo de todas formas verificarse alguna modalidad (aun cuando mínima) de engaño, éste pudiera estar dirigido a la propia entidad pública de cuya gestión patrimonial se trata, lo cual resultaría enteramente incompatible con la noción de engaño utilizada en la reconstrucción dogmática del injusto de la estafa.

Luego, hay que abandonar sin cualificación alguna la idea de que el delito tipificado en el art. 239 del Código Penal pudiera exhibir, en todos o en algunos casos, la estructura de una estafa. La mejor interpretación de la disposición, en efecto, es la que lleva a conceptuar el fraude al Fisco como un delito de adminis-

véase HERNÁNDEZ, Héctor, La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal, en *Revista de Derecho UACH* XXIII, (2010), pp. 201 y ss.

⁵⁸ RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, (Santiago, 2008), p. 418.

tración desleal del patrimonio público;⁵⁹ o más precisamente: de gestión desleal del patrimonio público.⁶⁰ Aquí son muchas las cuestiones que aún necesitarían ser elucidadas, desde ya la pregunta de si las dos modalidades de administración desleal que suelen ser diferenciadas en la discusión comparada –ante todo en referencia al § 266 del Código Penal alemán–, a saber, la variante de abuso de una facultad de administración o disposición y la variante de sola deslealtad en la gestión de los negocios de otro,⁶¹ pudieran reclamar relevancia típica bajo el art. 239.

De cualquier modo, a favor de la tesis del fraude al Fisco como delito de administración desleal habla decisivamente la circunstancia de que ella hace posible dar cuenta de su tipificación como un delito de mero perjuicio patrimonial, y no como un delito de aprovechamiento (o enriquecimiento) patrimonial, que es lo que tendría que predicarse del fraude al Fisco, empero, si se lo entendiera como una estafa especial. Esto, al menos en tanto el carácter de delito de aprovechamiento propio de la estafa se entiende subjetivamente expresado a través de la exigencia típica de un específico ánimo de lucro,⁶² exigencia a favor de la cual no cabe reconocer argumento alguno tratándose del delito tipificado en el art. 239 del Código Penal. Lo cual vuelve más fácil, a su vez, dar cuenta de la manera en que el injusto del fraude al Fisco se corresponde con una vulneración del principio de probidad, en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa.

De ahí que el carácter de delito de mero perjuicio que exhibe el fraude al Fisco, bajo su comprensión como delito de administración desleal, haga posible explicar la (hoy ya no abrumadoramente) mayor penalidad de las formas más graves de malversación, a saber, del peculado y el desfalco. Pues para el injusto

⁵⁹ Véase HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho PUCV XXVI*, (2005), pp. 201 ss., 234 ss.

⁶⁰ La ventaja comparativa de esta terminología estriba en que con ella se evita cualquier posible sugerencia equívoca de algo cercano a una exigencia de administración de bienes; la posición relativa del funcionario se reduce, en este ámbito, y a diferencia del de la malversación, a desempeñarse en la gestión negocial (*lato sensu*) del patrimonio público respectivo.

⁶¹ Por todos KINDHÄUSER, Urs, Lehr- und Praxiskommentar zum StGB, 4ª edición, (Baden-Baden, 2010), § 266, n.m. 11, pp. 14 y ss., 40 y ss., 70 y ss.; véase al respecto HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho PUCV XXVI*, (2005), pp. 241 y ss.

⁶² Respecto del problema bajo el Código Penal chileno, cuya tipificación de la estafa prescinde de una exigencia explícita de ánimo de lucro como elemento subjetivo específico, véase HERNÁNDEZ, Héctor, Aproximación a la problemática de la estafa, en *VV.AA.*, Problemas Actuales de Derecho Penal, Universidad Católica de Temuco, (Temuco, 2001), pp. 147 y ss., 188 y ss.

de estas formas de malversación, y no así para el injusto del fraude del Fisco, es constitutiva la vulneración de la dimensión del principio de probidad específicamente asociada a la exigencia de que el funcionario dé preeminencia al interés general por sobre el particular.

Para terminar: bajo la comprensión del fraude al Fisco como un delito de administración desleal es enteramente irrelevante que en determinados casos el funcionario que en razón de su cargo interviene en una operación que compromete el patrimonio público puede valerse de una maniobra constitutiva de –o cercana a– un engaño. Pues de ser así, la maniobra en cuestión resultará enteramente accidental desde el punto de vista de las circunstancias de cuya satisfacción depende la realización del tipo delictivo en cuestión. Entender que, por el hecho de que el autor de un fraude al Fisco pueda valerse de una maniobra engañosa a tal efecto, sería posible afirmar que en algunos casos “el fraude al Fisco puede constituir una estafa”, equivaldría asumir que, por el hecho de que a veces alguien pueda matar a otra persona cortándole las extremidades, de modo tal de condicionar su muerte por hemorragia, sería posible afirmar que en algunos casos “el homicidio puede constituir una mutilación”.

Si se acepta que la tipificación del fraude al Fisco exige nada parecido a un engaño, entonces ha de aceptarse que el fraude al Fisco jamás puede *constituir* una estafa, con total independencia de si el comportamiento de una persona pudiera llegar a realizar, al modo de una “unidad de hecho”, uno y otro tipo delictivo. Para no confundir el estatus de esta última pregunta, que es una pregunta acerca de las condiciones de posibilidad de un eventual concurso entre un fraude al Fisco y una estafa,⁶³ con el estatus de la pregunta acerca del alcance de la tipificación legal del fraude al Fisco, es imprescindible no confundir la fenomenología con la dogmática.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª edición, (Frankfurt, 1991)
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung I*, (Aalen, 1965)
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts I*, 2ª edición, (Leipzig, 1902)
- BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, (Aalen, 1991), (orig. 1885)
- BLOY, René, *Die Bedeutung des Irrtums über die Täterrolle*, en *ZStW* 117, (2005)

⁶³ El cual habrá de ser calificado o bien como un concurso ideal o bien como un concurso aparente, según si la aplicabilidad conjunta de una y otra norma de sanción se juzgue como admisible o inadmisibile, respectivamente, bajo el principio *ne bis in idem*.

- BUNSTER, Álvaro, La malversación de caudales públicos, (Santiago, 1948)
- CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, vol. VII, ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge (trad.), (Bogotá, 1964)
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, t. IV, 3ª edición, (Santiago, 1998)
- GARRIDO, Mario, Derecho Penal, t. III, 4ª edición, (Santiago, 2010)
- GÜNTHER, Klaus, Schuld und kommunikative Freiheit, (Frankfurt, 2005)
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno, en del mismo, Estudios y defensas penales, 2ª edición, (Santiago, 2007)
- HAAS, Volker, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, (Berlín, 2008)
- HERNÁNDEZ, Héctor, Aproximación a la problemática de la estafa, en VV.AA., Problemas Actuales de Derecho Penal, Universidad Católica de Temuco, (Temuco, 2001)
- HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho PUCV* XXVI, (2005)
- HERNÁNDEZ, Héctor, La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal, en *Revista de Derecho UACH* XXIII, (2010)
- JAKOBS, Günther, El ocaso del dominio del hecho, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Conferencias sobre temas penales, (Buenos Aires, 2004)
- JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trad.), (Madrid, 1997)
- KAUFMANN, Armin, Teoría de las normas, BACIGALUPO, Enrique y GARZÓN KINDHÄUSER, Urs, La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad, en KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho, MAÑALICH, Juan Pablo (trad.), 2ª ed., (Montevideo y Buenos Aires, 2011)
- KINDHÄUSER, Urs, Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho, MAÑALICH, Juan Pablo (trad.), en *Revista de Estudios de la Justicia* 14, (2011)
- KINDHÄUSER, Urs, Lehr- und Praxiskommentar zum StGB, 4ª edición, (Baden-Baden, 2010)
- KUHN, Thomas, La estructura de las revoluciones científicas, (México, 1971)
- LANGER, Winrich, Die Sonderstraftat, 2ª edición (título de 1ª ed.: Das Sonderverbrechen), (Berlín, 2007)

- MAÑALICH, Juan Pablo, La estructura de la autoría mediata, en *Revista de Derecho PUCV XXXIV*, (2010)
- MAÑALICH, Juan Pablo, La pena como retribución, en *Estudios Públicos 108*, (2007)
- MAÑALICH, Juan Pablo, Norma e imputación como categorías del hecho punible, en *Revista de Estudios de la Justicia 12*, (2010)
- MAÑALICH, Juan Pablo, Nötigung und Verantwortung, (Baden-Baden, 2009)
- MAÑALICH, Juan Pablo, ¿Reglas del entendimiento? Acerca de la “juridificación” de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas, en *Estudios Públicos*, (2010)
- NAGLER, Johannes, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, (Leipzig, 1903)
- OSSANDÓN, María Magdalena, Malversación y fraude al Fisco. Vid. Artículo anterior en esta misma revista.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 1ª edición, (Santiago, 2004)
- RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, Delitos contra la función pública, 2ª edición, (Santiago, 2008)
- SÁNCHEZ-VERA, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, (Madrid y Barcelona, 2001)
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, t. I, (Berlín, 1840)
- VALDÉS, Ernesto (trad.), (Buenos Aires, 1977)
- WRIGHT, Georg Henrik, Norma y acción, (Madrid, 1970)