



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE POSTGRADO

APROXIMACIÓN AL REQUISITO NORMATIVO DEL TIPO “TENIENDO A SU CARGO” EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

AUTOR: RAMÓN IGNACIO ESPINOSA SAPAG

RUT: 10.240.565-K

PROFESOR GUÍA: SR. GERMÁN OVALLE MADRID

SANTIAGO, DICIEMBRE DE 2013

## Resumen

El presente trabajo apunta al análisis del requisito o elemento normativo del tipo “teniendo a su cargo” utilizado por el legislador en la primera parte del artículo 233 del Código Penal chileno, a propósito del delito de Malversación de Caudales Públicos o, también llamado, peculado, regulado en el párrafo 5, Título V del Libro II, del Cuerpo Legal citado.

Con este objeto y a fin de esclarecer adecuadamente los contornos de la alocución referida, en primer término desarrollaré, brevemente, los principales elementos de esta figura típica, especialmente lo relativo al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto material, a la conducta, al bien jurídico protegido y a algunos conceptos básicos. A continuación, me avocaré a la calificación de elemento normativo del tipo que recibe la frase que me ocupa, exponiendo además algunos problemas que se pueden presentar desde la perspectiva de la autoría y participación y del *iter criminis*. Posteriormente revisaré algunos aspectos relativos a las calidades y al vínculo que debe existir entre el sujeto activo del delito y los caudales o efectos que éste tiene a su cargo, haciendo referencia a opiniones nacionales y extranjeras que pretenden explicarlo, para luego abordar la variada doctrina y jurisprudencia nacionales sobre el tema principal, y por último compartir algunas conclusiones y reflexiones que se deriven de todo lo expuesto precedentemente.

**PALABRAS CLAVE:** Malversación de caudales públicos – Delitos de infracción de deber – Delitos funcionarios - Tener a su cargo – Caudales o efectos públicos – Elemento normativo del tipo.

## Índice

1. Introducción.....	4
2. Evolución histórica.....	6
3. Breve análisis de los elementos fundamentales del peculado.....	9
3.1. La conducta.....	11
3.2. El sujeto activo.....	13
3.3. El objeto material.....	17
3.4. El bien jurídico protegido.....	18
3.5. La penalidad.....	19
4. “Tener a su cargo” como elemento normativo del tipo penal.....	21
5. El problema desde la perspectiva de la autoría y participación y del <i>iter criminis</i> ....	27
6. Calidades y vínculo entre el sujeto activo y los caudales o efectos. Breve referencia al error de tipo.....	33
7. La situación en Chile. Doctrina y jurisprudencia.....	37
Conclusiones.....	47
Bibliografía.....	50

## 1. Introducción

La corrupción como fenómeno social tiene diversas formas de manifestarse, muchas de ellas tipificadas como delitos en los códigos penales contemporáneos. En el nuestro, específicamente dentro del Título V, del Libro Segundo, denominado “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, el legislador regula lo que en doctrina se ha denominado Delitos Funcionarios, concepto que abarca varios tipos penales, todos los cuales de alguna forma se vinculan ya que las conductas descritas lesionan el correcto funcionamiento de la administración del Estado y además su patrimonio. Entre estos delitos se pueden destacar los nombramientos ilegales, la usurpación de atribuciones, la prevaricación, los fraudes y exacciones ilegales, la violación de secretos, el cohecho y, en lo que interesa para este trabajo, la malversación de caudales públicos o también llamada peculado, regulada en el párrafo 5, desde el artículo 233 al 238, como una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción administrativa, delito en el cual centraré el análisis. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario destacar que no todos los delitos de corrupción se encuentran regulados en este Título, existiendo otras figuras reguladas a lo largo del Código Penal, como por ejemplo en el párrafo 10, del Título VII, del Libro II, y también en leyes especiales.

En su diseño legislativo la norma del artículo 233 del Código Penal y sus distintas formas, reguladas sucesivamente en los artículos siguientes, no han sido objeto de reformas sustanciales desde la dictación del Código Penal de 1874, siendo uno de los delitos en torno al cual se ha desarrollado abundante doctrina, jurisprudencia y análisis comparativos, surgiendo de esta forma algunas discrepancias interpretativas que se manifiestan, entre otros, en el elemento que en este trabajo se estudiará, cuestión que resulta relevante no solo desde un punto de vista dogmático, sino que también práctico.

Debido a esta situación me ha parecido interesante exponer las concepciones más relevantes que sobre el particular se han generado tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, primero en lo que se refiere al delito propiamente tal y luego

aterrizándolas al elemento en concreto, planteando además el tema desde diversas perspectivas y problemáticas, intentando dar algunas soluciones que en mi concepto son las más acertadas sobre cada una de ellas.

## 2. Evolución histórica

Como primera aproximación es necesario señalar que el delito de malversación de caudales públicos en la legislación nacional está inspirado, al igual que gran parte del Código Penal chileno, en la legislación española del siglo XIX, y comprende cuatro modalidades dolosas que son: sustracción o peculado (artículo 233 C.P.), distracción o desfalco (artículo 235 C.P.), aplicación pública diferente (artículo 236 C.P.) y negativa a un pago o entrega (artículo 237 C.P.), y una modalidad culposa (artículo 234 C.P.).

La palabra malversación proviene del latín *male versare*, que significa dirigir mal o mal utilizar algo e implica en general invertir en forma ilícita los bienes ajenos que una persona tiene a su cargo en usos distintos de aquellos para los que están destinados.<sup>1</sup>

La malversación de caudales públicos se llamó entre los romanos *peculatus*, palabra que deriva de *pecude* o *pecus*, que quiere decir ganado, la riqueza de los antiguos pueblos pastoriles, que constituía los bienes muebles más importantes entre los comunes y, por tal circunstancia, se consideraba una forma agravada del hurto. En general, estaba constituido por el hurto de cosa mueble perteneciente al Estado. En el Derecho Canónico recibe el nombre de *simonía* y se cometía contra los bienes de la Iglesia. Las Siete Partidas imponían la pena capital al tesorero, recaudador o juez que hurtaba u ocultaba maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos. El *peculatus* inicialmente fue una forma agravada del hurto, cuya agravante obedecía a la naturaleza de las cosas sobre las que recaía, que debía tratarse de dinero público. Este delito reprimía, entonces, la apropiación de cosas públicas.

A través del tiempo la figura fue sufriendo distintas modificaciones. En el derecho romano cesáreo, la característica principal del peculado dejó de recaer en la

---

<sup>1</sup> Según la Enciclopedia Jurídica Española, malversación es “La acción y efecto de malversar, de invertir mal, contra su natural destino un caudal propio o ajeno. Cuando el caudal es propio, como su destino depende de la misma voluntad, el hecho carece de consecuencias jurídicas, a menos de que revista los caracteres de prodigabilidad. Cuando el caudal es ajeno constituye o bien el género de la defraudación cuando se trata de caudales de particulares o específicos de Malversación de caudales públicos.” (Mouton y Ocampo. L. Alíer y Cassi. Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XXI. Barcelona. Editor. Francisco Seix. p. 545).

naturaleza de las cosas protegidas, para ubicarse en la calidad del sujeto activo y en la relación existente entre éste y los bienes objeto de la acción. Entonces, el concepto se amplió y pasó a abarcar hechos no contemplados por la figura del hurto. La característica esencial de esta nueva modalidad del peculado era el abuso de confianza, siendo el bien jurídico protegido la fe pública. En este sentido para Sebastián Soler, la figura moderna de este delito guarda más relación con el abuso de confianza que con el hurto. Este autor, luego de equiparar la acción de "sustraer" con la de "apropiarse", considera al peculado como una retención indebida agravada, "... no ya por ser cometido por un funcionario sino porque constituye un abuso de la función pública, con el cual además de haberse lesionado los intereses del fisco, se han lesionado los de la Administración en sentido amplio". Es así que la única diferencia que encuentra entre ambos delitos radica en que en el peculado, a diferencia de lo que ocurre en la defraudación por retención indebida, las funciones de custodia derivan de una situación oficial o son legalmente definidas.<sup>2</sup>

En su posterior evolución, la figura del peculado se fue diferenciando ya más claramente del hurto, pasando a ser entendido no solo como un mero abuso de confianza, sino como una forma de abuso de autoridad o abuso de la función pública, convirtiéndose en un requisito esencial del delito que el sujeto activo sea siempre un funcionario o empleado público, con lo cual el bien jurídico protegido pasa a ser, además del patrimonio del Estado, el regular y legal cumplimiento de la función pública. Por ello, la figura comienza a asemejarse más a otros tipos penales que dicen relación con el abuso de confianza y las defraudaciones, con la salvedad ya expresada en el sentido de que el peculado no constituye un mero abuso de confianza, sino un abuso de la función pública. Esto se considera así en virtud de que los bienes sobre los que debe recaer la conducta están constituidos por fondos públicos que se encuentran funcionalmente confiados a la custodia del empleado o funcionario público.

En nuestro ordenamiento jurídico la regulación que se le da a esta figura penal y, en general, a todas aquellas que se enmarcan dentro de la expresión amplia de Delitos Funcionarios o Delitos contra la Función Pública (aunque formalmente nuestro

---

<sup>2</sup> SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial La Ley, 1946. Tomo V, p. 236

legislador no utiliza esta denominación), no han sufrido grandes modificaciones a lo largo del tiempo. En este aspecto se puede destacar que durante la tramitación de la Ley 19.645 del año 1999, que introdujo los cambios más relevantes en este ámbito, suprimiendo, modificando e incorporando delitos, fue discutida la denominación que debía dársele a estos delitos con la finalidad de agruparlos en torno al bien jurídico protegido, proponiéndose la siguiente: De los Delitos contra la Función Pública, y eliminando con ello la referencia actual al sujeto activo, sin embargo la idea fue rechazada, manteniendo el título V del Libro II del Código Penal su nomenclatura original que rige hasta la actualidad.

Por último, la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Venezuela el 29 de marzo de 1996 y ratificada por Chile, luego de dar diversas definiciones, de referir los propósitos y especialmente de señalar los actos de corrupción a los cuales es aplicable (artículos I, II y VI, respectivamente), en el artículo XI dispone que: “A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de un tercero, hagan los funcionarios públicos de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieren percibido en razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”.

### **3. Breve análisis de los elementos fundamentales del peculado**

La malversación tradicionalmente ha sido considerada un delito de suma gravedad y trascendencia, no sólo por los intereses que lastima, esto es, caudales o efectos públicos, sino que también, y especialmente, por el abuso que hace el empleado público de la función de que está investido. Por ello, esta figura se asemeja a otros tipos penales como ser el abuso de confianza y la administración fraudulenta o infiel, con la salvedad de que el peculado no constituye un mero abuso de confianza, que se da en el ámbito privado, sino que va más allá, constituyendo, como fue advertido en el apartado anterior, un abuso de la función pública. Esto es así, en virtud de que los bienes sobre los que debe recaer la conducta típica, deben ser fondos públicos, pero también, y no menos importante, porque ellos se encuentran funcionalmente confiados a la custodia del empleado o funcionario público.

Se estima en general que esta figura penal existe cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, y en razón de ellas, se apropia de los caudales a su cargo o consiente que otro los substraiga sin intención de reintegrarlos, o bien, los distrae (con miras a restituirlos), o da ocasión a que, por negligencia inexcusable otro los sustraiga, o los desvía de su destinación pública normal o se niega, como tenedor de fondos del Estado, a efectuar un pago sin causa bastante. A cada una de estas conductas nuestro ordenamiento jurídico ha destinado un diferente tipo penal, como ya se ha indicado, con un tratamiento especial en los artículos 233, 234, 235, 236 y 237, todos del Código Penal.

En este sentido se suelen clasificar estas figuras en malversación propia cuando el sujeto activo es un funcionario público caso del artículo 233 del C.P., y malversación impropia, cuando el autor del hecho no es un funcionario público sino que alguno de los sujetos mencionados en el inciso 1° del artículo 238 del C.P., o cuando no se produce apropiación sino que mera distracción conforme al artículo 235 del C.P., o en el caso de la malversación imprudente del artículo 234 del C.P. Por último, nuestro ordenamiento jurídico penal contempla una falta en el artículo 494 N° 19, cuando la sustracción no supera una unidad tributaria mensual y la sanciona con multa, la que no puede ser inferior al valor de lo malversado, y podrá alcanzar el doble de ese

valor, aun cuando se supere la unidad tributaria mensual.

Sobre la base de las normas citadas, se puede señalar que, en general, los elementos básicos o esenciales que componen este delito en nuestro derecho son fundamentalmente tres:

- 1) el sujeto activo con la cualidad especial de ser empleado público;
- 2) que este funcionario tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en razón de su oficio o cargo; y
- 3) que se los apropie o permita que otro los substraiga, los distraiga o les de una aplicación pública diferente.

Sin perjuicio de lo anterior, además de los elementos citados cada una de las figuras típicas mencionadas exige requisitos propios que, por razones obvias, no serán analizados íntegramente, sino que solo en cuanto sea de utilidad para ilustrar el objetivo de este estudio.

El artículo 233 del Código Penal dispone: “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.

Esta norma castiga la forma más grave del peculado, esto es, al empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga. Es decir, se castiga tanto, la sustracción para sí, como la participación del empleado público en la sustracción que realiza un tercero, tenga o no la citada calidad.

### **3.1. La conducta**

Malversar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa invertir mal, distraer de su destino o dar aplicación indebida a los caudales o efectos existentes en manos de los funcionarios de la administración. En nuestro caso, si bien existe coincidencia con este concepto, la ley lo extiende además a aquellas personas que no tienen la calidad de empleados públicos, pero que están encargados de fondos considerados públicos, de acuerdo a lo que establece el artículo 238 del Código Penal. Al respecto el profesor don Alfredo Etcheberry expresa que “en general, la malversación se relaciona con la idea de empleo indebido de los fondos públicos; técnicamente se le suele dar una acepción más restringida: la de dar a los fondos públicos un destino también público, pero diferente del que tenían asignados por la ley o la autoridad competente. Sin embargo en nuestro código se denomina malversación a conductas que van más lejos que la acepción técnica, como la sustracción de fondos, y otras que tiene un carácter completamente diverso, como la negativa a efectuar un pago o a entregar una cosa.”<sup>3</sup>

Específicamente consiste en substraer o consentir que otro substraiga, siendo ésta la conducta más grave ya que se trata de una apropiación permanente, sin devolución, a diferencia de la figura del artículo 235 del CP en que la distracción no es definitiva, ya que en ella se permite o acepta la figura del reintegro, lo que implica

---

<sup>3</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. Tomo IV, Parte Especial, p. 236, para quien éste es uno de los delitos más importantes del título, aunque reconoce que nuestro legislador en el párrafo 4º incluye conductas de una gran heterogeneidad, que hace imposible encontrar un esquema rector común. A mi juicio esta última afirmación resulta del todo acertada y expone una realidad que dificulta no solo la comprensión del concepto sino que también el establecimiento de sus límites.

necesariamente un uso temporal de los fondos.<sup>4</sup> El substraer consiste en una acción material que implica una acción de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular, y consentir en que otro los substraiga puede consistir en una conducta activa o meramente pasiva, que en todo caso debe ser dolosa, pues las conductas culposas se sancionan en el artículo 234 del C.P. En este último punto hay autores como Bullemore y Mackinnon que admiten el dolo eventual fundados en que en la norma no hay expresiones que restrinjan la conducta por lo que es posible que se den hipótesis en tal sentido, especialmente respecto del consentir en la sustracción.<sup>5</sup>

El concierto con el tercero que subtrae los fondos es indiferente para los efectos típicos.

En este caso además, como los fondos substraídos se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del sujeto activo, éste no necesita extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona, aunque podría distinguirse teóricamente entre la esfera de resguardo del funcionario público como tal y como particular. Por último, la sustracción podría consistir también en quedarse con los caudales o efectos antes de que ellos se incorporen materialmente en arcas fiscales cuando el funcionario no efectúa el ingreso de los fondos percibidos.

---

<sup>4</sup> Así también lo han resuelto en forma mayoritaria nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como por ejemplo: C.S., sentencia de fecha 3 de julio de 1929, Gaceta de los Tribunales, 2º semestre, N° 49, p. 256; C.S., sentencia de 15 de octubre de 1930, Gaceta de los Tribunales, 2º semestre, N° 82, p.311; C.S., sentencia de 7 de mayo de 1935, Gaceta de los Tribunales, 1er semestre, N° 56, p.261; C.S. sentencia de 5 de 14 de enero de 1941, Gaceta de los Tribunales, 1er semestre, N° 29, p.169.

<sup>5</sup> BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. Curso de Derecho Penal. 2ª ed. Santiago, Editorial Lexis Nexis, p. 167, donde expresan: “Existe un tipo penal doloso, que exige, según la doctrina, dolo directo (Art. 233) y uno culposo (Art. 234). Con respecto al tipo subjetivo de la hipótesis dolosa, no se exige un ánimo especial, al referirse el tipo penal a la sustracción, y no a la apropiación. Para nosotros es dudoso que se deba sancionar las conductas realizadas con dolo eventual utilizando el tipo penal del Art. 234. es posible entender, dado que no hay expresión que restrinja las conductas del Art. 233 al dolo directo, que hay hipótesis de dolo eventual subsumibles en aquel, especialmente respecto del “consentir” en la sustracción”.

La conducta, cuyo tipo es de modalidad de hipótesis alternativa, puede ser activa, cuando es el empleado público quien ejecuta la sustracción, u omisiva, cuando consiente o permite que un tercero lo haga.<sup>6</sup>

### 3.2. El sujeto activo

Está constituido por un funcionario o empleado público, conforme al concepto amplio dado por el legislador en los artículos 238 y 260 del Código Penal, el que debe actuar en el ejercicio de sus funciones, esto es, se requiere la existencia de una relación funcionaria entre el agente y los intereses por los que debe velar, en esa calidad. Por esto, no basta la calidad de funcionario público para satisfacer las exigencias del tipo del artículo 233, sino que debe tratarse de una actuación en el ejercicio de las funciones que le son propias<sup>7</sup>. En caso contrario, es decir, si actúa

---

<sup>6</sup> Algunos autores nacionales más contemporáneos, como los profesores Rodríguez Collao y Ossandón Widow, han definido la sustracción también como una acción material de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular; precisando que al referirse la norma a la sustracción y no al apoderamiento, no se exige especialmente el ánimo de comportarse como señor y dueño (*animus rem sibi habendi*), toda vez que los fondos o caudales, objeto de la sustracción, se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del sujeto activo; debiendo distinguir -para determinar si ha existido tal sustracción- entre la esfera de custodia del empleado como funcionario público y aquella como persona privada, debiendo considerarse la primera a efectos de establecer la eventual configuración del delito. Planteando estos autores que la mencionada distinción es posible de realizar al suponer mentalmente que un día el funcionario es reemplazo por un tercero, que sí mantiene la custodia de los caudales o efectos, es indicativo que los caudales no han sido sustraídos. Precisando que también puede consistir la sustracción en quedarse con los caudales o efectos antes que ellos ingresen a las arcas fiscales; consistiendo en este caso la conducta en no hacer el ingreso de los fondos percibidos. En el caso de la otra modalidad de comisión, consentir en que otro sustraiga, nos señalan que la conducta sancionada está referida a no evitar la apropiación de los caudales sobre los cuales se tiene obligación de custodia, por parte de un tercero. Precisando que no es requisito del tipo penal un concierto con este tercero, el que puede ser un particular o bien otro funcionario público, como tampoco es necesario que exista una apropiación por parte del tercero bastando una simple sustracción con simple ánimo de uso temporal (Delitos contra la Función Pública. Editorial Jurídica de Chile. 2005).

<sup>7</sup> La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, el 29 de Marzo de 1996 y promulgada como ley de la República por Decreto Supremo R.R.E.E. N°1879, de 1998, define al “funcionario público”, u “oficial gubernamental” o “servidor público”, como: “Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Por su parte la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” de la OCDE, suscrita el 17 de Diciembre de 1997 y promulgada como ley de la República, por D. S. N° 496 de 10 de Octubre de 2001, contiene el concepto de funcionario público extranjero para los fines de esa ley, el que define en la siguiente forma: “Funcionario

como funcionario público, pero fuera de tales funciones, no comete este delito, sino que su conducta puede ser sancionada como delito común si correspondiere.<sup>8</sup>

El artículo 260, ya citado, define los que, para efectos del Título V del Libro II del Código y del Párrafo IV del Título III, deben ser considerados empleados públicos. Esta norma dispone que: “Para los efectos de este Título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado a todo aquel que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales u autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.<sup>9</sup>

A partir de esta definición y como ya se esbozara al inicio, se puede concluir categóricamente que el texto no es restrictivo, sino que amplio, ya que considera dentro de él a todos los que desempeñen un cargo o una función pública, cualquiera que sea el carácter del órgano para el que se desempeñen estas funciones o la naturaleza jurídica del vínculo que une al sujeto activo con aquel. En este sentido, si bien la definición contenida en el artículo 260 del Código Penal es para los efectos del Título V del Libro II y para los efectos del Párrafo IV del Título III del mismo libro, nuestra jurisprudencia ha hecho extensiva esa definición a todos los delitos vinculados con la función pública.

El señalado concepto abarca por tanto a quienes se desempeñen en los órganos del Estado, descritos y regulados por la Constitución Política de la República,

---

público extranjero significa toda persona que detente un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquiera persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para un organismo público o empresa de servicio público; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”

<sup>8</sup> La Corte Suprema ha fallado que la calidad de empleado público con caudales o efectos a su cargo en el delito de malversación no es una circunstancia modificatoria de la responsabilidad, sino que es, por definición, según lo describe el artículo 233 del Código Penal, un elemento del delito (C.S. sentencia de 15 de mayo de 1963. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LX. secc. IV, p. 225).

<sup>9</sup> Sobre el particular se puede consultar el trabajo del profesor de la Universidad de Los Andes don Jaime Arancibia Mattar: “Concepto de Empleado Público Administrativo en el Artículo 260 del Código Penal”.

aquellos a que se refiere el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°18.575. Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, - cuyo texto actualizado fue fijado por el D.F.L. N°1/19.653, de 13 de Diciembre de 2001, y a los regulados por estatutos especiales, incluyendo a quienes se desempeñen como gerentes, directores, administradores y funcionarios de empresas públicas creadas por ley (estén dotadas o no de estatuto jurídico propio y rigiéndose por la ley común aplicable a los particulares) y en las corporaciones municipales dedicadas al cumplimiento de funciones municipales de educación y salud y siempre que no exista una norma expresa que los excluya de esta denominación o existan normas especiales de responsabilidad.<sup>10</sup>

En este aspecto, nuestra doctrina mayoritaria postula que la calidad de empleado público debe ser advertida a través de la naturaleza de la función desempeñada. Así, Labatut y del Río señalan que “por cargo público debe entenderse una vinculación al Estado, de carácter permanente o transitoria, originada por el desempeño de funciones políticas, administrativas o judiciales”. Etcheberry también hace hincapié en la noción de “función pública”, diciendo que “la función crea al empleado y no a la inversa”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> La Corte Suprema ha resuelto que no interesa que se actúe bajo la personalidad jurídica del Fisco, al señalar que el delito de malversación de caudales públicos afecta a todos los funcionarios públicos, lo que no está constreñido a los que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, sino que comprende a los de la empresa del Estado, como es el Servicio Agrícola y Ganadero. (Corte Suprema. Sentencia 17 Abril 1997. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, p. 1197). Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 16 de octubre de 2003, Rol Ingreso de Corte N° 56136-99, causa c/ Juan Pablo Dávila, caso Codelco, confirma el fallo del Ministro en visita que en su considerando N° 36 afirma “empleo público es aquel que vincula al empleado a la actividad del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, que tienda a satisfacer necesidades públicas por medio de sus respectivos servicios”. El hecho que los sentenciados hubieren estado sometidos al régimen laboral del Código del Trabajo “no es sino una consecuencia para los efectos administrativos, toda vez que, para los efectos penales son empleados públicos”.

<sup>11</sup> Citados por VERDUGO Marinkovic, Mario. Código Penal Concordado con Jurisprudencia y Doctrina. Santiago, Ediciones Encina, 1968. Tomo II, p. 281. Interesante es la postura de Labatut quien refiere que “la calidad de empleado público no es suficiente por sí sola para configurar el delito por que se requiriere además que el empelado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o, en ciertos casos, de un encargo”, lo que fundamenta adecuadamente en la norma contenida en el artículo 238 del Código Penal.

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia en general ha optado por este concepto amplio.<sup>12</sup>

El artículo 238 del mismo Título establece una excepción a esta exigencia del tipo penal, al hacer extensivas las normas de su párrafo 5°, de las malversaciones, a quienes no cumplan con esa exigencia<sup>13</sup>.

Por último, y a modo de ilustración cito a continuación algunos conceptos en la legislación comparada sobre el particular: el artículo 24.2 del Código Español de 1995

---

<sup>12</sup> Se puede citar como ejemplos de esta afirmación los fallos referidos en la nota al pie N° 7, y además los siguientes: “El artículo 260 del Código Penal amplía el concepto de empleado público a funcionarios o empleados que pueden no tener el carácter de tales, con respecto a su sistema previsional, o a las relaciones que los rigen con la institución empleadora, pero que debido a la función pública que ejercen, el Código Penal los considera como funcionarios públicos, siempre que los delitos que cometen se encuentren sancionados en el Título V o en el Párrafo IV del Título III de dicho Código. Los empleados del Banco del Estado de Chile pertenecen a una institución de administración autónoma estatal y por lo tanto, quedan incluidos dentro de la disposición del artículo 260, aunque su sistema de previsión se encuentre regido por la legislación para los empleados particulares y, en consecuencia, los delitos de sustracción o apropiación de los fondos que administran, tiene el carácter de malversación de caudales públicos” (Fallos del Mes N° 43, Junio 1962, Pág.114). También la sentencia de la misma Corte que refiere: “Aunque el legislador no ha definido en forma expresa el concepto de “cargo público” diversos preceptos legales y la interpretación de la ley que autoriza el artículo 21 del Código Civil, permiten concluir que un cargo es público, en oposición a la actividad privada, cuando vincula al empleado con las actividades del Estado o de otras corporaciones o entidades destinadas a satisfacer fundamentalmente necesidades públicas, en otras palabras, organismos de carácter permanente cuya finalidad es la satisfacción de tales necesidades de una manera regular y continua y es evidente que las municipalidades, dados los fines que la Constitución Política del Estado y su ley orgánica les señalan, participan de esas características”. (Corte Suprema. Rev. Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXIII N°2, 1966, sec. IV Pág.84).

<sup>13</sup> Ilustrativa resulta la sentencia de la Corte Suprema de 4 de Junio de 1986 en causa seguida en contra de Escobar Cuevas, Mario Evaristo. Publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIII (1986) N°2 (Mayo-Agosto) sección 4. Por sentencia del Primer Juzgado del Crimen de Antofagasta se condenó a Mario Evaristo Escobar Cuevas como autor del delito de apropiación indebida de dinero en perjuicio del Fisco a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, en calidad de particular y no de funcionario público, fallo confirmado por La Corte de Apelaciones. Recurrido de casación por el Fisco, éste fue acogido, condenándose al procesado a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de malversación de caudales públicos, art. 233 N°3, 238 y 260 del C.P. Se razonó que era hecho de la causa que el procesado era cajero de una caja existente en el Juzgado de Policía Local de Antofagasta, que recibía el pago de multas que el tribunal aplicaba. Que comenzó a apropiarse de los fondos recibidos por infracciones al tránsito, de parquímetros, ley de pesca y multas por lesiones leves, dineros que ascienden a \$1.602.284 y \$1.680.699, los que destinó a comprar un inmueble y un auto. Hubo infracción de ley al no aplicar el artículo 238 que no admite dudas acerca de su aplicación a “cualquier funcionario o persona que se encuentre en la situación que la referida norma establece”.

señala que: “se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. La Sección 29ª del Código Alemán (párrafos 331 y ss.) alude al “funcionario o alguien especialmente obligado al servicio público. Y el Párrafo 11.1.2 dispone que: Titular de una función pública es “el funcionario o juez quien se encuentre en una relación de derecho público especial, o bien, quien sea designado por la una autoridad para un puesto especial o que en sus desempeños reciba tareas de la Administración Pública”. Por último, el Código Penal francés de 1992, Título III Libro IV, arts. 432-1 y siguientes hace referencia a “las personas depositarias de la autoridad pública o encargadas de una misión o servicio público o investidas de un mandato público electivo”.

### **3.3. El objeto material**

Está constituido por los caudales, formados por bienes de cualquier especie y principalmente dinero, o efectos, que abarcan cualquier documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador, los que deben estar en poder del funcionario público “en depósito, consignación o secuestro”, y en caso de bienes de particulares deben estar a su cargo en virtud de disposición legal, o sea, tratarse de una confianza necesaria, pues si la entrega se hace voluntariamente al empleado público, sin estar obligado a ello, su substracción no queda comprendida en esta norma. Se excluyen únicamente los inmuebles.

Asimismo, el carácter público de estos caudales o efectos, a mi juicio, debe entenderse en un sentido amplio, es decir, corresponde considerar que tienen dicho carácter todos aquellos fondos pertenecientes a cualquiera de las instituciones referidas en el artículo 260 del Código Penal, que define al empleado público para efectos del Título V y del párrafo IV del Título III, a saber, los de la administración central, instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él.

Por otro lado, las defraudaciones, los fraudes a los órganos u organismos del Estado y los delitos cometidos por empleados públicos llevan incorporado como elemento típico y necesariamente demostrable la existencia de “perjuicio” o daño para

la causa pública, es decir, de una disminución patrimonial o bien, en ciertos casos, la imposibilidad de gozar de una ganancia legítima, o bien, cuando éste es indeterminado, un menoscabo real y constatable para un organismo específico, aunque no sea estrictamente económico.

### 3.4. Bien jurídico protegido

Respecto al bien jurídico protegido existen en la doctrina básicamente tres corrientes, la primera que estima que lo constituye la infracción del deber personal de probidad, corrección, fidelidad e integridad del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados en razón de su cargo, la segunda que sostiene que esta figura pretende proteger al Estado de la lesión de los intereses patrimoniales que incide sobre los fondos públicos y seguidamente el prestigio de las instituciones y la confianza que el público deposita en ellas, y la tercera, que es la de mayor aceptación, consistente en el correcto funcionamiento de la administración pública entendida como una actividad de servicio del Estado frente a los ciudadanos.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Sobre el bien jurídico conviene ver la obra del profesor Juan Bustos Ramírez: Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2ª ed., 2009, en la que refiere sobre los delitos contra la administración pública que: "En Alemania, la tesis del deber del cargo, fue acogida por un importante sector de la doctrina, especialmente por autores de la importancia de Binding, Mezger y Welzel. Posteriormente Wagner distingue entre los *Staatszurechnungsdelikte* (delitos de imputación estatal) y los *Nichtstaatszurechnungsdelikte* (delitos de imputación no estatal) para la determinación del autor y del bien jurídico, dentro de los cuales habrá que determinar el deber del servicio específico infringido por el funcionario, situación que no es para nada extraña teniendo en cuenta que dentro de los delitos en la Administración en Alemania se incluyen conductas tan disímiles entre sí como la corrupción (334 StGB) y las lesiones en la Administración 340 StGB). En la actualidad, un gran sector de la doctrina alemana señala que el bien jurídico tutelado en los delitos en la Administración es la confianza en los servicios públicos y en la Administración, así lo expresan Artz / Weber (p.1039), Otto (p.555) y Heine (p. 2734), mientras otro sector encabezado por Rudolphi y Stein señalan que el bien jurídico tutelado en la Administración Pública es la capacidad de funcionamiento de la Administración (p. 10). En la doctrina italiana, Manzini señala que el bien jurídico tutelado es el normal funcionamiento y el prestigio de la Administración pública, que implica aspectos tales como la probidad, el desinterés, la capacidad, la competencia, el decoro de los funcionarios y la voluntad del Estado (p. 1). Dentro de la doctrina más reciente, Bevilaqua (p. 18), Cadoppi y Veneziani (p. 93) reconocen que el bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración pública son los principios de buen funcionamiento de la administración e imparcialidad, en concordancia con el art. 97 de la Constitución Italiana. Similar posición tiene Bondi, para quien el bien jurídico es el normal funcionamiento de la Administración Pública, el cual deberá ser interpretado de acuerdo a los principios constitucionales de ésta, es decir, imparcialidad, certeza, transparencia, eficiencia, economía y prestigio (p. 38). En España, hasta la expedición del C.P. de 1995, fue

Como lo indica el profesor Bustos Ramírez, el bien jurídico, en general, tiene importancia no solo por una cuestión de carácter garantista, sino que también cumple una importante función de carácter dogmático en la teoría del delito, como el fundamento del injusto <sup>15</sup>, sin que el delito que me ocupa sea una excepción a ello.

### 3.5. La penalidad

La penalidad se gradúa de acuerdo a la cuantía de la sustracción y si ha habido una suerte de reintegro, pero si éste no se estima suficiente y oportuno para hacer aplicación del artículo 235 del C.P., podría ser considerado como la atenuante de procurar con celo reparar el mal causado del artículo 11 N° 7 del C.P. La jurisprudencia

---

controvertida la problemática respecto al bien jurídico y a si realmente se puede dar este denominador común todos los delitos contemplados en el Título VII del código bajo la denominación de delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (cfr. Bacigalupo pp. 1097 ss.). De ahí que los esfuerzos se concentraron en determinar el bien jurídico común a los diferentes delitos contemplados en ese título, y se señaló que sería el “correcto ejercicio de la potestad” administrativa (Octavio de Toledo y Ubieta, p. 333). Con la expedición del C.P. de 1995 se cambió la denominación del título por la de delitos contra la Administración pública y la doctrina ha señalado como objeto de tutela del mismo al correcto funcionamiento de la Administración Pública (Gimeno Lahoz / Corbella Herreros, p. 14, Mir Puig, p. 19; Morales Prats y Rodríguez Puerta: pág. 1549; Ferré Olivé, pag. 14; Ortiz de Urbina Gimeno, p. 303), a la función pública ejercida correctamente (González Cussac, p. 17) y a la preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y el sometimiento a aquellos principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia (Asúa Batarrita). Consideramos correcta la dirección inicialmente propuesta por Octavio de Toledo y Ubieta, quien considera que como en los delitos contra la Administración de Justicia, aquí también se trata de un bien jurídico funcional, esto es, lo que se pretende proteger es la función administrativa pública, que resulta esencial para la resolución y disminución de los conflictos sociales. Hay que entenderla por tanto en un sentido amplio, se ahí que se puede incluir al juez, el funcionario y aun el particular (caso del cohecho); aunque ciertamente tal función administrativa aparece estrecha y directamente ligada en primer término al funcionario público, pues sobre éste pesa un deber especial en relación a su correcto ejercicio. Pero ello no significa que en determinados casos, como el cohecho, no se pueda comprender también al particular. No son los órganos administrativos ni el debido deslinde de poderes, el que se encuentra afectado, ya que ello es un problema político de control y, por tanto, a incluir dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado; de lo que se trata es del ejercicio debido o correcto de la función administrativa, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema, y que consiste en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses.

<sup>15</sup> BUSTOS Ramírez, Juan, Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2ª ed., 2007. p. 503, donde expresa sobre el particular: “En efecto, en el injusto se pueden apreciar dos momentos valorativos diferentes que, sin embargo, comparten el hecho de tener ambos al bien jurídico como fundamento. El primer momento valorativo es el de la tipicidad, continente del desvalor social del acto, y el segundo el de la antijuridicidad, continente del desvalor social de resultado”.

en general considera que las consignaciones que se efectúan antes o durante el juicio no sirven para modificar la cuantía de lo substraído.

Por último, como requisito del tipo penal, entre los caudales o efectos públicos y la autoridad pública debe existir alguna relación o vinculación específica y determinada, pues según se verá a continuación el Código habla de caudales o efectos públicos o de particulares que el empleado público “tenga a su cargo”.

#### 4. “Tener a su cargo” como elemento normativo del tipo penal

Como se indicó en el apartado anterior la frase “tener a su cargo”, utilizada por nuestro legislador, resulta fundamental para estar en presencia del delito de malversación de caudales públicos. Luego, es indispensable tener claridad acerca de su naturaleza jurídica. Al respecto se puede adelantar que, conforme a las características que presenta y su función dentro de la norma jurídica, estamos en presencia de un elemento normativo del tipo penal.

Según el profesor Eduardo Novoa Monreal, además del verbo rector, el legislador suele precisar el hecho descrito en el tipo con otros elementos más, que no siempre integran los tipos, pero que frecuentemente forman parte de ellos. Afirma que, además del sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto de la conducta u objeto material, en la composición de algunos tipos entra la mención de ciertas circunstancias especiales que deben rodear la conducta de ciertas modalidades de ésta.<sup>16</sup> Expresa que en un número de casos muy apreciable los tipos penales contienen referencias que por sí mismas exigen una valoración o que aluden a los aspectos normativos y subjetivos del hecho, desbordando así su índole puramente descriptiva; a éstos los denominamos tipos anormales.<sup>17</sup>

Por su parte Cousiño Mac Iver expresa que al tratar acerca de los elementos normativos de los tipos, se hace referencia a la particularidad que ofrecen algunos de

---

<sup>16</sup> NOVOA Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo 1, 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005, pp. 297 y 298. El autor refiere que: “En algunos tipos el legislador da indicaciones respecto de un tiempo determinado en que debe producirse la conducta. En otros, hace referencia a un determinado lugar en que ella debe llevarse a cabo. También puede mencionar el tipo determinados medios o modos de ejecución de la conducta. Las referencias a las que aludimos no siempre aparecen expresadas en forma directa en los tipos. En otros casos, la ley hace una simple referencia a condiciones preexistentes, para especificar algunos de los elementos que el tipo utiliza”.

<sup>17</sup> NOVOA Monreal, Eduardo, op. cit., pp. 302 y 303, quien indica que: “Cuando en algunos tipos se exige que la conducta se verifique “ilegal y arbitrariamente”, “indebidamente”, “en forma ilícita”, “sin título legítimo”, “sin derecho”, “sin motivo justificado”, “fuera de los casos previstos por la ley”, etc., es incuestionable que la ley está incorporando dentro del tipo una exigencia que mira a un aspecto del delito que no es propio de una simple descripción externa, sino que requiere de valoración de la conducta en relación con las normas jurídicas. Esas exigencias han sido llamadas elementos normativos del tipo”.

ellos de encerrar, dentro de su descripción, exigencias o requisitos vinculados con la contrariedad al derecho de que son portadores. Por tanto, no se alude a la circunstancia, de orden general, de que todos los tipos tienen como substrato una norma jurídica, de cualquier naturaleza que ella sea, puesto que, precisamente, es ella la que motiva la actividad legisferante al realizar su tarea descriptiva de conductas que son merecedoras de pena.<sup>18</sup>

A su vez el profesor Bustos afirma que dentro de la estructura de los tipos penales, aparte de la acción, hay otros elementos que, en conjunto, conforman un ámbito o marco situacional dentro del cual se realiza la vinculación entre los sujetos. Este ámbito situacional desvalorativo, de carácter abstracto y genérico, se construye mediante los llamados elementos del tipo, los que pueden ser objetivos y subjetivos, y dentro de los primeros descriptivos y normativos o valorativos.<sup>19</sup>

Sobre el particular Mir Puig señala que en la formulación del tipo penal el legislador puede acudir a elementos descriptivos o a elementos normativos. Los primeros son aquellos que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos y los segundos son aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, distinguiéndose en consecuencia elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales.<sup>20</sup>

Que constituya un elemento normativo del tipo penal implica que para fijar su correcto alcance o significado al interior de la disposición legal se requiere efectuar una especial valoración de la situación de hecho, en otras palabras, es necesario realizar un juicio de estimación, de consideración intelectual o cultural y, en algunos casos, para lograr este objetivo resulta indispensable además remitirse a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. En este sentido, los elementos normativos del tipo penal poseen la característica que consiste en una no percepción sensorial, sino que ellos

---

<sup>18</sup> COUSIÑO Mac Iver, Luis, Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, pp. 570 y 571. Interesante resulta la distinción que efectúa este autor entre los elementos normativos propios del tipo y elementos normativos de la antijuridicidad.

<sup>19</sup> BUSTOS Ramírez, Juan, op. cit. pp. 515 y 516.

<sup>20</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General. 7ª ed. Montevideo, Editorial B de F, 2007, p. 235.

deben ser comprobados solo en virtud de una valoración de la situación concreta. En estos casos es el legislador el que reconoce la existencia de tipos penales que necesitan de una valoración típica principalmente por razones político-criminales.

Conforme a lo anteriormente expuesto, en el caso que nos ocupa el vínculo que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material constituye claramente un elemento normativo del tipo penal del artículo 233 del CP, toda vez que para entender su real significado no basta la sola utilización de los sentidos, sino que es necesario efectuar una valoración, que además es de tipo jurídico, por lo que se puede afirmar que dicho elemento a la vez que normativo es también jurídico. En consecuencia, esta norma exige entre el sujeto activo de la conducta y los caudales o efectos una relación que debe configurarse jurídicamente, como se sostiene y confirma claramente en el apartado siguiente, la que, en todo caso, requiere ser apreciada ideológicamente.

Por otra parte, los elementos normativos, en general, pueden ser de dos clases: los que, siendo en sí normativos, desempeñan un papel descriptivo, como por ejemplo "moneda de curso legal", "documento público", "cosa mueble ajena", etc., expresiones que siguen siendo descriptivas y se refieren a la acción misma, a su resultado o a sus circunstancias; y los que tienen un sentido valorativo, como por ejemplo "sin derecho", "sin título legítimo", "arbitrariamente", etc. Estas expresiones indican una contrariedad de la conducta con el derecho, y como tales, se refieren a la antijuridicidad de la conducta.

Siguiendo esta última clasificación, el elemento "teniendo a su cargo" se ubica a mi juicio en la primera de las clases referidas, puesto que describe una circunstancia necesaria para la configuración del delito, esto es, que exista esta especial vinculación entre el sujeto activo de la conducta y el objeto material, según anotáramos anteriormente.

Desde este punto de vista y como necesaria consecuencia de ello, se puede afirmar que este elemento es un verdadero presupuesto del injusto penal, por lo que, para que éste se configure, debe estar presente de manera obligatoria. Por lo tanto, el error que recae sobre tal requisito normativo es de carácter esencial, por lo que su concurrencia excluye el dolo y hace desaparecer la punibilidad. El profesor Cousiño

refiere sobre el punto que si una persona yerra sobre los elementos descriptivos del tipo, ya sean ellos meramente descriptivos, normativos o subjetivos, es imposible que su acción quede subsumida en él.<sup>21</sup> Asimismo, don Mario Garrido expresa que el error de tipo, que es aquel que recae sobre los elementos objetivos del tipo, sean ellos descriptivos o normativos, excluye el dolo, siendo en definitiva causal de atipicidad, salvo que el error sea vencible en cuyo caso puede quedar subsistente la culpa, si es que procede.<sup>22</sup> En el caso que me ocupa el error sobre este elemento es, definitivamente, causal de atipicidad, sin perjuicio que a título de culpa pueda configurarse la figura del artículo 234 del C.P, o alguna otra figura de apropiación si procediere.

No obstante lo anterior, no siempre resulta pacífico determinar o establecer el auténtico sentido del elemento normativo. En efecto, existen numerosas causas por las cuales se producen discrepancias sobre este punto, no siendo el elemento que nos ocupa ajeno a dicha realidad, situación que para algunos autores es una deficiencia intrínseca de este tipo de elementos, y por tal motivo cuestionables, pero para otros resulta ser una virtud, que permite una aplicación del Derecho ligada a principios superiores de justicia material, conciliándolo con la estabilidad normativa y su no fosilización.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> COUSIÑO Mac Iver, Luis, op. cit., p.118.

<sup>22</sup> GARRIDO Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General, Tomo II. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003. p. 92.

<sup>23</sup> Ver el trabajo de investigación de la profesora María Magdalena Ossandon Widow, publicado en la Revista de Derecho, vol. XXII, N° 1, julio 2009, pp. 159 y 183, denominado "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación a los delitos de hurto y robo con fuerza", trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt N° 1070421, "Formulación de una teoría general de los delitos contra el patrimonio con base en el derecho chileno: estudio dogmático y crítico", dirigido por Guillermo Oliver Calderón, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En la parte pertinente la autora expresa: "Tal como no se puede identificar la descriptividad con una mayor seguridad, tampoco puede decirse lo contrario, esto es, que los elementos normativos o valorativos impliquen necesariamente inseguridad. La supuesta vinculación entre término normativo e indeterminación deriva de un concepto restringido de este género de elementos, un concepto en el que se incluye sólo a aquellos términos necesitados de complementación valorativa. Sin embargo, el criterio valorativo se suele interpretar de un modo más amplio, que admite hacer ulteriores distinciones. En otras palabras, tanto hay elementos normativos que dejan al aplicador del Derecho un margen de valoración especialmente amplio -en cuyo caso sí existirá un problema de determinación-, como otros en los que el juicio de valor está integrado en la norma a que el

Por último, es necesario e ilustrativo destacar que esta norma – la del artículo 233 del CP - no es la única que hace referencia a la frase que nos ocupa, puesto que también es utilizada por el legislador en el artículo 85 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República <sup>24</sup>, la que establece una presunción de

---

término se remite. Por lo tanto, en este ámbito el análisis requiere distinguir diversas clases de elementos normativos. Sin pretender agotar el tema, bastará sólo con referirnos a algunos de los elementos normativos que parecen más conflictivos. Por ejemplo, los términos elásticos, cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. El empleo de estos términos con elasticidad y capacidad de síntesis aparece como más idóneo para obtener una certeza (casuística) potencial, preferible a la imposible certeza de una casuística absoluta, siempre y cuando se remitan a principios valorativos o pautas extralegales objetivas y convencionales, sin quedar sometidos al mero arbitrio judicial, pues entonces podrían satisfacer adecuadamente las exigencias de seguridad jurídica. Más todavía, las cláusulas generales permiten una aplicación del Derecho ligada a principios superiores de justicia material, conciliándolo con la estabilidad normativa y su no fosilización. Naucke ha destacado cómo la imprecisión propia de esta clase de elementos ha sido generalmente interpretada por la jurisprudencia a favor del reo. De esta forma, la inseguridad que podría emanar de expresiones poco claras o determinadas se traduce en una ampliación del espacio de libertad frente a las pretensiones punitivas del Estado, sin contravenir el fundamento garantístico sobre el que se apoya la exigencia de seguridad. Es obvio que la posibilidad de emplear elementos valorativos en la descripción típica se enfrenta a varias objeciones. En primer lugar, porque dejan una puerta abierta para que, en algún momento, deje de aplicarse la norma en ese sentido favorable; en el intertanto, la mera posibilidad de que eso suceda disminuiría la confianza de que puede gozar el ciudadano. Por otra parte, las posibilidades de conocimiento de la materia de prohibición se alejan del alcance del ciudadano, en la medida en que ésta no emana exclusivamente de la descripción penal. Pero, además, cuando la remisión se efectúa a normas sociales o culturales, la pluriculturalidad de la realidad social actual hace que cada vez sean menos los asuntos en que puede afirmarse la existencia de un consenso generalizado que dote de un contenido pacífico e indiscutible a estos elementos normativos extrajurídicos. Su indeterminación sólo puede paliarse relativamente a través de una interpretación progresiva que atienda a la evolución social, pero que resta estabilidad y seguridad al Derecho. Pero, insistimos, el juicio ha de hacerse caso a caso. Y si el fundamento del principio de legalidad -más que asegurar la previsibilidad de la reacción estatal, la posibilidad del conocimiento de las prohibiciones penales, la seguridad jurídica o legitimidad democrática- es ofrecer una garantía para evitar la arbitrariedad judicial, los elementos normativos que gocen de una base objetiva de decisión pueden resultar una técnica especialmente adecuada.

<sup>24</sup> Artículo 85°. Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1°, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley.

Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores.

No obstante, la fiscalización de la inversión de los fondos fiscales que perciban personas o instituciones de carácter privado, por leyes permanentes, a título de subvención o aporte del Estado, para una finalidad específica y determinada, se limitará a establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad. En caso de que se produzcan reparos sobre la materia, las acciones que procedieren serán entabladas ante la justicia ordinaria directamente por la

haberse cometido este delito respecto del empleado que, al ser requerido por dicho organismo, no presente debidamente documentado el estado de cuenta de los valores que tenga a su cargo. En todo caso se trata de una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario, por no aceptarse en derecho penal las presunciones de derecho de responsabilidad.

Asimismo, el artículo primero de la citada Ley dispone que La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención.

En ambas normas citadas se ha incorporado por el legislador como elemento la exigencia de que las personas o entidades deben tener a su cargo los fondos o bienes de las instituciones mencionada. En estos casos, el sentido de la frase es claramente el mismo, reforzando el carácter de elemento normativo jurídico, cuya ausencia trae como consecuencia la imposibilidad de imputación en virtud de esta norma, sin perjuicio que pueda configurarse algún otro ilícito penal.

---

Contraloría General o por el Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de poner los reparos en conocimiento del Presidente de la República, para los efectos que procedan.

## 5. El problema desde la perspectiva de la autoría y la participación y del *iter criminis*

Como ya se indicó, en el delito del artículo 233 del Código Penal, el sujeto activo requiere una condición especial, ser empleado público, lo que tiene importancia también en el ámbito de la autoría y participación. En efecto, dicha calidad presenta diversos problemas dogmáticos que sobrepasan lo que se pretende en este trabajo, pero que a modo de ejemplo dicen relación con los elementos del tipo que deben concurrir en la conducta del autor y en la del partícipe y el título de castigo por el que se pretende sancionar a cada uno, es decir, comunicabilidad o incommunicabilidad de la calidad especial exigida, situaciones que no están expresamente resueltas por el legislador, salvo en situaciones muy concretas como ocurre con el artículo 64 del C.P. a propósito de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Una primera cuestión relevante, y por ello en constante discusión, es aquella que se refiere a la calificación de delitos de infracción de deber de este grupo de conductas, en contraposición a los delitos de dominio. Se estima que en general los delitos funcionarios, y en particular el de malversación de caudales públicos, tienen una connotación positiva respecto al bien jurídico protegido, es decir, la protección que se le exige al funcionario público lleva consigo el cuidado y fomento de los bienes jurídicos involucrados. Como lo afirman Rodríguez y Ossandon para un importante sector de la doctrina alemana, española e italiana estos delitos tendrían la condición de delitos contra el deber del cargo<sup>25</sup>. Por lo tanto al incurrir en la conducta típica el sujeto activo ejecuta un comportamiento que tiene una doble connotación: por un lado el ejercicio contrario a la función pública y por otro una lesión a la confianza pública en el ejercicio del deber público en un Estado democrático de derecho. En el delito de malversación de caudales públicos hay quebrantamiento patrimonial y defraudación al erario público que es individual, pero además está presente una supraindividualidad: la lesión en la confianza pública (daño social).

---

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDON Widow, María Magdalena. Delitos contra la Función Pública. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 103, para quienes la sistematización adoptada por el Código Penal, parece reflejar la misma idea, en cuanto el núcleo principal de estas figuras se agrupa en el Título V del Libro II: De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.

Desde esta perspectiva, los problemas mayores que se presentan son en el ámbito de la participación, no en la autoría. El que quebranta el deber, ya sea activa o pasivamente, es autor aunque su aporte sea de partícipe. Por ejemplo, si un funcionario público tiene a su cargo caudales públicos es autor aun cuando en el caso concreto solo se limite a entregar a un tercero, no funcionario público, la llave donde están guardados los caudales y luego se reparten lo substraído por ese tercero: es una actividad de partícipe pero considerada autor. Esta es una consecuencia necesaria por que el injusto jurídico-penal es sólo la lesión de un deber especial. En consecuencia, desde este punto de vista no existe distinción entre autoría y participación, puesto que, como señalan Rodríguez y Ossandon, el obligado responde como autor, solo por la infracción de un deber especial, con independencia de la forma como organice su conducta o del dominio que pueda tener del hecho.<sup>26</sup>

Por otra parte, en los delitos funcionarios, en particular, y en los de infracción de deber, en general, siempre la autoría va a ser inmediata, no hay autoría mediata o coautoría, toda vez que solo puede ser autor el sujeto sobre el que recae la obligación especial, el resto, esto es, aquel o aquellos que intervienen pero sin infringir este especial deber, solo pueden tener la calidad de partícipes, en consecuencia no pueden ser reputados autores directos, coautores ni autores mediatos. Cuando intervienen en el delito un particular y un funcionario público, no hay coautoría ni autoría mediata ya que el particular no se transforma en funcionario público y por lo tanto hay solo un autor que se le castiga en virtud de dicha circunstancia, por la dañosidad social que genera su conducta, sin perjuicio que el particular pueda ser sancionado pero en virtud de una figura penal diversa en caso que esté tipificada dicha conducta.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 133. En este sentido los autores, citando a Caro John, refieren: "El fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de la conducta. La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración – abstracta – y no en el nivel del suceso – fáctico – del mundo exterior". Agrega el autor citado lo siguiente: "Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente"

<sup>27</sup> No obstante lo indicado, en algunos fallos la Corte Suprema ha estimado que: "Atendida la coautoría en el delito los jueces han aplicado correctamente el artículo 233 del Código Penal aun a los reos que no tenían caudales o efectos públicos a su cargo, supuesto que éstos cooperaron a cometer el delito de malversación de caudales públicos descrito en ese precepto y no otro. Si los jueces dieron por establecido que el delito fue querido por todos los participantes

Autores chilenos como Labatut, Novoa y Etcheverry postulan, con diferentes razonamientos, que la calidad especial exigida en el tipo para el sujeto activo se comunica a los que con él colaboran conjuntamente en alguna de las diferentes formas que puede presentar un concurso de personas.<sup>28</sup>

Es este claramente uno de los temas mas debatidos en la jurisprudencia y en la doctrina, tanto nacional como comparada. ¿Cómo sancionar a los partícipes que no son funcionarios públicos en este tipo de delitos?, ¿como castigar a los particulares que se coluden o instigan a los funcionarios públicos a cometer esta clase de ilícitos? Para estos efectos a los funcionarios se les denomina *Intraneus*, en tanto a los particulares *Extraneus*.

En los delitos funcionarios, en principio, el autor debe cumplir con una condición básica para ser punible: tener la calidad de funcionario público, ya sea porque el ilícito sólo puede ser cometido teniendo dicha calidad (siendo delitos que se denominan Delitos de Posición o especiales propios) o porque la Legislación ha querido crear figuras agravadas o privilegiadas por la relevante función que cumplen los empleados públicos (denominados en Doctrina, como delitos especiales impropios). En el primer caso, a modo de ejemplo, se puede citar el delito de prevaricación, pues sólo un juez puede dictar a sabiendas una sentencia contraria a derecho, no es posible que un particular lo hiciera, y en el segundo caso, se cita a la malversación de caudales públicos, pues si la sustracción la realiza un particular, podremos estar frente a una apropiación indebida o hurto, las que son las figuras bases de la malversación.

Sobre el particular Etcheberry hace el distingo entre delitos de posición y los que no lo son. En los primeros, en los cuales “la calidad de funcionario público es

---

resultando así la responsabilidad de éstos cualitativa y cuantitativamente igual y que se encuentra acreditada su participación, sea de una manera inmediata y directa, sea que concertados para su ejecución, facilitaron los medios con que se llevó a cabo el delito – hechos éstos que los sentenciadores han establecido dentro de sus facultades privativas – no han podido infringir el artículo 15 del Código Penal en la forma señalada en el recurso, esto es, que su participación de autor sólo ha podido referirse a cierta suma de dinero y no al total, pues sólo hasta esa cantidad se ha acreditado que facilitó los medios para malversar, previo concierto” (C.S. sentencia de 15 de mayo de 1963. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LX. secc. IV, p. 225).

<sup>28</sup> Citados por VERDUGO Marinkovic, Mario, op. cit., Tomo III, pp. 175 y 176.

inseparable”, si el partícipe no es empleado público “la conducta no puede existir o deja de ser delictiva, no es posible concebir la concurrencia de un *extraneus* como coautor material del delito”. Sin embargo, ello no significa que el particular quede impune, pues “puede pensarse en él como inductor, cooperador (coautor o cómplice) o encubridor... del delito funcionario”. Opinión contraria tiene Bunster quien plantea que en estos casos el extraño debe quedar impune. En cuanto a los delitos especiales impropios, Etcheberry considera que siendo el carácter de empleado público sólo una circunstancia agravante, estima aplicable lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal “en el sentido que la calidad personal es comunicable”, de manera que “el *extraneus* no puede ser considerado como copartícipe del mismo delito, sino de los mismos hechos” de forma que al particular se le debe sancionar por la figura base común<sup>29</sup>.

Matus comparte el criterio de Etcheberry al señalar “en los casos de delitos especiales propios, la antijuricidad de la conducta se basa en la infracción del deber respectivo, la que aparece así como una circunstancia objetiva, cuyo conocimiento es suficiente para la imputación del delito a todos los copartícipes. En cambio, en los delitos especiales impropios, la calidad del funcionario, que sirve para atenuar o agravar la pena del delito común que se encuentra en la base de la antijuricidad material del hecho, sólo es un elemento adicional, una circunstancia personal que como tal, sólo agrava o atenúa la pena en quienes concurren, en los términos del artículo 64”<sup>30</sup>.

En similar Sentido, el Profesor Grisolia sostiene que “en los delitos especiales propiamente tales, los comportamientos de los *extraneus* coautores deben considerarse siempre como accesorios al del *intraneus*, de modo que responden por el delito especial en igual forma que este último” y en los delitos especiales impropios el

---

<sup>29</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., p. 207 y siguientes.

<sup>30</sup> MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Universidad de Talca, Parte Especial, p.196.

*extraneus* “responde por el delito común, sin perjuicio de que el *intraneus* lo haga por el especial”<sup>31</sup>.

Ahora bien, para distinguir cuando estamos frente a un delito de posición y otro que no lo es, Etcheberry da un práctico criterio que es “prescindir mentalmente de la calidad de empleado público y determinar así si el hecho en cuestión puede todavía concebirse y si continua siendo delictivo”. De esta forma se puede determinar si la figura especial, tiene un referente base o si es un delito de posición.

Una opinión diferente tiene Garrido Montt quien tiene en cuenta otro criterio, que es el plano subjetivo de los partícipes así “el propósito común que dirige la actividad de los correalizadores indicará si lo perseguido por ellos es perpetrar el tipo especial o el tipo básico, y determinado esto, todos responden por ese hecho único, porque no se trata de un hecho propio ni de un hecho ajeno, sino de un hecho común a todos y para todos. Se descarta todo criterio sobre la comunicabilidad, porque se trata de una sola acción”<sup>32</sup>.

En relación al *Iter Criminis*, en el delito de dominio cuando hay principio de ejecución hay punibilidad según sea el grado de desarrollo alcanzado y los actos preparatorios por regla general no se sancionan, salvo que la ley los sancione expresamente como en el caso de la proposición o de la conspiración. En los delitos de infracción del deber, y específicamente en el que me ocupa, se adelanta la punibilidad, fundada en la dañosidad social que conlleva. En este sentido existe consenso en la doctrina nacional que como los caudales o efectos se encuentran en su origen lícitamente en poder del funcionario, no es posible configurar tentativa o frustración, ya que si se sustrae y luego se restituye se aplica la figura del artículo 235 del C.P., y en caso contrario, esto es, si no se efectúa la devolución, el delito está consumado. En otras palabras el delito se perfecciona por la sustracción de los caudales o efectos y siendo en el fondo una figura de omisión de restituir, no es posible la tentativa o la frustración.

---

<sup>31</sup> GRISOLIA, Francisco. La Comunicabilidad, Revista de Ciencias Penales, T.XXXIV, p. 15.

<sup>32</sup> GARRIDO Montt, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación, Editorial Jurídica de Chile, p. 385 y siguientes.

Ahora bien, conforme al artículo 7° del Código Penal, el delito frustrado solo es punible si el delincuente ha puesto de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad, de lo que se desprende, como lo afirma Cury, que si la consumación no se verifica por una causa dependiente de la voluntad del autor, la acción ejecutada no ha de ser castigada, lo que también debe predicarse respecto a la tentativa. Estas afirmaciones fundamentan la postura del autor citado en cuanto a que el desistimiento de la tentativa y del delito frustrado constituyen causales de atipicidad por insuficiencia del elemento subjetivo, esto es, del dolo.<sup>33</sup> Otros autores, como Novoa, estiman que corresponde a un elemento negativo del tipo, o sea un elemento que necesariamente no debe concurrir para que se pueda calificar de tentativa una actividad determinada. Por su parte Etcheberry califica al desistimiento como una causal de extinción de la responsabilidad penal, ya que existiendo esta responsabilidad le pone término. Por último, como indica Garrido Montt, existe tendencia hoy en día a calificar el desistimiento como una circunstancia personal que tiene efecto marginador de la pena por razones de política criminal, ya que la sanción dejaría de tener justificación desde la perspectiva de la prevención especial, como también de la general.<sup>34</sup>

En cualquiera de estas posiciones, abstrayéndonos de si el desistimiento beneficia solo al que se desiste o también a los partícipes, lo cierto es que se puede concluir que en el caso del delito del artículo 233 del C.P., si bien no resultan procedentes la tentativa ni la frustración, el desistimiento del sujeto activo, esto es, el abandono voluntario de la ejecución incompleta de la acción típica, necesariamente trae aparejada la no punibilidad de su acción, aun cuando el agente tenga conciencia de que los caudales cuya substracción pretendía los tenía efectivamente a su cargo.

---

<sup>33</sup> CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1985, pp. 210 y 212.

<sup>34</sup> GARRIDO Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General, Tomo II. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003. pp. 278 a 280, quien concluye que “Adherir a uno u otro de los sistemas enunciados tiene importancia. Si el desistimiento trae como efecto la atipicidad de lo realizado, se trataría de una circunstancia que beneficiaría no solo al que se desiste, sino a todos los intervinientes, aun cuando éstos no se hayan desistido; en tanto que al considerarlo como circunstancia personal que excluye la pena por que ésta no responde a sus presupuestos – prevención general y especial -, únicamente beneficiaría al que abandona la acción, pero lo realizado sigue siendo típico y antijurídico, de modo que subsiste la responsabilidad de los partícipes.”

## **6. Calidades y vínculos entre el sujeto activo y los caudales o efectos.**

### **Breve referencia al error de tipo**

El artículo 233 del Código Penal expresa que el empleado público debe tener los fondos a su cargo “en depósito, consignación o secuestro”. Según expone el profesor Etcheverry, y también la mayoría de nuestra doctrina, el origen histórico de estos términos, que no figuraban en el Código Español, parece indicar que ellos se refieren únicamente a los caudales de particulares y no a los públicos, ya que así lo hacía la redacción inicial del proyecto de la Comisión. Sin embargo, en la sesión 154 se acordó añadir el caso de los fondos de particulares, que pueden encontrarse a cargo del empleado público en estas calidades. Se estima además que el texto no ha sido lo suficientemente claro, lo que ha dado lugar a interpretaciones diversas, como la de Bunster que sostiene que tales títulos han sido mencionados solo por vía ejemplar, por lo que deja abierta la posibilidad de que se sustenten otras calidades distintas a aquellas. En lo que hay prácticamente unanimidad doctrinal y también jurisprudencial, es en que el sentido que debe dársele a dichos términos no es aquel que está definido por el Derecho Civil en los artículos 2211, 1599 y 2249, sino que corresponde darles su sentido natural y obvio, que no es otro que el común y corriente de aquel que recibe estos bienes a título de mera tenencia con la obligación de custodia o resguardo y en definitiva con el deber de responder de ellos.<sup>35</sup>

Por su parte el vínculo que debe unir a estos objetos con el funcionario público está formado por una especial relación de custodia derivada de su función pública y que está, precisamente, dada por la expresión “tener a su cargo” los caudales o efectos, y que se desprende necesariamente del vínculo de derecho público que el

---

<sup>35</sup> El Código Penal Español solo mencionaba los fondos públicos y así lo hacía también la redacción inicial del proyecto de la Comisión. En la sesión 154, a indicación de Reyes, se acordó añadir el caso de los fondos de particulares, que pueden encontrarse a cargo del empleado público, sea por vía de depósito, consignación o secuestro. Según Etcheverry esta redacción dada al precepto no ha sido clara, pues la mención de los títulos indicados parece referirse a toda clase de fondos públicos y particulares. Sin embargo, a mi juicio, el problema va más allá, puesto que al incluir bienes de particulares se degenera la visión de este delito desde el punto de vista del bien jurídico que se pretende proteger con su consagración y caen en consecuencia aquellas tesis que postulan como fin de la protección el patrimonio estatal y, por el contrario, se fortalece aquella postura que sustenta como fin último el correcto desempeño de la función administrativa.

empleado público tiene con el Estado y que genera, en definitiva, la obligación de fidelidad, protección, custodia y resguardo de los bienes que se le han confiado.

Concordante con lo anterior es el planteamiento de Roxin quien señala que el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor, el que no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales, que se originan en otros ámbitos del derecho, que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización. Cita como ejemplo de esta categoría, entre otros, a los deberes públicos de funcionarios.<sup>36</sup>

Para Jakobs al referirse al tema expresa que el segundo fundamento de la responsabilidad (el primero lo constituye la lesión de los deberes generales de actuación) viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, de deberes en virtud de competencia institucional, a los que pertenecen los delitos de infracción de deber. Estos deberes, según señala, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Destaca en esta clase la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico.<sup>37</sup>

Ilustrativo resulta destacar la opinión de Fermín Morales Prats y Oscar Morales García, a propósito del texto del artículo 432 del Código Penal Español, quienes refieren que uno de los requisitos del tipo es la conexión que habrá de establecerse entre sujeto activo y objeto material del delito, concretada en que éste se halle a su cargo por razón de sus funciones. En relación a lo primero, que se halle a su cargo, agregan que basta la simple disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos públicos, no siendo necesario que se hallen en posesión directa del funcionario. Sin embargo, sobre lo segundo, por razón de sus funciones, existe más controversia, donde hay una corriente que prefiere restringir el tipo a los supuestos en que el funcionario tiene los caudales a su cargo por razón de la competencia específica de la

---

<sup>36</sup> Citado por José Antonio Caro John, Algunas Consideraciones sobre los Delitos de Infracción de Deber. [en línea] [perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf)

<sup>37</sup> Ibid.

función que desempeña (existencia de una norma, disposición u orden de autoridad competente), y otra que lo amplía sobre la base de una extensión de la relación funcional con los caudales o efectos públicos, siendo suficiente que el funcionario disponga de ellos con ocasión de sus funciones.<sup>38</sup>

Por último, parece pertinente efectuar una breve reflexión sobre las consecuencias que puede producir el error o desconocimiento sufrido por el sujeto sobre este elemento normativo del tipo. ¿Qué ocurre si, razonable o inevitablemente, el funcionario público ignora que los caudales o efectos de los que se apropia están a su cargo, o bien, cree equivocadamente que dichas especies no están a su cargo sino que a cargo de otro? Esta situación, ¿podría generar la imposibilidad de imputar por malversación de caudales públicos?

Siendo en general el error de tipo un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, desaparece la voluntad de realizarlo y en consecuencia la conducta es atípica. Son casos en que hay tipicidad objetiva pero no hay tipicidad subjetiva porque falta el dolo. Como dice Bacigalupo, el que obra con un

---

<sup>38</sup> MORALES Prats, Fermín y MORALES García, Oscar. Capítulo VII De la malversación. En: QUINTERO Olivares, Gonzalo y MORALES Prats, Fermín. Comentarios al Nuevo Código Penal, 2ª ed., España, Editorial Aranzadi, 2001. pp. 1966 y 1967. Respecto a la interpretación de los términos “por razón de sus funciones”, los autores exponen las dos corrientes indicando que: “De un lado, la doctrina científica (Suárez Montes, Muñoz Conde, Orts y Roca) apuesta por la restricción del tipo a los supuestos en que el funcionario tiene los caudales a su cargo por razón de la competencia específica de la función que desempeña, es decir, será necesaria la existencia de una norma, disposición u orden de autoridad competente que habilite al funcionario, expresamente, para la gestión de los mismos. En el último de los supuestos citados el orden no podrá, evidentemente, mostrarse contraria a la lógica de la función que se realiza, pues de lo contrario quedaría viciada de nulidad y el tipo devendría inaplicable. De otra parte, quienes defienden una apertura típica (Olesa, Zabalegui y, sobre manera la jurisprudencia del Tribunal Supremo), sobre la base de una extensión de la relación funcional con los caudales o efectos públicos, consideran suficiente que el funcionario disponga de ellos “con ocasión” de sus funciones, bastando para que dicha situación produzca la inexistencia de oposición formal del funcionario por ausencia de competencia específica, argumentando la decisión en torno a la correcta interpretación del bien jurídico tutelado, llegando en ocasiones, como con claridad se aprecia en la STS 30 octubre 1998 (RJ 1998, 8566), a una neta identificación entre la cualidad de funcionario y la razón de las funciones, disolviendo con ello los recortes típicos históricamente mantenidos por el legislador y excediendo el ámbito del tenor literal posible de los tipos de malversación”.

error de tipo no sabe lo que hace, en el sentido de que no sabe que se realiza un tipo penal <sup>39</sup>. Por su parte Jescheck refiere sobre el particular que el error supone la no correspondencia entre conciencia y realidad <sup>40</sup>. En definitiva, existe una discordancia entre la idea que el sujeto activo posee y lo que efectivamente sucede en la realidad.

Sin embargo, tratándose únicamente de éste elemento normativo, la situación no es tan sencilla, puesto que aun cuando no exista conciencia de que los caudales o efectos han sido puestos a su cargo (discordancia entre su representación y la realidad), es posible sancionar la conducta de substracción de tales especies a título de hurto u otra figura de apropiación, aun cuando el error tenga el carácter de inevitable. En otras palabras, al ser este requisito normativo un elemento de la esencia del delito que nos ocupa, su ausencia o, en este caso, el error inevitable acerca de él, implica la atipicidad de la conducta a título de malversación, no obstante es posible que subsista la imputación por otras figuras de apropiación que se puedan tipificar en el caso concreto, sean dolosas o culposas. Si es evitable, en cambio, no cabe duda que la sanción debe ser a título de malversación.

---

<sup>39</sup> BACIGALUPO, Enrique. "Tipo y error". Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 1988. P. 144.

<sup>40</sup> JESCHECK, Hans – Heinrich. Tratado de derecho penal. Barcelona. Bosch, casa editorial, S.A. Tomo I. Pág. 412.

## 7. La situación en Chile. Doctrina y jurisprudencia

Dentro de la doctrina nacional este requisito ha tenido diversas interpretaciones que redundan, evidentemente, en decisiones diversas para cada caso en que se aplica.

Don Álvaro Bunster en su memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, refiere al respecto que para constituir la figura punible descrita se requiere en primer lugar, que el sujeto activo sea un empleado público que, por razón de sus funciones, tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares. Refiere que la figura en cuestión es un delito propio, especial, ya que el sujeto activo no es cualquiera, sino un empleado público, y esta exigencia es expresiva de una relación, que vincula al empleado con los fondos que tiene a su cargo y en el cual descansa la confianza que en él ha depositado el Estado (confianza o fe pública). Agrega, que “La expresión “a su cargo”, prácticamente equivalente de la expresión que administre, empleada en el artículo 236, denota mucho más claramente la especie de vinculación que debe existir entre el funcionario y los caudales y que, como se ha dicho, es esencialmente una relación de hecho, que importa resguardo, custodia..... que en la expresión a su cargo deben entenderse todas las funciones de un tenedor de fondos públicos: percibir, recaudar, cobrar, custodiar, conservar, administrar e invertir bienes. Termina expresando que: “Ese, seguramente, ha sido el espíritu de la ley”.<sup>41</sup>

Este autor diferencia en definitiva cuando el funcionario público substraer caudales o fondos cuya detentación tiene su causa en el título mismo de la función que desempeña, y aquellos que substraer solo con ocasión de ella o accidentalmente. En el primer caso cometerá malversación y en el segundo eludirá su responsabilidad por ese

---

<sup>41</sup> BUNSTER, Álvaro. La Malversación de Caudales Públicos, Estudio de Doctrina y Jurisprudencia. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1948. pp. 46 y 52, quien expresa que "no hay mejor manera de expresar esa relación sino que declarando que el empleado público comete malversación cuando sustrae los fondos, públicos o de particulares que tiene a su cargo en razón de sus funciones, ya que el depósito o la detentación de dineros y otros caudales tienen su causa en el título mismo de la función que desempeña".

delito, pero responderá en todo caso como autor de un delito contra la propiedad con la circunstancia agravante del N° 8 del artículo 12 del Código punitivo.

En el mismo sentido el profesor don Gustavo Labatut Gena, indica que “la calidad de empleado público no es suficiente por sí sola para configurar el delito porque se requiere además que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o, en ciertos casos, de un encargo. Esto último por que el artículo 238 hace extensivas las disposiciones del presente párrafo al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”. Agrega que, “Las personas a que esta disposición se refiere son empleados públicos, y aun cuando no tiene dichos fondos, rentas o efectos *rationae* oficio, si se los apropian incurren en el delito de peculado, porque la ley las equipara al funcionario que malversa los caudales o efectos puestos a su cargo, depositando en ella una confianza general”. Termina señalando que “En cambio, el empleado que los tiene, no en razón sino con ocasión de la función o por mero accidente, si los subtrae podrá cometer una apropiación indebida, y si se apropia de caudales o efectos que no se encuentran a su cargo, ni siquiera accidentalmente, efectuará un robo o un hurto según los casos, pero no el delito que nos ocupa”.

Por otra parte, al referirse al título por el cual los caudales o efectos se encuentran en poder del malversador, el artículo 233 del CP menciona tres contratos que se encuentran definidos en el Código Civil, el depósito (artículo 2211), la consignación (artículo 1599) y el secuestro (artículo 2249), los que de acuerdo a las Actas de la Comisión Redactora tenían por objeto referirse únicamente a los bienes de particulares, no obstante el artículo quedó redactado de forma tal que abarca tanto los caudales o efectos públicos como de particulares, lo que también ha sido ratificado por la jurisprudencia. Al respecto, es necesario precisar que el uso de estas expresiones no aparecía en la disposición de la legislación española considerada para redactar la nuestra, y solo en la sesión de revisión número 154 de la Comisión, de fecha 13 de julio de 1873, se acordó modificar el inciso primero de la norma y agregarlas.

Para don Gustavo Labatut, al igual que para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, como ya se indicó anteriormente y se podrá ver un poco más adelante, estos términos deben ser tomados en su sentido natural y obvio según el uso de las mismas y solo debe dárseles su significado legal en las materias para las cuales fueron expresamente definidas (Derecho Civil), en tanto que para efectos penales debe optarse por el sentido común y corriente del que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia con obligación de responder de ellos.<sup>42</sup>

Don Miguel Sapiain Urizar expresa que si el funcionario que malversa en otra repartición que la suya hay hurto o robo con la agravante de abuso de funciones (artículo 12 N° 8 CP), en atención a que los fondos deben estar a cargo del funcionario en razón de sus funciones. El hecho de que el funcionario tuviera o no manejo de fondos en razón de sus funciones se establece en cada caso por el tribunal.<sup>43</sup>

Para los autores Politoff, Matus y Ramírez, los objetos materiales del delito, caudales y efectos, deben encontrarse vinculados al funcionario por una especial relación de custodia, derivada de su función pública, sin que tenga importancia la propiedad de éstos, es decir, pertenezcan al Fisco o a particulares, no siendo requisito, en consecuencia, la celebración de un contrato civil en el sentido del Código Civil, debiendo entenderse las expresiones de la norma – depósito, consignación o secuestro – genéricamente, como derivadas de un deber funcionario especial de custodia y resguardo. Agregan, siguiendo a Labatut, que este deber debe ser necesario, emanado de la ley o de un reglamento, excluyendo aquellos bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con ocasión del ejercicio del cargo o por mero

---

<sup>42</sup> LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1983. Tomo II. pp. 79 y 80. Sobre el punto, comentando la sentencia de la Corte Suprema de 14 de agosto de 1931 (G., 1931, segundo semestre, N° 70, p. 372), el autor expresa “hizo un completo análisis del alcance de éstos términos, y declaró que, no habiendo definido el Código Penal esas palabras, deben ser tomadas en su sentido natural y obvio según el uso natural de las mismas, y sólo debe dárseles su significado legal en las materias para las cuales fueron expresamente definidas. Recurriendo, además, a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, llega a la conclusión de que no deben ser entendidas de acuerdo con la significación que tienen en el derecho civil, sino en el sentido común y corriente del que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia con obligación de responder de ellos”.

<sup>43</sup> SAPIAIN Urizar, Miguel. La Responsabilidad Penal del Empleado Público. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 1951.

accidente, citando como ejemplo el del empleado de secretaría de un tribunal con relación a los fondos depositados en la caja fuerte del mismo, bajo la custodia del secretario, a diferencia de lo establecido en el artículo 238 del CP en que la relación del empleado o del particular con la cosa puede provenir de circunstancias distintas a la del reglamento o la ley, como puede ser una orden administrativa dada por el funcionario competente, toda vez que extiende la sanción de estos delitos a cualquiera, funcionario público o particular que, por cualquier concepto se halle encargado de fondos municipales o pertenecientes a una institución pública de instrucción o beneficencia .<sup>44</sup>

Por su parte don José Luis Guzmán Dálbora expresa que la locución “tener a su cargo”- que es un claro elementos normativo-jurídico del tipo-, implica dos exigencias:

1° Que los bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del sujeto agente, lo que supone que éste tenga un poder sobre ellos, poder que no coincide con la posesión (ya que por regla general son solo meros tenedores), aunque tampoco se restringe a la detentación material, directa y tangible, como la del cajero respecto de los fondos de la caja, ya que la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos, según la naturaleza del servicio. Refiere que el sujeto debe tener las cosas “precisamente en razón de sus funciones, de modo que no son suficientes una relación adventicia, ocasional y, mucho menos, un vínculo ilegal o antirreglamentariamente establecidos sobre ellas. Al contrario, su tenencia ha de cimentarse en las funciones propias del cargo del empleado, o dicho de otra manera, tiene que ser lícita. Su base podrá ser las ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativa”;

2° Que se hayan recibido las cosas “en depósito, consignación o secuestro”, frase que, como ya se adelantó anteriormente, fue incorporada por la Comisión Redactora con motivo de la inclusión de los caudales de particulares juntamente a los públicos, pero que quedó redactada, por un desliz en la puntuación del primer párrafo, en términos que abarcan unos y otros. Asimismo, indica que tanto la doctrina como la

---

<sup>44</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Parte Especial, pp. 492 y 493.

jurisprudencia están contestes en que estas expresiones no están aplicadas en el sentido que les da el Código Civil, sino en el natural y obvio de ellas según su uso común y comprenden todas las funciones posibles de un tenedor oficial de bienes públicos o de particulares, esto es, percibir, recaudar, cobrar, custodiar, conservar, administrar e invertir bienes, lo que viene avalado por la norma del artículo 235 del CP, que se refiere, genéricamente, a los caudales “puestos a su cargo”, que es, en definitiva, lo esencial para ambas disposiciones. Por último, cuando la substracción incide en bienes de particulares, éstos necesariamente han de haber sido confiados a la Administración en virtud de una entrega obligatoria, impuesta por el Derecho, porque de otra forma no estarían a cargo del empleado público.

Concluye este autor que “no todo funcionario público entra en el selecto grupo de agentes del peculado, sino sólo aquel que tenga a su cargo los caudales o efectos, requisito que, en principio, vale en los mismos términos para las dos figuras – dolosa y culposa – y está en perfecta sintonía con naturaleza pluriofensiva de este grave maleficio”. El Código no pide que el funcionario tenga la posesión o disponibilidad de las cosas, como el italiano y los de su esfera de influencia, ni que las haya recibido o tenga en custodia en su carácter oficial, según requería el alemán.<sup>45</sup>

Según el profesor Alfredo Etcheberry para que se configure esta conducta es necesario que los caudales o efectos estén “al cuidado del funcionario por razón de su cargo”, y serán las disposiciones del Derecho Público, y particularmente del Derecho Administrativo, las que determinen dicha circunstancia, es decir, será necesario que el funcionario desempeñe el cargo en alguna de las calidades que dicha rama del Derecho contempla y que ésta lleve consigo la custodia de los fondos malversados. Indica además que “la expresión teniendo a su cargo hace en este delito las veces de las expresiones “abusando de su oficio” u otras semejantes que se emplean en otros delitos funcionarios, y que les confieren precisamente la calidad de tales”. Por último, también para este autor en el caso que el empleado público substraiga fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino que por un

---

<sup>45</sup> GUZMAN Dálbora, José Luis. Estudios y Defensas Penales. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005. pp. 222 y 223

encargo temporal o accidental o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida, o un hurto, pero no esta figura delictiva.<sup>46</sup>

Esta misma postura sostienen los autores Luis Rodríguez y Magdalena Ossandón en cuanto a que corresponde al Derecho Público y particularmente al Derecho Administrativo determinar cuando los caudales o efectos están al cuidado del funcionario en razón de su cargo, pues este deber debe emanar de la ley o de un reglamento. Excluyen, en consecuencia, la apropiación de bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con ocasión del ejercicio del cargo o por mero accidente.<sup>47</sup>

El profesor don Vivian Bullemore expresa que la malversación al estar constituida por la indebida inversión de los caudales públicos o el uso distinto de aquel al que están destinados, además de la calidad especial del sujeto activo, existe un objeto material especial de carácter público, el que debe ser entendido en sentido amplio. Asimismo, refiere que este delito puede cometerse también en relación a rentas, fondos o efectos de particulares, en tanto, se encuentren “bajo la custodia del empleado público en razón de sus obligaciones funcionarias”. Destaca este autor que entre el funcionario y el objeto sustraído existe una especial relación de custodia,

---

<sup>46</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., p. 238, quien indica que “Dentro de esta figura es necesario que los caudales o efectos estén al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Las disposiciones del Derecho Público, y particularmente del derecho Administrativo, serán las que determinen cuando los caudales o efectos están al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Será preciso que el funcionario desempeñe el cargo en alguna de las calidades que el Derecho Administrativo contempla, en virtud de disposición legal o de formal nombramiento, y también que el cargo, dentro de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, lleve consigo la custodia de los fondos malversados. Este requisito es tanto más imperativo entre nosotros, cuanto que la expresión “teniendo a su cargo” hace en este delito las veces de las expresiones “abusando de su oficio” u otras semejantes que se emplean en otros delitos funcionarios, y que les confieren precisamente la calidad de tales. Si el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida, o un hurto, simple o calificado por abusos de confianza, pero no esta figura delictiva”. Sobre el mismo punto don Alvaro Bunster señala que “Cuando el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo por razón de sus funciones, sino que con ocasión de ellas o accidentalmente, puede legítimamente eludir la responsabilidad de malversador, pero responderá en todo caso como autor de un delito contra la propiedad, con la circunstancia agravante del N° 8 del artículo 12 del Código Penal. Los intereses del Estado quedan, de todas maneras, bajo salvaguardia”.

<sup>47</sup> RODRIGUEZ Collao, Luis y OSSANDON Widow, María Magdalena, op. cit., p. 378.

descartando la sustracción de bienes a los que el funcionario tenga acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente.<sup>48</sup>

Para don Lino Videla el que los caudales o efectos, sean públicos o de particulares, deban encontrarse a cargo del funcionario público significa que ellos deben estar vinculados a él por una especial relación de custodia, la que a su vez deriva de su función pública. Según su argumentación, esta especial relación de custodia se deriva del hecho de que la malversación de caudales públicos es un delito especial propio, el cual sólo puede ser cometido por un empleado público, exigencia que descansa en la confianza que ha depositado el Estado en el funcionario, la que pasa a ser en cierto modo una confianza pública. En otras palabras, el funcionario comete malversación cuando sustrae los fondos públicos o de particulares, que tiene a su cargo en razón de sus funciones, ya que los dineros o caudales los detenta exclusivamente por la función que desempeña.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John op. cit., p. 166. Necesario es destacar la afirmación que también hacen estos autores en cuanto a que deben considerarse dentro del carácter público de los caudales, fondos rentas o efectos, aquellos pertenecientes a instituciones como las indicadas en el artículo 260 del Código Penal, referido al concepto de empleado público, lo que necesariamente resulta de una interpretación coherente de estas normas. Asimismo, postulan que como este delito puede cometerse también en relación a bienes de particulares, éstos deben estar bajo la custodia del empleado público en razón de sus obligaciones funcionarias.

<sup>49</sup> VIDELA Bustillos, Lino. Aproximación a la Doctrina y Jurisprudencia Chilena sobre Delitos Funcionarios, Malversación de Caudales Públicos y Fraude al Fisco. Revista de Derecho. 2009. p. 83. Este autor reconoce que, si bien la jurisprudencia en general no exige esta vinculación, puesto que considera que es un requisito doctrinal y no emana del texto legal, ni el artículo 233 ni ningún otro exigen que el funcionario tenga las especies o valores en virtud de una ley o reglamento, la jurisprudencia encontrada se preocupa de que exista al menos algún título del cual emane esta responsabilidad, el cual no debe ser necesariamente legal o reglamentario. Cita al efectos un fallo de la Corte Suprema de fecha 25 de julio de 1989 que indica que no comete el delito de malversación la funcionaria que por obra de las circunstancias debió asumir las funciones de jefa de finanzas del Departamento de Educación Municipal (en circunstancias que había sido contratada como Coordinadora Municipal de Educación), ante la carencia de personal específico para realizar dicha función, pues no se ha establecido en autos que la rea haya tenido propiamente la calidad de empleada pública con caudales o efectos a su cargo (N° Legal Publishing: 10784). Refiere además que en este mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 14.11.08 en causa Rol 6520-2006, al señalar que no comete malversación la oficial segundo de un tribunal que sustrae dinero propios provenientes de las multas de la Ley 17.105, pues solo corresponde a los secretarios del juzgado tener a su cargo los fondos provenientes de las multas de la ley de alcoholes (N° Legal Publishing: 41279).

El profesor Bustos, a propósito de su análisis de los artículos 432 a 435 del Código Penal español, expresa que no basta la calidad de funcionario público para la comisión de éste delito, pues además es necesario que éste tenga una especial relación con los caudales o efectos apropiados. Indica que ésta especial relación se concreta a su vez en dos requisitos especiales: tener los bienes a su cargo por razón de sus funciones.<sup>50</sup>

Por último, la profesora doña Juana Sanhueza Romero al referirse al tema en el Seminario Probidad y Transparencia para la Administración del año 2009, expresa que es indispensable que, legal o reglamentariamente, el cargo lleve consigo la custodia de los caudales o efectos sustraídos, por ello es que el artículo 233 habla de “teniendo a su cargo”.

Ahora bien, la jurisprudencia chilena también ha efectuado un análisis de este requisito normativo del tipo y existen diversos fallos de nuestros tribunales de justicia que se refieren al tema.

Existen al respecto dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la expresión “tener a su cargo”. Una que estima que la tenencia, custodia o administración de los caudales o efectos sustraídos debe corresponder al funcionario culpable en virtud de una disposición legal, reglamentaria o administrativa que así lo disponga expresamente y que no debe ser una simple tenencia accidental o de hecho, lo que se resume en la alocución “por razón de su cargo”. La segunda, y mayoritaria, se inclina por el punto de vista contrario, esto es, que no es necesario que los fondos públicos o de particulares se tengan en razón del cargo o por disposiciones legales o reglamentarias, sino que basta con una tenencia de hecho, incluso meramente accidental.

---

<sup>50</sup> BUSTOS Ramírez, Juan, op. cit., Tomo III, p. 657. Sobre el particular el autor refiere que: “La tenencia a su cargo de los bienes ha sido interpretada de diversas maneras tales como: la posibilidad de disponer de ellos; la responsabilidad del depósito, guarda, custodia, cuidado, procura, manejo o administración de dichos caudales o efectos, con la obligación de dar cuenta al órgano público correspondiente; hallarse obligado a dar cuenta o razón ante un órgano público. Parece como lo más adecuado una posición amplia, esto es, el poder del funcionario sobre el destino de los bienes, el cual puede ser de hecho o de derecho”.

La Corte Suprema en sentencia de 1° de julio de 1967 refiere: “Que el artículo 233 del Código Penal fue tomado del artículo 318 del Código Español de 1850 que tenía la misma redacción, y que únicamente exigía que el empleado público tuviera a su cargo caudales públicos o de particulares por un título de mera tenencia, sin requerir que los tuviera por razón de sus funciones; posteriormente el Código Español de 1870 cambió su redacción y exigió, además, que el funcionario los tuviera por razón de sus funciones y por este motivo los comentadores de dicho Código, como Cuello Colón y Federico Puig Peña manifestaban que debido a la nueva redacción es ahora menester que la ley haya otorgado al funcionario la administración de esos fondos, pero conforme al texto antiguo se estimaba, según expresa Groizard, que bastaba que los tuviera a su cargo, y como nuestro Código ha mantenido la redacción primitiva del Código Penal Español, basta que el funcionario tenga esos fondos a su cargo, para que sea culpable del delito de malversación”. (considerando 10. Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 64, 2ª parte, secc. 4ta., página 129).

El mismo criterio sustenta la sentencia del Máximo Tribunal de fecha 13 de agosto de 1965 (Fallos del Mes, N° 81, p.189) y la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 21 de enero de 1970 (Repertorio del Código Penal, tomo 29, p.43).<sup>51</sup>

Asimismo ha resuelto que la significación de los términos empleados – depósito, consignación o secuestro – no es el técnico-jurídico que le atribuye la legislación civil y procesal, sino que son de alcance más amplio, considerando al respecto una acepción corriente y usual, o sea, en resguardo, en custodia, el que recibe dinero para cumplir un encargo. (C.S., año 1929, GT 1929-2, 53-272). En la misma línea la sentencia de fecha 14 de agosto de 1931 (G. 1931, segundo semestre,

---

<sup>51</sup> Esta última sentencia expresa: “Si bien la doctrina requiere como elemento del delito de malversación de caudales públicos, que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o de un encargo, en el sentido de que se trate de una obligación inherente o propia del cargo ni el Código Penal en su artículo 233, ni precepto o norma legal alguna contemplan tales exigencias ya que lo que la ley sanciona, independientemente de la causa o título por lo que se encuentran en su poder los caudales, es la conducta del funcionario que traiciona la fe pública, al actuar con deslealtad frente a la confianza en él puesta como empleado y que por serlo reciba, aunque sea transitoriamente en depósito u otra de las formas previstas en el artículo,233 del Código Penal, caudales o efectos públicos, y aún de particulares, pero sin que se requiera por la ley que para tener esos caudales necesite un nombramiento especial”.

N° 70, página 372), 1934 (C.S., 1934, GT 1934-1, 41-237) y 4 de junio de 1986 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIII, año 1986, N° 2, mayo-agosto, sección 4).<sup>52</sup>

También se han pronunciado al respecto tribunales de la Reforma Procesal Penal, entre los que resulta destacable la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, de fecha 3 de julio de 2006, en causa RUC 0500046423-8, en que condena al acusado como autor del delito de malversación de caudales públicos fundado en que tenía a su cargo la custodia de los talonarios de cheques aludidos y respecto de los cuales tenía poder para firmar en su calidad de jefe subrogante de la jefa de finanzas. Era en virtud de esa función y de la labor que desempeñaba en el servicio que surgía la facultad de tenencia y custodia de los caudales públicos.

---

<sup>52</sup> A modo ejemplar sobre la palabra depósito ha resultado la Corte Suprema que ella está tomada en su alcance común y corriente del que recibe dinero para cumplir un encargo y no la acepción que le da el Código Civil. Ese es el sentido natural y obvio del término, según el uso general del mismo. El del Código Civil sólo vale dentro del ámbito de éste, ya que definida una palabra para ciertas materias, sólo en éstas se le da la significación legal. Incluso el origen histórico de la disposición muestra que con ella se quiso comprender todas las situaciones en las cuales los fondos estuvieran a cargo del empleado público, sin la idea de circunscribir tal tenencia a las situaciones que en estricto derecho significaran las palabras empleadas.

## Conclusiones

Una vez expuestas las principales concepciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia, y también algunos problemas que surgen en la aplicación de esta norma, corresponde exponer brevemente las conclusiones que a mi juicio son las más importantes a fin de poder delimitar con mayor exactitud los contornos de este elemento normativo del tipo.

En primer lugar es posible afirmar con total certeza que la doctrina en general exige mayores requisitos para considerar que el empleado público “tiene a su cargo” los caudales o efectos públicos o de particulares y por lo tanto, resulta más elevada la exigencia al momento de configurar el delito del artículo 233 del CP, a diferencia de lo que ha sustentado la jurisprudencia dominante ya mencionada y que en definitiva mantiene un criterio menos exigente, debido principalmente a que considera que esta especial relación de custodia constituye un requisito cuyo contenido no está expresamente definido en el texto legal, sino que debe ser determinado en cada caso concreto.

Como segunda cuestión que fluye de lo reseñado en los párrafos anteriores es que para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias las expresiones depósito, consignación o secuestro no deben entenderse en el derecho penal en su sentido técnico, entendiéndose la definición que para cada figura otorga el Código Civil, de modo que no es requisito el haber suscrito previamente, de manera formal, un contrato de depósito, consignación o secuestro, sino que deben ser consideradas de acuerdo a su sentido natural y obvio, esto es que los fondos o caudales deben encontrarse en poder del funcionario solo en virtud de un título de custodia del cual nace el deber de resguardo. Esta exigencia para la doctrina mayoritaria descansa en la confianza que ha depositado el Estado en el funcionario, el que comete el delito de malversación cuando sustrae, o consiente en que otro sustraiga, los fondos públicos o de particulares que tiene a su cargo en razón de sus funciones, ya que los efectos o caudales los detenta exclusivamente por la función que desempeña y, por el contrario, se excluye del delito la sustracción de bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente. La relación de custodia debe ser

determinada por las normas del derecho administrativo, ya que éste deber debe emanar de la ley o de un reglamento. La jurisprudencia, en cambio, no exige esta vinculación tan específica, ya que considera que es un requisito que no emana de la ley; ni el artículo 233 ni ningún otro precepto exigen que el funcionario tenga las especies o valores en virtud de una ley o reglamento. En otras palabras, se trata de cualquier título de mera tenencia en cuya virtud los reciba o se encuentren a cargo o bajo la custodia del funcionario, de manera tal que ellos deben estar permanentemente a disposición de la administración, y el funcionario sujeto a la obligación de proporcionarla, restituirla o devolverla, en el momento en que le sea requerida.

En tercer lugar, de lo que no hay duda alguna es que entre los caudales o efectos públicos y la autoridad debe existir alguna relación. Según algunos autores no es suficiente con que el empleado público tenga los caudales "con ocasión de" o "en consideración a" la función que desempeñe, es preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica. No habrá, por tanto, malversación cuando la tenencia obedezca a una negativa abusiva, a un acto administrativo ilegal, a engaño, a abuso de oficio, etc. El que estén a cargo de un empleado los caudales no precisa necesariamente la tenencia material de los caudales o efectos, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica. Es indiferente que, por ejemplo, el funcionario tenga la llave de la caja de caudales o que pueda sacar esos caudales de la cuenta bancaria mediante cheques u otra forma.

Como cuarta afirmación, puedo señalar que para la mayoría de la doctrina este delito, al menos en la regulación del artículo 233 del CP, debe cometerse con dolo directo, motivo por el cual se excluye la posibilidad de que lo sea a título de dolo eventual, lo que en mi concepto también debe ser estimado a la luz del requisito que se analiza. En otras palabras, el empleado público que malversa caudales o efectos públicos o de particulares, debe tener la conciencia de que estos bienes los tiene a su cargo, es decir, que lo vincula a ellos una relación de custodia que deriva de las funciones públicas que debe desempeñar.

También se puede concluir que siendo los delitos funcionarios, en general, y el delito de malversación de caudales públicos, en particular, delitos de infracción de

deber, este elemento normativo del tipo penal es indispensable para configurar o establecer esa especial vinculación que debe existir entre el sujeto activo y los caudales o efectos que, en razón del ejercicio de su función, tiene a su cargo, y que, como consecuencia de ello, si no es posible establecerla, no le asistirá a este funcionario público, responsabilidad penal al menos en el delito que nos ocupa, por no poder exigirle el cumplimiento del deber respecto de los bienes sustraídos. Esto sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda asistir en una figura penal diversa como el hurto o la apropiación indebida.

Por último, un problema interesante que se ha planteado y que puede generar discusión, sobre el cual no existe doctrinaria y jurisprudencialmente una clara definición, es aquel que dice relación con el error o desconocimiento que puede recaer sobre este elemento normativo del tipo. Las preguntas que se hacen son: ¿Qué ocurre si, razonable o inevitablemente, el funcionario público ignora que los caudales o efectos de los que se apropia están a su cargo, o bien, cree equivocadamente que dichas especies no están a su cargo sino que a cargo de otro? Esta situación, ¿podría generar la imposibilidad de imputar por malversación de caudales públicos? Como fuera afirmado en su oportunidad, estimo que al ser este requisito normativo un elemento de la esencia del delito que nos ocupa, su ausencia o, en este caso, el error inevitable acerca de él, implica la atipicidad de la conducta a título de malversación, dejando, en todo caso, subsistente la imputación por otras figuras de apropiación que se puedan tipificar en el caso concreto, sean dolosas o culposas. De ahí que es fundamental darle a este elemento, en el caso concreto, su real alcance con la finalidad de no caer en interpretaciones equívocas que puedan llevar, por un lado, al arbitrio judicial o, por el otro, a la extrema rigidez de la norma penal.

## Bibliografía

- 1.- BACIGALUPO, Enrique, Tipo y Error. Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 1988.
- 2.- BULLEMORE GALLARDO, Vivian / MACKINNON ROEHERS, John, Curso de Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial, Segunda Edición.
- 3.- BUNSTER, Alvaro, La Malversación de Caudales Públicos, Estudio de Doctrina y Jurisprudencia, Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1948.
- 4.- BUSTOS RAMIREZ, Juan, Obras Completas, Derecho Penal Parte General, Tomos I y III, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, septiembre 2007.
- 5.- CARO JOHN, José Antonio, Algunas Consideraciones sobre los Delitos de Infracción de Deber. [en línea] [perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf).
- 6.- COUSIÑO MAC IVER, Luis, Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- 7.- CURY URZUA, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava Edición, Santiago, septiembre 2005.
- 8.- CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1985.
- 9.- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago 2004.
- 10.- ETCHEVERRY, Alfredo, El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed. 2002.
- 11.- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, Tomos I, Segunda Edición, Santiago 2007; Tomo II, Tercera Edición, Santiago 2003; Tomo III, Tercera Edición, Santiago 2005; y Tomo IV, Tercera Edición, Santiago 2005.
- 12.- GARRIDO Montt, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación, Editorial Jurídica de Chile.
- 13.- GRISOLIA, Francisco. La Comunicabilidad, Revista de Ciencias Penales, T.XXXIV.

- 14.- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, Estudios y Defensas Penales, Editorial Lexis Nexis, 200587.- LABATUT GLENA, Gustavo, Manual de Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1951.
- 15.- JESCHECK, Hans – Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Barcelona. Bosch, casa editorial, S.A. Tomo I.
- 16.- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Universidad de Talca, Parte Especial.
- 17.- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General. 7ª ed. Montevideo, Editorial B de F, 2007.
- 18.- NOVOA Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo 1, 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 19.- POLITOFF, MATUS, RAMIREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición, Santiago, enero 2006.
- 20.- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín, Comentarios al Nuevo Código Penal, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, 2001.
- 21.- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María, Delitos Contra la Función Pública. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005.
- 22.- RUEDA MARTIN, María Ángeles, Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública en el Código Español. Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional, 2004.
- 23.- SAPIAIN URIZAR, Miguel, La Responsabilidad Penal del Empleado Público, Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1951.
- 24.- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo V, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1946.
- 25.- VIDELA BUSTILLOS, Lino Gustavo, Aproximación a la Doctrina y Jurisprudencia Chilena sobre Delitos Funcionarios. Malversación de Caudales Públicos y Fraude al Fisco, Revista de Derecho, 2009.
- 26.- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, Código Penal Concordado con Jurisprudencia y Doctrina, Tomo II y III, Editorial Encina, 1968.