



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

COMUNICABILIDAD EN LOS DELITOS ESPECIALES
INTERVENCIÓN DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE
CAUDALES PÚBLICOS DEL ART. 233 DEL CÓDIGO PENAL

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RENÉ CONEJEROS FIGUEROA

16.921.184-1

Profesor guía: LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

SANTIAGO

2017

A mis padres por su ayuda y esfuerzo.

A Andrea, por estar ahí siempre.

Resumen

El delito de peculado o malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal, constituye un delito que protege atentados contra la función pública. Este delito cometido por un funcionario público, infringe el principio de probidad administrativa, y lesiona el aspecto patrimonial del Estado. El injusto de esta figura delictiva, se caracteriza por que el funcionario a cargo de los fondos, y que se encuentra en una posición jurídica de conservación respecto de éstos, infringe este deber cuando los sustrae o consiente en que otro los sustraiga. La doctrina ha considerado que este delito constituiría un delito especial, ya que restringe el círculo de autores a los sujetos que posean una cualificación especial de empleados o funcionarios públicos. Sin embargo, se discute si esta cualificación especial constituye un elemento fundante del delito o sólo es una circunstancia agravante del injusto. Una posición reciente en la literatura nacional, adopta la doctrina de los delitos de infracción de deber, y señala que este delito se caracterizaría por ser de tipo. Se plantea por la doctrina nacional la discusión sobre el tratamiento penal de la participación de terceros *extraneus* en este delito, en cuanto al título de imputación penal aplicable, y el grado de participación imputable. El Código Penal no contiene una norma expresa al respecto, por lo que la doctrina se ha dividido frente a este tema, ofreciendo tres posiciones definibles. La primera sostiene que la calidad especial del sujeto activo se comunica al *extraneus*, otra postura mayoritaria señala que el sujeto no cualificado será autor del delito común o residual del delito de peculado, y una tercera postura señala que no puede castigarse al sujeto no cualificado como autor del delito especial. La postura de este trabajo, de acuerdo a una revisión de las soluciones que ofrece la doctrina nacional, apoya la tesis de la intervención del *extraneus* en delitos especiales, sólo bajo la hipótesis de participación accesorio.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL.....	15
1. INTRODUCCIÓN	15
1.1 EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE CORRUPCIÓN	15
1.2 LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL	19
1.3 EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO PARA EFECTOS PENALES	20
1.4 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	21
1.4.1 <i>El correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico</i>	<i>24</i>
1.4.2 <i>El bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos</i>	<i>26</i>
CAPÍTULO II EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO PENAL	31
2. INTRODUCCIÓN	31
2.1 <i>Nociones preliminares frente al concepto de malversación</i>	<i>31</i>
2.2 EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	32
2.3 EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO PENAL.....	33
2.3.1 <i>Conducta típica.....</i>	<i>34</i>
2.3.2 <i>Delimitación con la figura típica de desviación de fondos del artículo 235</i>	<i>36</i>
2.3.3 <i>Sujeto activo.....</i>	<i>37</i>
2.3.4 <i>La expresión “teniendo a su cargo”.....</i>	<i>38</i>
2.3.5 <i>Objeto material.....</i>	<i>40</i>
2.3.6 <i>Otros elementos del tipo</i>	<i>41</i>
2.4 EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	42
CAPÍTULO III EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ART. 233 DEL CÓDIGO PENAL COMO DELITO ESPECIAL	45
3.1 EL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL.....	45
3.1.1 <i>La distinción entre intraneus y extraneus</i>	<i>46</i>

3.1.2 <i>Delitos especiales propios e impropios</i>	47
3.1.3. <i>Otras distinciones referentes a los delitos especiales</i>	48
3.2 EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS COMO DELITO ESPECIAL	49
3.2.1 <i>El delito de malversación del art. 233 del Código Penal como delito especial impropio</i>	51
3.2.2 <i>El delito de malversación del art. 233 del código penal como delito especial propio</i>	53
3.3 VALORACIÓN CRÍTICA RESPECTO DEL DELITO DE MALVERSACIÓN COMO DELITO ESPECIAL IMPROPIO	54
CAPÍTULO IV EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ART. 233 DEL CÓDIGO PENAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER ..	57
4. INTRODUCCIÓN	57
4.1 EL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER	57
4.1.1 <i>Concepción de los delitos de infracción de deber según Roxin</i>	59
4.1.2 <i>Concepción de Jakobs</i>	61
4.1.3 <i>Desarrollo posterior de los delitos de infracción de deber</i>	63
4.2 CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	65
4.3 LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO DELITOS DE INFRACCIÓN DEBER	67
CAPÍTULO V AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUSALES PÚBLICOS DEL ART.233 DEL CÓDIGO PENAL	69
5. INTRODUCCIÓN	69
5.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	70
5.1.1 <i>Consideraciones preliminares</i>	71
5.2 EL PROBLEMA DE LA COMUNICABILIDAD O INCOMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD ESPECIAL	72
5.2.1 <i>Comunicabilidad absoluta o extrema</i>	73
5.2.2 <i>Comunicabilidad relativa o limitada</i>	74
5.2.3 <i>Incomunicabilidad extrema</i>	77

5.3 INTERVENCIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO PENAL	79
5.4 INTERVENCIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN EL DELITO ESPECIAL DE MALVERSACIÓN DEL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO PENAL	82
5.5 APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER A LA PARTICIPACIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DEL ART. 233 DEL CÓDIGO PENAL.....	83
5.5.1 <i>Consideraciones críticas respecto del delito de malversación como delito de infracción de deber</i>	85
5.6 SOLUCIONES DE <i>LEGE FERENDA</i>	87
5.6.1 <i>Inclusión de una norma especial de punición del extraneus</i>	87
5.6.2 <i>Inclusión de delitos penales especiales específicos para el extraneus</i>	88
CONCLUSIONES	91
BIBLIOGRAFÍA	95

Introducción

En general, en la doctrina se ha sostenido que los delitos de funcionarios públicos, constituyen un ejemplo paradigmático de lo que la literatura ha denominado como delitos especiales. Bajo esta comprensión, sólo ciertos sujetos determinados por una cualificación especial, pueden cometer este tipo de delitos. Estos sujetos serían aquellos que en virtud de una calidad especial, constituida por el cumplimiento o desempeño de una función pública, sólo podrían constituirse como autores en estos delitos. La dogmática ha denominado como *intraneus*, a los sujetos que la norma especial considera como destinatarios del delito. Dentro de la categoría dogmática de los delitos especiales, existen lecturas que sostienen que esta calidad especial sería constitutiva o fundante del injusto, y otras posiciones sostienen que esta cualificación o calidad, sólo sería un criterio agravante de la sanción penal. Esta distinción se correspondería con lo que se ha llamado en la doctrina clásicamente, como la distinción entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios.

Uno de los temas que se ha planteado en la doctrina, en la aplicación de este tipo especial de delitos, es el tratamiento penal de aquellos sujetos en quienes no concurre la calidad especial o cualificación, y que intervienen en estos delitos. Esta cuestión, ha sido especificada por la dogmática, como el problema de la comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en supuestos de intervención conjunta o participación de *extraneus*, o el tratamiento penal de la intervención de sujetos no cualificados en delitos especiales. Con respecto a esta materia, se ha sostenido que nuestra normativa penal no contiene una disposición que regule expresamente el problema referido.

En el caso de los delitos especiales de funcionarios públicos, este asunto tampoco ha sido zanjado por la doctrina nacional. Uno de los ejemplos que han resultado ilustrativos de este problema, es el caso del tratamiento penal del *extraneus* en el delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal. Este tipo penal, considerado como un delito funcionario, o que atenta contra la función pública, ha sido objeto de variadas interpretaciones doctrinales con respecto a su específica caracterización como delito especial propio o impropio. La doctrina no está conteste en relación a determinar si la calidad especial contenida en este delito constituye un elemento fundante del injusto, o si sólo debe ser considerado simplemente como una circunstancia agravante de la sanción penal por ser cometida por un

funcionario público, cuya figura sería simplemente un delito común en contra de la propiedad. Además, existen posturas recientes, que bajo la comprensión de la categoría de delitos de infracción de deber han llegado a soluciones diversas de las tradicionales, en materia de participación de *extraneus*.

De esta manera, el propósito de este trabajo de investigación, es realizar una revisión de la literatura nacional con respecto al tratamiento penal que debiera ser aplicable al *extraneus* que intervienen en el delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal.

Para estos efectos, este trabajo abordará las categorías que la doctrina en general ha elaborado para entender el concepto de los delitos especiales, utilizando de forma ilustrativa, el caso del delito de peculado o malversación del art. 233 del Código Penal.

En el primer apartado de esta investigación, se analizará el fundamento de los delitos contra la función pública, con el objeto de exponer los bienes jurídicos que constituyen el objeto de protección en los delitos funcionarios, para abordar de manera específica el injusto del delito de malversación, y el bien jurídico concreto que se lesiona con estas conductas.

Luego, se analizará en detalle el tipo penal de malversación de caudales públicos, señalado en el artículo 233 de nuestro Código Penal, exponiendo las características de esta figura delictiva, el sujeto activo, así como su objeto material, y las modalidades que esta figura típica adopta como norma de comportamiento. Este capítulo termina con una nota sobre el delito de malversación en el derecho español y su reciente reforma legal, que redefine su modalidad típica.

En el tercer acápite, se desarrollará el concepto de delito especial, y las distinciones que se construido sobre esta categoría. Posteriormente se abordará el delito de malversación como tipo penal especial, y las posiciones que lo interpretan como un delito especial propio e impropio, y las consecuencias de ello deriva para el tratamiento punitivo de los intervinientes.

En seguida se realizará un análisis de los conceptos desarrollados por la doctrina alemana de los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), abordando en extenso estos últimos, en virtud de su rendimiento descriptivo como herramienta

conceptual recogida por la doctrina nacional reciente, para el estudio de los delitos funcionarios.

Posteriormente, el trabajo expondrá de manera pormenorizada las distintas respuestas que la doctrina nacional ha ofrecido para dar cuenta sobre la participación del *extraneus* en un delito de funcionario público. De esta forma, se revisarán las soluciones que se han elaborado por la doctrina nacional ante la falta de regulación legal expresa. En este apartado se expondrá y analizará el uso por parte de la doctrina, de la categoría de los delitos especiales, su distinción en delitos especiales propios e impropios, la lectura del delito de malversación como un delito de infracción de deber y de las consecuencias que de ellos deriva. Luego, se analiza la intervención del *extraneus* en este delito, desde las posturas que ven en el delito de peculado como un delito especial impropio; bajo la comprensión minoritaria que lo analiza como delito especial propio, y finalmente, se expondrán las posturas que lo categorizan como delito de infracción de deber. Este apartado finaliza con la exposición de ciertas posturas nacionales de *lege ferenda*, y la descripción de normas correspondientes del derecho comparado establecidas para solucionar los supuestos de participación de *extraneus* en delitos especiales. Finalmente se realiza una breve exposición de ciertos tipos penales específicos que abonarían la posibilidad de entender la excepcionalidad de la punición de *extraneus* en delitos de funcionarios públicos.

CAPÍTULO I

FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

1. Introducción

En el presente capítulo se describirá el objeto de tutela que el Derecho penal, mediante el delito de malversación de caudales públicos, busca proteger. Para ello, primeramente, se expone sobre la noción de función pública como categoría que aglutina un conjunto de intereses que se ven lesionados en los delitos funcionarios. Luego de ello, se señalan las formas en que esta categoría se ve materializada en nuestro Código Penal, específicamente en el título V del Libro II, como bien jurídico protegido. Finalmente se describe el aspecto concreto que asume este objeto de protección para el delito de malversación de caudales públicos en la legislación penal nacional. Con el objeto de arribar a una comprensión de la categoría de función pública, se ofrece una delimitación del concepto jurídico penal de corrupción, como fenómeno relacionado con esta función, precisamente porque ésta última se concibe como el principal objeto de lesión de la primera.

1.1 El concepto jurídico penal de corrupción

La corrupción es un fenómeno social que tiene implicancias de larga data en la historia de la humanidad. Se le vincula desde antaño con el poder, por constituir el ámbito en el cual se originan los actos de corrupción y en donde sus manifestaciones alcanzan relevancia especial.¹ Para una aproximación a este concepto, desde un enfoque etimológico, el término corrupción proviene del latín *rumpere*, cuyo significado es romper, dividir, quebrar. Se deriva de *corrumpere*, concepto que se entiende en el sentido de alteración, descomposición, desunión, “(l)a palabra corrupción expresa la idea de un acto que altera el estado de las cosas mediante la complicidad o actuación conjunta de dos más individuos.”²

¹ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN Widow, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*, 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2008, p. 17

² *Ibid*, p. 23

El fenómeno de la corrupción presenta múltiples factores en sus manifestaciones. Como objeto de estudio ha sido abordado desde distintas disciplinas, pasando por la Sociología, la Economía, la Ciencia política y el Derecho, entre otras. Dada la complejidad para ser abordada como objeto de investigación, es que se ha estudiado desde diversas metodologías de estudio, dependiendo de la disciplina respectiva.³

En este trabajo se aborda el problema desde el ámbito del Derecho penal, con el propósito de obtener un concepto jurídico de corrupción, para comprender el problema de la protección de la función pública. Una definición de corrupción entendida dentro de esta relación la ofrecen Balmaceda y Castro, quienes señalan que la corrupción “*implica el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción de un interés personal*”.⁴

Como categoría delictiva, la corrupción ha sido entendida “*cuando un agente público en el ejercicio de sus funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye una función pública y la violación de las normas legales que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado (...)*”⁵ De la definición antes señalada se desprende un conflicto entre intereses generales o públicos e intereses privados.

Una aproximación distinta al concepto de corrupción es la que ofrece Kindhäuser, quien caracteriza esta categoría “*como la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión*”.⁶ Este autor ha sostenido que el concepto de corrupción no puede configurarse como un delito autónomo, y por lo tanto no podría construirse un tipo penal general de corrupción, más bien, constituiría “*una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos*”.⁷

³ RODRÍGUEZ Collao, Luis. “Delimitación del concepto penal de corrupción”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, 2004, p. 340

⁴ BALMACEDA, Gustavo y CASTRO, Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al fisco*. Santiago, Librotecnia, 2015. p. 18. Una definición similar, atendiendo a la oposición entre interés público y privado, señala que la corrupción es “*cualquier acto que implique desviación del interés general en contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado*”. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 90

⁵ VERA Vega, J. *El delito de tráfico de influencias*, Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2004, pp. 34-37. Citado en: RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 89

⁶ KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, Trad. GARCÍA Cavero, Percy. Política Criminal, N° 3, Vol. 2, 2007, p. 6

⁷ *Ibíd.*, p. 2

En materia internacional, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996⁸, ha identificado en su artículo VI, una serie de comportamientos como indicativos de ser catalogados como actos de corrupción:

“a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.”

De las conductas reseñadas por la Convención Interamericana como actos de corrupción, se deja entrever que lo común a estas conductas sería la infracción de obligaciones o deberes funcionariales con el propósito de perseguir o aprovechar ventajas indebidas para el funcionario o para terceros.⁹

La importancia del fenómeno de la corrupción en nuestro país, tiene como antecedentes, la dictación de la Ley N°19.645, que introdujo una serie de modificaciones en el título V del libro

⁸ Tratado internacional ratificado por Chile el 22 de septiembre de 1998. Véase CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION (B-58) Estado de Firmas y Ratificaciones. [en línea] http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion_firmas.asp [consulta: 13-12-16]

⁹ ARTAZA, Osvaldo. “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica de delito de cohecho”. Política Criminal, vol. 11, N°21, 2016, p. 313

II del Código Penal. Es de especial relevancia, que la ley fuera intitulada como “*Ley núm. 19645. Modifica disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción*”. Oliver sostiene que, la preocupación del legislador por el problema de la corrupción básicamente recayó en el sector público, puesto que las modificaciones vertidas por la Ley 19.645, sólo se dirigieron a los delitos cometidos por funcionarios públicos.¹⁰¹¹

De especial relevancia fue la discusión parlamentaria, en la tramitación de la ley referida, respecto de la rúbrica del título V. La intención del Ejecutivo era denominar este título como: “*De los delitos contra la Función Pública.*” El propósito de la modificación era agrupar estos delitos en torno al bien jurídico protegido común a todos ellos, alterando el criterio que servía para unificar estas conductas, correspondiente al sujeto activo. La propuesta fue rechazada por el Congreso, por lo cual se mantuvo la denominación primitiva.¹²

En la doctrina nacional se ha señalado que el concepto jurídico penal de corrupción está referido a actos que implican una desviación de una actividad cuyo objetivo está puesto en el interés general.¹³ La persecución de este interés no estaría radicado exclusivamente en el Estado, sino que además lo cumplirían entidades intermedias o incluso particulares.

En suma, se sostiene que el Derecho penal busca enfrentar el fenómeno de la corrupción, en el ámbito de la función pública, sancionando las conductas de funcionarios públicos que se alejan del correcto ejercicio de sus funciones, cuando éstos buscan beneficiar intereses privados o de terceros.¹⁴

¹⁰ OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho.” Revista de Estudios de la Justicia, N°5, 2004, p. 84

¹¹ El texto original del Código Penal, en el título V contenía trece párrafos, cuyos epígrafes eran: 1) Anticipación y prolongación indebida de funciones públicas; 2) Nombramientos ilegales; 3) Usurpación de atribuciones; 4) Prevaricación; 5) Malversación de caudales públicos; 6) Fraudes y exacciones ilegales; 7) Infidelidad en la custodia de documentos; 8) Violación de secretos; 9) Cohecho; 10) Resistencia y desobediencia; 11) Denegación de auxilio y abandono de destino; 12) Abusos contra particulares; y 13) Disposición general.

¹² RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 87

¹³ *Ibid.*, p. 90

¹⁴ GARCÍA Conlledo, Miguel. “Corrupción y delitos contra la administración pública. Insuficiencias y límites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”. Revista de Derecho, N°7, 2004. [en línea] <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1531> [consulta: 13-12-16]. p. 147

1.2 La función pública como objeto de protección del derecho penal

Encontramos una definición de función pública en el artículo primero de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que define este concepto como: “*Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.*” Esta definición está caracterizada por un marcado énfasis en la naturaleza estatal de la actividad.

Otra aproximación a esta noción se refiere a “*una serie de prestaciones que implican la actuación de un conjunto de entes cuya actividad se orienta precisamente, a la satisfacción de aquellas necesidades, y que, de acuerdo con una terminología bastante difundida, se denomina como interés general o interés de la colectividad.*”¹⁵ Cabe agregar que en Chile, la mayoría de las normas instituidas para la protección de la función pública, están dirigidas a órganos estatales o de la administración descentralizada.¹⁶

En la doctrina más reciente se señala que la función pública debe ser entendida como “*(...) la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho.*”¹⁷

En nuestro Código Penal no existe una definición de función pública, y tampoco se encuentra desarrollado de manera extensa en nuestra doctrina.¹⁸ La doctrina española¹⁹ ha realizado las

¹⁵ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, pp. 88-89

¹⁶ *Ibid*, p. 91

¹⁷ *Ibid*, p. 101

¹⁸ OSSANDÓN Widow, María Magdalena. “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°8, 2012. [en línea] [CL/DOC/1200/2013](#) [consulta: 13-12-16]. p. 4. Rodríguez señala que el Código Penal no contiene un apartado con los delitos que lesionan o atentan contra la función pública. Estas normas se encontrarían dispersas en el estatuto penal. RODRÍGUEZ Collao, Luis. “La función pública como objeto de tutela penal”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, 2005, p. 326

¹⁹ MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona, Ed. Bosch, 2004, pp. 23-24

siguientes precisiones frente a este concepto distinguiendo una perspectiva teleológica o finalista²⁰, una concepción objetiva o formal²¹, y una posición mixta.²²

1.3 El concepto de funcionario público para efectos penales

Para efectos de fijar el contenido del concepto de función pública es relevante atender al sujeto que debe desempeñar este cometido: El funcionario público.

El art. 260 del Código Penal, entrega una definición de empleado público, para efectos de todos los delitos contemplados en el título V del libro II, y para los del párrafo 4° del título III. Dicho artículo reza del siguiente modo: *“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.”*²³

Etcheberry sostiene que la norma, a diferencia de su redacción primitiva²⁴, amplía la expresión de “cargo público”, sumando las expresiones “semifiscal” y “municipal”, atribuyendo un sentido administrativo y técnico a estos cargos con la consecuencia de interpretar estas denominaciones como figuras redundantes de la función pública.²⁵

²⁰ Lo que determinaría esta función sería la satisfacción de necesidades materiales de interés general. Se enfoca en conseguir el bien común mediante la prestación de determinados servicios. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 124

²¹ Una concepción formal de la función pública tiene en cuenta de forma determinante para catalogar si la función es pública o privada, el régimen legal que somete esta actividad. *Ibid.*

²² Esta posición exige los siguientes presupuestos: Un requisito subjetivo, en que la actividad se lleve a cabo mediante una entidad pública. El segundo requisito de orden teleológico, enfocado en la persecución de un fin público. Finalmente, un requisito objetivo, en cuanto esta actividad fuese regulada por el derecho público. *Ibid.*

²³ La redacción de esta norma fue efectuada por Eduardo Novoa Monreal y Enrique Silva Cimma con motivo de un proyecto de ley del año 1962, para efectos de reorganizar los servicios de Aduana, Tesorería, Impuestos Internos y el Consejo de Defensa del Estado en sus respectivas leyes orgánicas, y la modificación referida del art. 260 de Código Penal. *Ibid.*, p. 122

²⁴ El texto primitivo señalaba: *“Para los efectos de este Título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado”*. Esta disposición fue tomada del Código Penal Español de 1870. *Ibid.*, p. 121

²⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1997, Tomo IV, p. 205. Véase RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 122, quienes señalan que esta modificación tenía por *ratio legis* el reconocimiento de nuevas instituciones públicas semifiscales y de administración autónoma, para efectos de salvar dudas en las interpretaciones jurisprudenciales sobre la calidad de funcionario público de alcaldes y regidores.

La definición comprende las categorías de cargo y de función, incluyendo explícitamente la expresión “función pública”, ampliando la categoría de empleado público a las personas que se desempeñan en los organismos creados por el Estado, o que sean dependientes de él. Esta ampliación, estima la doctrina, eliminó ciertas indefiniciones jurisprudenciales con respecto a la determinación de la amplitud del concepto de funcionario público.²⁶

Se sostiene por la doctrina, que el concepto en análisis es funcional, puesto que la calidad de funcionario público depende o queda determinada por la función pública que se desempeñe²⁷. Como señala Etcheberry “(p)ara el derecho penal, puede decirse que la función crea al empleado, y no a la inversa.”²⁸ Tampoco serían necesarios ni el nombramiento del Jefe del Estado ni una remuneración, inclusive quedarían comprendidos en este concepto los cargos por elecciones populares.²⁹

A diferencia del derecho administrativo, donde existe la distinción entre empleado y funcionario, el concepto de funcionario público del art. 260 establece una equivalencia entre estos dos términos.³⁰

1.4 Bien jurídico protegido en el ámbito de la Administración Pública

De acuerdo a lo ya expuesto, se entiende que el desempeño de la función pública se despliega en un amplio campo de intereses públicos y cometidos estatales. Ahora bien, el desempeño de esta función se materializa objetivamente, como servicio público, y en su faceta externa puede configurarse como la relación entre la administración del Estado y los ciudadanos.³¹

²⁶ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 122

²⁷ “Este concepto funcional abarca de una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación del Estatuto Administrativo.” POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean. RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2004, p. 487

²⁸ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 205

²⁹ *Ibid.*

³⁰ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 206. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 122. Esta distinción no tendría relevancia penal, ya que la doctrina estima que el concepto de funcionario público constituye una noción autónoma y definida por el Legislador penal. OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 3

³¹ MIR PUIG, Carlos, *op. cit.* en n. 19, p. 19. Asua Batarrita (ASUA BATARRITA, Adela. *La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración*”. *Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*. En su: *Delitos contra la administración pública*. Bilbao, Instituto Vasco de administración pública, 1997, p. 22) señala que la administración constituye un presupuesto de acceso para los ciudadanos a los servicios públicos.

Bunster sostiene que la administración pública “*debe comprenderse en sentido amplio, como sinónimo de la entera actividad del Estado. Con ello se quiere decir que las normas relativas a los delitos contra la administración pública tutelan no sólo la actividad del Estado, en sentido estricto, técnico, sino también la actividad legislativa y judicial*”.³² Guzmán sostiene al respecto, que la Administración pública puede concebirse como la entera actividad estatal, englobando poderes, reparticiones y órganos, comprendiendo un complejo de “*actividades funcionales del aparato estatal*”.³³ Etcheberry sostiene que este concepto de Administración se refiere a “*las tareas concretas que realiza en el cumplimiento de sus funciones la autoridad pública encargada de ejercer la soberanía.*”³⁴

Por tanto, el correcto desempeño de esta actividad se verá protegido desde el aspecto concreto que esta función tome en cada sector específico de la Administración Pública.

Existe discusión en torno al bien jurídico común a todos los delitos que contiene el título V del Libro II del Código Penal. Según Etcheberry, resulta problemático definir el bien jurídico protegido en los delitos agrupados en éste título, ya que las infracciones están ordenadas conforme al sujeto activo y no al bien jurídico tutelado. Este mismo autor sostiene, que el bien jurídico protegido en el título referido es la recta administración pública³⁵. Para Garrido, la generalidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos lesiona de alguna forma la probidad administrativa.³⁶

Se ha afirmado que en ellos se recogería la idea de infracción de un deber personal de corrección y probidad. Para otro sector lo que se buscaría proteger con estos delitos sería la Administración o la confianza que los ciudadanos depositan en éste. Finalmente, existe otra posición que asevera que el objeto de esta tutela sería resguardar la autoridad estatal.³⁷

La función pública asociada a la administración pública también ha sido especificada por la doctrina como el correcto desempeño de la administración.³⁸ Otras posiciones señalan que, lo

³² BUNSTER, Álvaro. *La malversación de caudales públicos*. Santiago, Universidad de Chile, 1948, p. 8

³³ GUZMÁN Dálbora, José Luis. "La malversación de caudales públicos en el Código Penal Chileno". *En su: Estudios y Defensas Penales*. 2ª edición. Santiago, LegalPublishing, 2007, p. 211

³⁴ ETCHEBERRY, DPPE, *op. cit.* en n. 25, p. 203

³⁵ *Ibid.* En ese mismo sentido Politoff, Matus y Ramírez (POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, op. cit.* en n. 27, p. 488) quienes agregan que “dichos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común.”

³⁶ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2010, Tomo III, p. 442. Para este autor, las figuras de malversación, cohecho y fraude al fisco afectarían de forma especialmente relevante la probidad administrativa. *Ibid.*

³⁷ RODRÍGUEZ, *La función pública como objeto de tutela penal, op. cit.* en n. 18, p. 330

³⁸ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 101

que haría comunes a los delitos contenidos en el Título V, es la idea de una infracción de un deber personal de corrección y probidad que se encuentra vinculado a una labor de relevancia como es el cumplimiento de funciones públicas. Para otro sector, lo que se busca proteger conforme a estos delitos es el prestigio de la Administración.³⁹

Frente a la posición que afirma que se sanciona las infracciones de deber de corrección y probidad, se han esgrimido ciertas críticas⁴⁰ en base a que la ley penal no puede castigar simples incumplimientos de deberes personales, sin una afectación de derechos o legítimas expectativas de las personas.⁴¹ De esta manera, ciertas posiciones, como el prestigio de la Administración, la confianza que los ciudadanos tienen sobre ésta, y el mantenimiento de la autoridad estatal serían insuficientes por sí mismos para constituirse como objetos de protección penal.⁴²

Una posición mayoritaria en la doctrina respecto del bien jurídico protegido en la administración pública, la ha precisado, como el “correcto funcionamiento de la Administración pública”⁴³ Esta noción apela al carácter funcional de la administración, más que al vínculo jurídico que subyace en la relación de los funcionarios públicos con la administración. Así, corresponde a la función de prestación que la Administración Pública debe cumplir para con los derechos de los ciudadanos, y este cumplimiento, sostiene la doctrina, debe adecuarse a los fines de un Estado social y democrático de Derecho.⁴⁴

³⁹ BACIGALUPO, Enrique. Sobre la reforma de los delitos de funcionarios. Documentación Jurídica, 1983, p. 386. Citado en: RODRÍGUEZ Collao, Luis. “La función pública como objeto de tutela penal”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, 2005, p. 330

⁴⁰ Dentro de las críticas a esta lectura figuran las siguientes: La primera de ellas señala que esta postura adopta una noción de administración o función propia de sistemas totalitarios. La segunda crítica sostiene que la tesis del deber del cargo no tiene en cuenta las expectativas de los ciudadanos frente a la administración. El deber del cargo no proveería una respuesta a las demandas por un derecho penal que se somete a la protección de los bienes o intereses de los afectados por la administración. Una última crítica se refiere a la vaguedad que presenta el concepto de infracción del deber del cargo transformándose en un criterio que devendría inútil para fijar un contenido específico. Véase BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 114

⁴¹ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 99. En la doctrina española también se critica esta postura. Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Corrupción y delitos contra la administración pública. Insuficiencias y límites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”, Revista de Derecho, N° 7, 2004. [en línea] <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1531> [consulta: 13-12-16]. p. 165

⁴² OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 1

⁴³ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 104

⁴⁴ *Ibid.*, p. 101. Agregan estos autores, que a labor de prestación deberá adecuarse a los “*principios de objetividad, imparcialidad y eficacia que informan la actuación de las Administraciones Públicas.*” *Ibid.*

1.4.1 El correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico

Para conceptualizar de manera precisa la noción del correcto funcionamiento de la administración, se utilizará como categoría dogmática, el concepto de bien jurídico colectivo. El concepto de bien jurídico ha sido definido como un “(...) *bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente.*”⁴⁵ De acuerdo con esta idea de bien jurídico, el legislador amenaza con una pena las conductas que lesionan, o ponen en peligro, determinados intereses en una sociedad determinadas, tales como la vida, la libertad, la propiedad, etc. Estos intereses, reconocidos a través de su protección mediante penas, se convierten en bien jurídicos. La teoría de los bienes jurídicos deriva, de su función legitimadora del *ius puniendi* estatal, ciertos principios que permiten limitar la acción del derecho penal al establecer que éste sólo puede castigar conductas socialmente dañosas.⁴⁶

El concepto de bien jurídico no está exento de críticas de parte de la doctrina⁴⁷, sólo para referencias, Jakobs sostiene que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que la vigencia de la norma. Para este autor, lo que el delito transgrede es la expectativa social de vigencia de una norma⁴⁸. Una de sus críticas, pertinente al tema en análisis, refiere a la existencia de tipos penales que no suponen lesión a bien jurídico alguno, sino que se determinan por la infracción de un deber, lo que él denomina como un abandono del rol.⁴⁹

⁴⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Trad. FONTÁN, Carlos. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma, 1956. pp. 5-6. Para otra definición de bien jurídico véase ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. Madrid, Civitas, 1997, p. 56 quien señala: “(...) *bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.*”

⁴⁶ ALEXY, Robert. “Derechos individuales y bienes colectivos” *En su: El concepto y la validez del Derecho*. Trad. SEÑA, Jorge. Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 186-187

⁴⁷ Para un análisis sobre la evolución de este concepto, críticas y panorama actual véase SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *Política Criminal*, vol. 7, N° 14, 2012, pp. 378 - 453.

⁴⁸ Jakobs (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Trad. CUELLO, Joaquín. SERRANO Gonzalez, José. Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 45) señala lo siguiente: “*La contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas.*”

⁴⁹ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *EN* Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 41 y 42. *Citado en:* KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, N°86, 2009. [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf> [consulta: 13-12-16). pp. 199-200

El recto funcionamiento de la administración pública, como bien jurídico protegido, ha sido delimitado dentro de la categoría denominada bien jurídico de carácter colectivo⁵⁰. La noción de bien jurídico colectivo ha sido definida por Alexy de la siguiente forma: “*Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos*”⁵¹

Los presupuestos de los bienes jurídicos colectivos, a diferencia de los individuales, se caracterizan por defender los intereses de la generalidad⁵². Para su delimitación se han establecido los principios de no exclusión en el uso, no-rivalidad, y de no-distributividad.⁵³ Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por ser usado potencialmente por cualquier integrante de la sociedad, por tanto, no puede fragmentarse ni apropiarse en su totalidad para el beneficio de una sola parte de la sociedad.

Se ha criticado la tesis de los bienes jurídicos colectivos, al señalar la supuesta inmaterialidad de su objeto, la cual haría deficiente la definición precisa de las hipótesis de lesión o puesta en peligro.⁵⁴ Sin embargo, la crítica aludida ha sido afrontada desde la aseveración de que tal característica problemática que haría de un bien jurídico supraindividual un interés abstracto, también la compartirían los bienes jurídicos individuales.⁵⁵

⁵⁰ Así Rodríguez y Ossandón (RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 99) quienes señalan que este bien jurídico se estructura sobre la base de elementos esencialmente normativos. Agregan que los bienes jurídicos institucionales tienen un carácter instrumental en referencia a la satisfacción de los intereses que dan fundamento a la institución que se protege, en este caso, el correcto desempeño de la función pública en la administración.

⁵¹ ALEXY, Robert. “*Derechos individuales y bienes colectivos*” *En su*: “El concepto y la validez del Derecho” Trad. SEÑA, Jorge, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 186-187

⁵² HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-14, 2002, p. 3

⁵³ *Ibid*, pp. 4-5 Ello significa que por regla general nadie puede ser privado de su goce, la utilización por unos, no obsta a la utilización por otros, y hay imposibilidad de dividir el bien en partes. Por el concepto de no-distributividad se sostiene que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes. No pueden ser detentados individualmente. VILLEGAS, Elky. “*Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales.*” 2010 [En línea] https://works.bepress.com/elky_villegas/1/ [consulta: 13-12-16]. p. 7

⁵⁴ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 142

⁵⁵ Al respecto Hefendehl (HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, *En su: La teoría del Bien Jurídico*. Trad. ALCÁCER, Rafael. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 180) quien sostiene que la crítica desconoce la distinción conceptual entre objeto material de la acción y bien jurídico, y que, dependiendo de la técnica de redacción de la norma pueden coincidir el contenido formal y de fondo en la tipificación de delitos, sólo coincidir en el contenido, o finalmente sin coincidir en ambos aspectos. Para un resumen de las críticas y objeciones a los bienes jurídicos colectivos, véase BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 142 ss.

Así, la noción de correcto desempeño de la administración pública como bien jurídico de carácter colectivo, puede comprenderse como un concepto asociado a las bases de funcionamiento de la actividad general del Estado.⁵⁶

1.4.2 El bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos

Se ha señalado que, si bien el objeto de protección lesionado en los delitos agrupados en torno al Título V puede ser comprendido como el correcto desempeño de la administración, existirían distintas formas de materializar la lesión o puesta en peligro del objeto de tutela. Es necesario precisar frente a cada delito de este título, el aspecto concreto que se debe proteger.⁵⁷⁵⁸ En la doctrina española destaca lo que señala Asúa: “*La tutela de la Administración en sus características de actividad, no significa proteger los entes en sí mismos, sino precisamente considera que el correcto funcionamiento de la administración pública es simplemente el marco donde se agrupan distintos bienes jurídicos específicos, debiendo determinarse en cada tipo penal el objeto directamente atacado.*”⁵⁹ Por tanto, resta por analizar cuál es el aspecto específico que del correcto desempeño de la función pública se verá tutelado mediante el delito de malversación.

⁵⁶ “*Es necesario de resalto que si bien es verdad que deben incluirse, como lo hemos hecho, los delitos contra la administración pública en el grupo de aquéllos que vulneran a la sociedad política organizada, la ley no radica en el Estado mismo la objetividad jurídica de tales hechos y ello porque, como acaba de afirmar, no es el Estado el que resulta atacado por ellos de manera integral, sino su propia regularidad funcional*”. BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 7

⁵⁷ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, pp. 100-110. En este mismo sentido VIDELA, Lino. “Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos y fraude al fisco”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°22, 2009, pp. 64-65

⁵⁸ Labatut (LABATUT Glenda, Gustavo. *Derecho Penal*, 7ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II, p. 69) parte de la noción de que existen bienes jurídicos protegidos que comparten el común denominador de proteger la buena y ordenada marcha de los servicios públicos. La misma posición en BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, pp. 10-11. ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 236 ss., luego de analizar el bien jurídico en el título V, agrupa la malversación de caudales públicos, al fraude y al cohecho como delitos que consisten en falta de probidad. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 492, al analizar los artículos 233 y 234 del código penal, señalan que se trataría de la probidad administrativa y del interés fiscal.

⁵⁹ ASUA Batarrita, *op. cit.* en n. 31, p. 22

Una parte de la doctrina señala que sería la probidad administrativa.⁶⁰ Otro sector sostiene que sería la afectación del patrimonio público.⁶¹ Otra postura sostiene que el bien jurídico sería el patrimonio del Estado.⁶² Guzmán distingue entre un bien jurídico genérico y el bien jurídico específico.⁶³

Rodríguez sostiene, que la posición que funda el objeto de protección en la probidad administrativa, en conjunto con los planteamientos que señalan que el bien jurídico se identifica con el prestigio de la administración o con la confianza que los ciudadanos depositan en ella, se encuentran abandonados por la doctrina contemporánea.⁶⁴ Además, destaca que, en las figuras típicas de malversación se desprende un carácter patrimonial evidente y en ciertos casos estos se materializarán en lesiones o atentados contra la propiedad o intereses del Fisco.⁶⁵ Dado lo anterior, sostiene que el bien jurídico protegido sería doble, puesto que incluiría el patrimonio fiscal y la infracción de los deberes funcionariales como objeto de tutela.⁶⁶

En la doctrina española, la posición mayoritaria destaca que el delito de malversación sería un delito pluriofensivo pues comportaría tanto una vulneración del deber de fidelidad del funcionario y, a su vez una puesta en peligro o lesión del patrimonio fiscal. Catalán señala que

⁶⁰ Labatut (LABATUT, *op. cit.* en n. 59, p. 72, p. 78) sostiene que la objetividad jurídica no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como la infracción de deber de probidad del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados por razón de su oficio. Garrido (GARRIDO, *DPPE, op. cit.* en n. 36, p. 442, p. 454) no obstante, señala que la probidad administrativa sería el bien jurídico en todos los delitos cometidos por funcionarios públicos. Politoff, Matus y Ramírez (POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 492) destacan que también es relevante el interés fiscal. Etcheberry (ETCHEBERRY, *DPPE, op. cit.* en n. 25, p. 236) los reúne bajo la denominación de “delitos que consisten en falta de probidad”.

⁶¹ Bunster (BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, pp. 10-11) sostiene que, los delitos contra la administración pública pueden dirigirse contra distintos valores jurídicos que engloba y que la ley penal ha situado bajo su tutela. En este caso, la malversación es una de aquellas conductas que se dirigen de manera precisa en contra de los intereses patrimoniales del Estado. Politoff, Matus y Ramírez (POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 492) también sostienen que el delito de malversación afectaría el interés fiscal.

⁶² MAYER Lux, Laura. “El patrimonio del Estado como objeto de protección penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIX, 2007, p. 222, quien señala que estas figuras protegen tanto el patrimonio fiscal como la actividad que ejercen los entes públicos tendiente a la obtención de ingresos y a la realización de gastos para la satisfacción de necesidades colectivas. Guzmán (GUZMAN Dálbora, José Luis. “El tipo de injusto y la continuación criminal en el delito de fraude al fisco y aciertos entes públicos menores” *En su: Estudios y defensas penales*, 3ª edición. Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 401-420) sostiene que la malversación daña primeramente los medios económicos de la administración, siendo la probidad administrativa un bien jurídico secundario.

⁶³ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, pp. 329-399

⁶⁴ RODRIGUEZ Collao, Luis. “La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político criminales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII, 2006, p. 253. Este autor, sostiene que la probidad administrativa sería un presupuesto del correcto desempeño de la función pública, y el prestigio de la Administración correspondería a un resultado producido por el buen desempeño.

⁶⁵ *Ibid*, p. 254

⁶⁶ *Ibid*.

la naturaleza de la conducta de este delito es bifronte, “*toda vez que por un lado suponen una contravención del deber de lealtad o fidelidad que tiene el funcionario para con la administración (así como la confianza que deposita ésta en aquel) y por otra tiene una fuerte impronta patrimonial, pues afecta al patrimonio, a las arcas públicas.*”⁶⁷ Agrega que, este delito se entendería como uno que lesiona funcionalmente el patrimonio público, o quebrantaría económicamente la Hacienda pública. Destaca, que en la estructura del Código alemán, estos delitos se estudian dentro de los delitos contra el patrimonio o el sistema económico y no dentro de los delitos contra la administración pública.⁶⁸ Mir Puig señala que el bien jurídico protegido es el “*correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público*”⁶⁹ De la Mata, sostiene que el injusto “*queda cifrado en la lesión a correcta gestión del patrimonio público en un sentido de perjuicio a su idoneidad para el cumplimiento de los fines propios de la Administración desde el punto de vista patrimonial*”⁷⁰ Además, sostiene que en la normativa española este delito quedó mal ubicado en el título, puesto que según una posición doctrinal, este delito se considera que lesiona el patrimonio con la agravante de prevalimiento de cargo público, tal como sucede en la legislación alemana. Sin embargo, existen otras legislaciones, como la italiana, que la sistematizan dentro de los delitos contra la administración pública por prevalecer del deber de no abusar del oficio sobre el menoscabo patrimonial.

Mir Puig señala, respecto del bien jurídico protegido en el delito de malversación y su reforma en la legislación española, que si bien un sector de la doctrina sostiene que es estrictamente el patrimonio público el objeto de tutela⁷¹, dada la ubicación del delito en el Código Penal español⁷² se entiende que el delito atenta contra la Administración Pública, configurada en su

⁶⁷ CATALÁN Sender, Jesús. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*. Barcelona, Ed. Bayer Hnos, 1999, p. 244-245

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, pp.180-181

⁷⁰ DE LA MATA Barranco, Norberto. “Los delitos de malversación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 11, 1997, p. 444. Citado en: RODRIGUEZ, *La desviación de fondos públicos...*, *op. cit.* en n. 65, 255 y ss.

⁷¹ MIR PUIG, Carlos. “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015, p. 188

⁷² El delito de malversación español (art. 432) sigue ubicado dentro del título XIX *Delitos contra la Administración Pública*, del Código Penal español. Sin embargo, señala Mir Puig (MIR PUIG, Carlos, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 72, pp. 188-189) que dada la remisión de artículo 432 en su número primero al art.

vertiente objetiva como función pública, caracterizada en la relación Administración-ciudadano.⁷³ El autor citado, señala que el interés jurídico que se lesiona con estas conductas sería la correcta gestión del patrimonio público en su sentido funcional para proveer el cumplimiento de las prestaciones de los servicios públicos.⁷⁴

Finalmente, el bien jurídico protegido en el delito de malversación o peculado, afectaría el buen desempeño de la Administración en su aspecto económico, lesionando el patrimonio fiscal, y los deberes propios de la función pública, materializados en una infracción de deber al principio de probidad administrativa.⁷⁵

252 (a la figura de administración desleal patrimonial) y en su número segundo al art. 253 (delito de apropiación indebida) se ha remarcado aún más el carácter patrimonial de los delitos de malversación.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 217-218

⁷⁵ Véase MAÑALICH, Juan Pablo. “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, *Política Criminal*, vol. 7, N°14, 2012, p. 374, quien sostiene que el injusto de las formas de malversación (peculado y desfalco) se constituye con la “*la vulneración de la dimensión del principio de probidad específicamente asociada a la exigencia de que el funcionario dé preeminencia al interés general por sobre el particular.*”

CAPÍTULO II

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO PENAL

2. Introducción

En el presente capítulo se expondrá sobre el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal. La descripción comenzará refiriéndose al concepto de malversación, haciendo referencia a la variedad de conductas que el vocablo agrupa. Luego se describirá especialmente el delito de malversación por apropiación o peculado, establecido en el artículo 233 del Código Penal, analizando su descripción típica, con especial referencia a la conducta típica, las modalidades típicas de comisión y omisión, y la diferencia que exhibe respecto de la conducta establecida en el artículo 235. Finalmente, se hará referencia al delito de malversación del Código Penal español, y su reciente modificación legal, que implica una redefinición en el injusto propio de la malversación.

2.1 Nociones preliminares frente al concepto de malversación

El concepto de malversación, etimológicamente, proviene del latín *male* y *versare*, cuyo significado es “invertir mal”.⁷⁶ El sustantivo malversación, tanto en su voz castellana, como en las voces italiana (*malversazione*), francesa (*malversation*), y portuguesa (*malversação*) se refieren a la idea de inversión ilícita.⁷⁷ Los orígenes del término malversar se asocian de manera más directa a la idea de desviación de fondos del presupuesto que a conductas de apropiación o sustracción de caudales públicos.⁷⁸ La noción de apropiación en la malversación, tiene sus orígenes en el Derecho Romano, en el cual se denominó *peculado* a la idea de apropiación de bienes públicos, distinguiéndose del término malversación que hacía alusión a la desviación de estos bienes.⁷⁹

⁷⁶ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 383. En el mismo sentido CATALÁN, *op. cit.* en n. 65, p. 248 quien señala que el concepto refiere a la inversión ilícita de caudales ajenos que se tienen a cargo.

⁷⁷ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, pp. 203-204

⁷⁸ CATALÁN Sender, *op. cit.* en n. 68, p. 248. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 383

⁷⁹ *Ibid*, p. 248. El término peculato deriva del latín *pecus*, que se refiere al ganado, y que en el antiguo Derecho Romano era un bien público o común de vital importancia. La sustracción de estos bienes era castigada con mayor dureza.

Rodríguez y Ossandón señalan que el vocablo *malversación*, especialmente en España e Iberoamérica agrupó un conjunto amplio de conductas. De esta forma, podía entenderse mediante esta figura, tanto la inversión indebida, como la apropiación.⁸⁰ De la misma forma lo entiende la Real Academia Española, que en su diccionario define malversar como “*apropiarse o destinar los caudales públicos a un uso ajeno a su función*”.

En suma, la malversación como concepto denota, a pesar de las formas concretas que adopta como figura delictiva, una inversión ilícita, es decir un “*empleo indebido, a través de actos de apropiación o alteración, de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública.*”⁸¹

2.2 El delito de malversación en la legislación nacional

El Código Penal chileno reúne cinco figuras de malversación en el párrafo 5° del título V, del Libro II. Estas disposiciones consideraron como modelo el Código Español de 1848, desde donde se tomaron como base, la sistematización y contenido de estos delitos.⁸²

Las conductas que agrupa el párrafo 5° son las siguientes: Malversación por apropiación o peculado (artículo 233 supuesto doloso, y artículo 234 modalidad culposa), malversación por distracción o desfalco (art. 235), malversación por aplicación pública diferente (art. 236) y negativa a un pago o entrega (art. 237)⁸³

Etcheberry sostiene que en este párrafo el legislador agrupó conductas, cuya heterogeneidad hace dificultoso sistematizarlas bajo una idea común.⁸⁴ No obstante, añade este autor, nuestro

⁸⁰ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 384

⁸¹ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 204

⁸² RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 383. GUZMAN, *op. cit.* en n. 33, pp. 201 y ss. Quien detalla que la aprobación de estas disposiciones es en lo medular de origen español, pero con ciertas innovaciones, específicamente en los artículos 233 y 238.

⁸³ Sistematización referida en RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 384. Para un bosquejo similar, véase GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 211. Para una distinción en virtud del tipo de norma de comportamiento infringida véase MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 363, quien agrupa al peculado mediante sustracción (art. 233), la desviación de fondos (art. 235 inc. 1° y 3°) y el delito de aplicación pública diferente (art. 236) donde la norma de comportamiento es una norma de prohibición. Y en el segundo grupo los delitos donde se infringe una norma de mandato: el peculado mediante omisión de impedir una sustracción por un tercero (art. 233 y 234), el desfalco (art. 235 inc. 2°) y el delito de negativa de pago (art. 237)

⁸⁴ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 236. En un sentido opuesto MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 363, quien sostiene que existe un parecido de familia entre las distintas modalidades de malversación, basado en que ésta siempre presupone una concreta posición jurídica del autor con respecto a determinados caudales o efectos. Añade que la posición jurídica del autor en relación a los bienes permite

Código punitivo denominó como malversación a figuras disímiles entre sí, lejos de la definición técnica⁸⁵, como las conductas de sustracción, y otras completamente distintas como la negativa de efectuar un pago o entregar una cosa.⁸⁶ Piña sostiene que, todas estas conductas compartirían la *idea de “inversión indebida” de caudales o efectos públicos en usos distintos de aquellos a que están destinados*⁸⁷ Rodríguez y Ossandón señalan que, en todas estas conductas subyacen al menos tres criterios: la calidad de empleado público del sujeto activo, el carácter público del objeto material y una relación especial entre el sujeto activo y el objeto del delito.⁸⁸

Además, el artículo 238 prescribe una hipótesis de extensión de la punibilidad a otros sujetos, que no poseen la calidad de funcionarios públicos, cuando éste sujeto *“se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”*.⁸⁹

2.3 El delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal

El Código Penal en su artículo 233 sanciona al *“(...) empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los substraiga (...)”* Esta disposición contempla la modalidad de sustracción o peculado, conducta caracterizada como la más nociva o grave por la doctrina,⁹⁰ ya que consistiría en una sustracción definitiva, sin devolución⁹¹. Además, las

demarcar dos ámbitos normativos: una obligación de conservación, o una obligación de administración o inversión de los caudales.

⁸⁵ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 236, señala que el concepto restringido de malversación se refiere a *“(l)a de dar a los fondos públicos un destino también público, pero diferente del que tenían asignados por la ley o la autoridad competente.”*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “Malversación de caudales públicos, causa Ministerio Público contra J.A.D.M. y L.A.M.Q. (Informe en Derecho)”, *Doctrina Procesal Penal*, 10, 2011, p. 182

⁸⁸ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 384

⁸⁹ Guzmán (GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, pp. 220) señala que primitivamente, el peculado no era un delito de funcionario, puesto que la prioridad del castigo recaía en la naturaleza de la cosa sustraída, pero que, posteriormente empezó a protegerse de manera preponderante el abuso del oficio público sobre la apropiación del erario.

⁹⁰ GUZMAN, *op. cit.* en n. 33, pp. 219. En el mismo sentido RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389

⁹¹ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 217.

penas asociadas a este delito son sensiblemente superiores a las del resto de las conductas agrupadas en el párrafo 5° del Código, referentes a la malversación.⁹²

Se ha distinguido el peculado o malversación por apropiación cometida con dolo contenido en el art. 233, y la conducta culposa establecida en el artículo 234.

2.3.1 Conducta típica

La conducta típica consiste en sustraer o en consentir que otro sustraiga. *Sustraer* se refiere a la “acción material de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular.”⁹³ Bunster señala que sustraer “es la traslación de la cosa, por un acto material de apoderamiento, de la custodia que sobre ella ejercía persona distinta del autor del delito, a la tenencia efectiva de éste”.⁹⁴ Sin embargo, Guzmán señala que es errado entender el sentido del verbo sustraer, como un elemento descriptivo del tipo, por cuanto se hace “inexpresivo de su sentido gramatical de apartar o extraer y, en definitiva, quitar.”⁹⁵ Este autor sostiene que la acción de sustraer debe entenderse como un elemento normativo jurídico de una apropiación, agregando que, si el funcionario puede realizar actos como si fuese propietario, estaría realizando la conducta típica.⁹⁶ Mañalich señala que la sustracción en este caso, difiere de la lectura que la dogmática penal realiza sobre la acción típica del hurto, es decir, en este caso la sustracción queda definida como “mutación de custodia pública en custodia privada”.⁹⁷

Rodríguez y Ossandón sostienen que la norma no se refiere a apropiación, puesto que al hablar de sustracción no se estaría exigiendo un ánimo de señor o dueño (*animus rem sibi habendi*)⁹⁸ Señalan que, para determinar la efectividad de la sustracción se debe distinguir la esfera de custodia del funcionario público y la del sujeto como persona privada, atendiendo a la primera

⁹² RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389, quienes además sostienen que este delito se trataría de un delito especial impropio, por encontrarse en los tipos apropiación o hurto.

⁹³ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 239. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389. En un sentido contrario Mañalich (MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 369) quien sostiene que lo que ha de entenderse por sustracción no queda especificado por la definición que la dogmática elaboró para el hurto, sino que ha de “identificarse con una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detención.”

⁹⁴ BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, pp. 63-64

⁹⁵ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 228

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 369

⁹⁸ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389. En la doctrina española, Catalán, en un sentido opuesto señala que el sustantivo sustracción equivale a apropiarse. Agrega que la sustracción debe realizarse con ánimo de apropiación definitiva y no de mero uso (*animus utendi*) (CATALÁN, *op. cit.* en n. 68, p. 252)

relación jurídica como portadora de la hipótesis de la conducta típica.⁹⁹ Dado que en estos casos los fondos ya se encuentran dentro de la esfera de custodia del empleado público, éste no requiere desplazarlos o trasladarlos desde la esfera de resguardo de un tercero.¹⁰⁰ Etcheberry sostiene que, para determinar la configuración de la sustracción, hay que distinguir entre la esfera de custodia del sujeto como funcionario público y como persona privada.¹⁰¹ En el supuesto de que el empleado público sea reemplazado en su cargo por otra persona, y los fondos continúen bajo la custodia del nuevo funcionario a cargo, la sustracción no se habría perfeccionado.¹⁰² Otra hipótesis mediante la cual se puede concretar la sustracción, añade Etcheberry, sería el hecho de que el funcionario a cargo de los caudales o fondos destinados a las arcas del Fisco, no haga ingresar los fondos percibidos, apropiándose los.¹⁰³

Con respecto a la modalidad típica, radicada en el hecho de que el funcionario a cargo de los fondos, consienta en que otro los sustraiga, cierta parte de la doctrina sostiene que la tipificación de esta conducta permitiría sustraer al funcionario del régimen general de intervención delictiva, según la cual, el funcionario público sería penado bajo el título de partícipe de un delito común cometido por un tercero como autor. Así, según estos autores, esta modalidad permitiría castigar al funcionario cuando actúa como autor mediato a través de un instrumento doloso no cualificado, en la hipótesis que el funcionario a cargo de los caudales, consienta en la sustracción por parte de un particular.¹⁰⁴ En un sentido contrario, Guzmán, quien señala que no estaríamos ante un caso de autoría mediata con agente doloso, ni de participación en un delito ajeno, ya que sería necesario que el *extraneus*, en una hipótesis de

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389

¹⁰¹ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 239. Este autor sostiene que, en el delito de peculado, y en similitud con el delito de apropiación indebida, la distinción es imprescindible, puesto que en ambos casos nos encontramos con el hecho de que el sujeto activo ya tiene en su custodia los fondos que serán objeto de la sustracción, sin requerir de una esfera de resguardo de un tercero.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.* En el mismo sentido, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 390

¹⁰⁴ PIÑA, *op. cit.* en n. 87, p. 191. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 492. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, pp. 390-391. Para una definición de autoría mediata véase GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. “Autoría y participación”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°10, 2008, p. 21, quien señala que “(la autoría mediata consiste en la realización del hecho típico a través de otra persona que actúa como instrumento”. Para una definición de autoría mediata mediante agente doloso no cualificado, véase MAÑALICH, Juan Pablo. “La estructura de la autoría mediata”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV, 2010, p. 407, quien la define cuando “un sujeto, que es extraneus frente al círculo de autores idóneos de un delito especial, realiza de propia mano y sin defecto de imputación alguno un hecho que conllevaría una realización del tipo delictivo en caso de ser imputable a un sujeto sí cualificado, esto es, a un intraneus.”

sustracción, obrara con dolo y ánimo de lucro o de apropiación. La posición de este autor sobre esta modalidad típica, consiste en que la norma busca castigar la acción que se esperó que realizara el funcionario de impedir la sustracción, y que no obstante, omitió hacer.¹⁰⁵ Mañalich, sostiene que la descripción típica de esta modalidad omisiva de peculado, se justifica si se lee la posición específica del funcionario con respecto a los caudales, como una obligación propia de conservación o custodia. Así, se infringe el deber de conservación de los fondos, si se omite impedir la sustracción por terceros.¹⁰⁶

2.3.2 Delimitación con la figura típica de desviación de fondos del artículo 235

En la doctrina, la conducta del peculado del artículo 233 ha sido relacionada, particularmente con la figura de desviación de fondos del artículo 235. Cierta parte de la doctrina, para diferenciar estas dos conductas, caracteriza la figura del peculado como constitutiva de una conducta omisiva, al exigir, además de la sustracción, que el funcionario que está obligado en razón de su cargo a reintegrar los fondos, no lo haga.¹⁰⁷ Entonces, lo relevante para determinar la realización típica, sostiene esta posición, es que los fondos no sean reintegrados, deviniendo en una sustracción permanente.¹⁰⁸ Luego, la diferencia con la modalidad del artículo 235, consistiría en que, en ésta última conducta sí se verificaría la devolución o reintegro.¹⁰⁹

Mañalich sostiene que la doctrina centra la atención en la significación de que el reintegro de los fondos o caudales sustraídos haya sido previsto por el funcionario, o en el reintegro posterior al hecho por parte del funcionario.¹¹⁰ Distingue dos posiciones, una subjetivista, para la cual dependería de que la sustracción se realice sin el propósito de reintegrar los caudales públicos para constituir el peculado del art. 233, sin perjuicio que posteriormente se restituyan

¹⁰⁵ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, pp. 229-230

¹⁰⁶ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 367

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 390. Mañalich sostiene que la referencia a la sustracción en el art. 233 no constituye un criterio delimitador con la conducta típica del artículo 235 referente a la desviación de fondos, puesto que esta disposición también alude al participio “sustraídos”, por consiguiente, no quedaría explicitada de manera clara la diferencia en exclusiva atención a esta acción. (MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 364)

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 390

¹¹⁰ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 364

los efectos. La tesis objetivista, sustentada por la mayoría de la doctrina,¹¹¹ señalan que para determinar la configuración el delito de peculado o de desviación de fondos, se tiene que verificar el reintegro de los caudales públicos como un hecho objetivo.¹¹²

Este mismo autor, sostiene además que, para verificar la diferencia típica entre los delitos de peculado y desviación de fondos, se debe poner relevancia a la disposición del artículo 233 cuando se exige que el funcionario tenga a su cargo caudales o efectos en razón de depósito, consignación o secuestro, ya que de ello se derivarían implicancias interpretativas¹¹³ Este autor destaca que la diferencia entre las disposiciones del art. 233 y 235 descansa en la respectiva posición jurídica del autor con respecto a los caudales o efectos.¹¹⁴ Así, la norma de malversación de peculado está dirigida al funcionario, en cuyo cargo debe cumplir con la conservación de fondos públicos, mientras que la conducta especificada en el artículo 235 se establece para el potencial autor que deba tener a su cargo los caudales públicos con miras a su administración o inversión.¹¹⁵

2.3.3 Sujeto activo

Para configurar la conducta punible del artículo 233, se requiere que el sujeto activo sea un empleado público, y que, en razón de sus funciones tenga a su cargo, caudales o efectos públicos o de particulares.¹¹⁶ Por tanto, se requiere que aquel funcionario se encuentre en una relación especial de custodia con el objeto material.¹¹⁷ Esta relación especial debe ser derivada de una función pública. Las normas regulativas de esta función, principalmente el derecho público, y en especial el derecho administrativo, determinarán cuándo los fondos o caudales

¹¹¹ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 242, quien señala que el reintegro puede configurar una atenuante; GARRIDO, *DPPE*, *op. cit.* en n. 36, p. 447, quien señala que el reintegro constituye una condición objetiva positiva; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p.405

¹¹² MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 365

¹¹³ Razón de esta interpretación, descansa en el principio de caridad, que busca otorgar consistencia y coherencia a las normas, dándole significación a la diferencia que se plasma en al artículo 233 cuando expresamente incluye la cláusula que la disposición del art. 235 no contiene. MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, pp. 365-366

¹¹⁴ *Ibid*, p. 363

¹¹⁵ *Ibid*, p. 366

¹¹⁶ BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 44

¹¹⁷ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 214

públicos están al cuidado del empleado en razón de su cargo, ya que dicha función debe emanar de la ley o de reglamentos.¹¹⁸

Además, y de acuerdo con el artículo 238 contenido dentro del párrafo 5° del Código Penal, se amplía el círculo de destinatarios de las normas referentes a la malversación. El efecto de esta norma, consiste en que puedan ser sancionados por la realización de los delitos de malversación, sujetos que se encuentren encargados de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a algún establecimiento público de instrucción de beneficencia. Tanto en el caso del funcionario público como de las personas que se encuentren dentro de las hipótesis del art. 238, para constituirse en sujetos destinatarios de los delitos de malversación, deben encontrarse en una determinada posición relativa con el objeto material dispuesto en cada una de las figuras típicas del párrafo 5°.¹¹⁹

Finalmente, se sostiene, que el funcionario público queda determinado por un estatus que va a estar definido por un conjunto de estándares de comportamiento, derivados del principio de probidad que se exige de los funcionarios públicos, en el desempeño de sus cargos.¹²⁰

2.3.4 La expresión “teniendo a su cargo”

El artículo 233 además de señalar que el sujeto activo corresponde a un empleado público, agrega lo siguiente: “*que, teniendo a su cargo*”. Se discute la amplitud de la acepción “cargo”, en virtud del cual, existiría por un lado, un criterio amplio que entiende que bastaría que el malversador tuviera los bienes con “ocasión de” o “en consideración de” su cargo.¹²¹ Esta interpretación ha sido criticada, puesto que anularía la razón de la norma al quitarle la gravedad inherente a la confianza infringida por el funcionario en cuyo cargo o función se otorgó por la Administración el cuidado de los caudales.¹²² Otra posición, con un criterio más restringido, sostiene que la relación del funcionario público con los caudales que tiene a su cargo debe ser en razón de sus funciones.¹²³ Dicha expresión se ha entendido por la doctrina como una

¹¹⁸ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 393. ETCHEBERRY, *DPPE, op. cit.* en n. 25, p. 238. GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, pp. 223, quien agrega a la resolución y costumbre administrativa.

¹¹⁹ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 363

¹²⁰ *Ibid.*, p. 369

¹²¹ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, pp. 223

¹²² *Ibid.*

¹²³ BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 46. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 393

relación especial de custodia derivada de la función pública.¹²⁴ Etcheberry afirma que este requisito, referido en la expresión “teniendo a su cargo” haría las veces de “abusando de su oficio” la que le otorgaría la calidad de delito funcionario.¹²⁵ En el supuesto que la sustracción de fondos se lleve a cabo por un funcionario que no los tenga en razón de su cargo, o que los posea sólo por contingencia o casualidad, señala Etcheberry, sería imputable el delito de apropiación indebida o el delito de hurto con la agravante de abuso de confianza.¹²⁶ Piña señala que la idea de tener a cargo sugiere no sólo la idea de un deber de comportamiento con relación a los caudales, sino que además configuraría una relación con ellos que importaría algún grado de control o alcance sobre éstos. Se sumaría también, una capacidad de decidir el destino de estos fondos, que presupondría un espacio de libertad para la disposición de los caudales, lo que haría más relevante la función del correcto desempeño de probidad en el uso y destino de éstos. La mayor penalidad asignada a esta figura, confirmaría la entidad de la confianza depositada en el funcionario que tiene a su cargo los caudales.¹²⁷ Guzmán señala que la locución “teniendo a su cargo” implica entender que el funcionario tiene un poder sobre estos bienes, puesto que han sido confiados a su cuidado, pero este poder no sería conceptualmente análogo con la posesión, ya que si bien, serían meros tenedores, tampoco quedaría limitado sólo a una figura de detentador material, puesto que el concepto de custodia y conservación admitiría diversos modos de materialización.¹²⁸ Mañalich sostiene, y de acuerdo a una lectura sistemática del art. 233, “(q)ue la posición del empleado que tiene a su cargo caudales o efectos para su conservación se corresponde exactamente con la posición de depositario.”¹²⁹ Al respecto, el autor citado, sostiene que es irrelevante la validez jurídica civil de tal figura, y que lo determinante de esta interpretación de la figura de peculado es que el funcionario tiene a su cargo los caudales ‘“a modo” de depositario’.¹³⁰ Es decir, la posición de depositario hará exigible respecto de caudales públicos como de particulares, la obligación de conservación de estos bienes.¹³¹

¹²⁴ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 393

¹²⁵ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 238.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ PIÑA, *op. cit.* en n. 87, p. 184

¹²⁸ GUZMAN, *op. cit.* en n. 33, p. 222

¹²⁹ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 366. Agrega que los tres títulos alternativos que refiere el art. 233 se corresponden con figura base del depósito. *Ibid.*, pp. 366-377

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

2.3.5 Objeto material

El objeto sobre el que recae la conducta típica, está conformado por caudales o efectos. Se entiende por caudales a “*los bienes de cualquier especie, y principalmente el dinero*”¹³² También ha sido entendida como “*toda clase de bienes provistos de significación pecuniaria*”¹³³ Por efectos se ha entendido “*todos los documentos que son susceptibles de estimación pecuniaria y que signifiquen un valor negociable.*”¹³⁴ Se excluirían del concepto de caudales, los bienes inmuebles, los incorporeales y la mano de obra.¹³⁵ Además abarcaría letras de cambio, cheques, títulos y valores mobiliarios.¹³⁶ Se destaca que, la disposición referente a los caudales o efectos señala que éstos deben ser públicos. Esta exigencia, señala Etcheberry, debe entenderse más allá del criterio restringido de pertenecer al Estado o Fisco, comprendiendo los fondos de las instituciones señaladas en el art. 260.¹³⁷

Además, la norma se refiere a los fondos particulares “en depósito, consignación o secuestro”. Estos serían aquellos que se encuentran legalmente depositados bajo la tenencia del funcionario malversador.¹³⁸ Bunster señala que los caudales de particulares que el párrafo 5° busca proteger son aquellos entregados al fisco por obligación legal.¹³⁹ Por tanto, no es importante que estos dineros no estén destinados para satisfacer fines públicos, sino que, interesa que se encuentren bajo custodia del empleado público por fundamento del título mismo de la función que éste desempeña, conforme a la ley.¹⁴⁰ Rodríguez y Ossandón hacen presente que, no es necesario que estos fondos hayan entrado por la celebración de un contrato civil, puesto que esta obligación de custodia o resguardo deriva de un deber funcionario.¹⁴¹

¹³² RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 391

¹³³ GUZMAN, *op. cit.* en n. 33, p. 225

¹³⁴ BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 37

¹³⁵ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 211. En la doctrina española, se discute si podría incluirse la mano de obra al servicio de la administración pública para fines privados. MORALES, Óscar. *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración de causales públicos*. Navarra, Ed. Aranzadi, 1999, p. 112 y ss. En el derecho penal argentino, sí existe como figura típica, en su artículo 261: “(...) *el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.*” DONNA, Edgardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Editores Rubinzal-Culzoni. 2001, Tomo III, p. 283

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 237

¹³⁸ BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 38

¹³⁹ *Ibid.*, p. 39

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 393

Finalmente, con respecto a los fondos de particulares, existe un sector mayoritario de la doctrina que entiende que la referencia del art. 233 a las figuras de depósito, consignación o secuestro son simplemente ejemplares.¹⁴² En una interpretación contraria, también se esgrime que la referencia a estas expresiones tiene por sentido marcar una diferencia con respecto a los tipos penales de los artículos 235 y ss. del Código Penal.¹⁴³

2.3.6 Otros elementos del tipo

En lo referente al tipo subjetivo, se sostiene por algunos, que la conducta del art. 233 sólo se podría realizar con dolo directo, atendiendo al elemento subjetivo que conlleva la apropiación.¹⁴⁴ El delito no exigiría ánimo de lucro, más, bastaría sólo un *animus rem sibi habendi*, pero de acuerdo a la redacción de la norma, tampoco exigiría esta disposición subjetiva.¹⁴⁵ Esta exigencia de dolo directo, se sostiene, también la exigiría la modalidad de omisión en que incurre el funcionario público, quien teniendo conocimiento de la ocurrencia de una sustracción, no hace nada por impedir la conducta.¹⁴⁶

Con respecto a la forma de perfeccionamiento del delito, se sostiene que éste se verifica “*con la apropiación por el empleado que subtrae, o con la sustracción -mero desapoderamiento- por el tercero, facilitada por la pasividad dolosa o el descuido del funcionario.*”¹⁴⁷ Guzmán agrega que, la consumación del peculado se verificaría una vez que el funcionario “*haya adquirido el poder fáctico de disponer materialmente de la cosa como si fuese su dueño*”.¹⁴⁸ Esto se comprobaría, cuando de la rendición de cuentas respectiva, se verifique que falta dinero u otros efectos, sin perjuicio de que esta sola circunstancia no satisface completamente los

¹⁴² ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, pp. 237-238. LABATUT, *op. cit.* en n.59, pp. 79-80. PIÑA, *op. cit.* en n. 87, pp. 183-184 quien sostiene que estas expresiones deben entenderse, más allá de su significado legal otorgado por el derecho civil, sino que en un sentido común y corriente del sujeto que recibe dinero o efectos a título de mera tenencia.

¹⁴³ MAÑALICH, *La malversación*, *op. cit.* en n. 75, p. 366

¹⁴⁴ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 496. GARRIDO, *op. cit.* en n. 36, p. 446. GUZMÁN Dálbora, *op. cit.* en n. 31, p. 221.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 395. Etcheberry, sostiene que la conducta, activa o pasiva, de consentir en que otro sustraiga del art. 233, debe realizarse con dolo, contraponiendo ésta conducta con la figura del art. 234 en la cual se exige negligencia. ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, pp. 239-240. Guzmán (GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 233) señala que puede darse dolo eventual en el empleado que permite la sustracción.

¹⁴⁷ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 233

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 228

criterios para imputar al funcionario a cargo el delito de peculado.¹⁴⁹ Se sostiene, por ciertos autores, que esta conducta de peculado consistiría en una omisión de restituir, ésta se asimilaría con la estructura de la apropiación indebida, por lo que no podrían verificarse formas imperfectas del delito de peculado, esto es, ni tentativa ni delito frustrado.¹⁵⁰ Una posición distinta, señala que podría configurarse una hipótesis de tentativa, al atender a la conducta fraccionable que el funcionario debe desarrollar para obtener la apropiación, esto considerando la naturaleza del objeto material.¹⁵¹

2.4 El delito de malversación en el Código Penal español

El delito de malversación, en la normativa penal española, fue modificado con la reciente reforma impuesta por la Ley Orgánica 1/2015 del 30 marzo de 2015.¹⁵² Así, las principales modificaciones se refieren a la ampliación de los sujetos activos,¹⁵³ se modificó el objeto material del delito, delimitado con el término patrimonio público, noción más amplia que la de efectos o caudales públicos al incluir bienes inmuebles.¹⁵⁴

Así, la reforma introdujo una tipificación nueva del delito de malversación¹⁵⁵ (artículo 432 a 435 del CP español) con una modalidad de gestión desleal de fondos públicos y una modalidad

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 395

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 396

¹⁵¹ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 235

¹⁵² Anteriormente a esta reforma, se habían derogado tres modalidades de malversación consistentes en la malversación culposa, la malversación por aplicación pública diferente y la negativa de entrega o pago de bienes bajo administración o custodia de un funcionario. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, pp. 385-386

¹⁵³ “Artículo 435.

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1. ° A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2. ° A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3. ° A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

4. ° A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.”

¹⁵⁴ MIR PUIG, Carlos, *op. cit.* en n. 72, p. 218

¹⁵⁵ “Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.”

apropiatoria. El efecto de la reforma fue incluir dentro del ámbito de la norma, además de las conductas de sustracción y desviación de fondos públicos, la gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Las conductas punibles de la malversación se remiten, según la nueva normativa, a los artículos 252 y 253 del Código Penal español, esto es, administración desleal¹⁵⁶ y apropiación indebida¹⁵⁷ respectivamente.¹⁵⁸ Con respecto a la modalidad apropiatoria del art. 432 número 2, el objeto material queda determinado por el patrimonio público, además se elimina la referencia de que el funcionario público tenga los caudales o efectos públicos “a su cargo por razón de sus funciones”.¹⁵⁹ Con respecto al tipo objetivo, Mir Puig señala que la normativa utiliza los verbos apropiarse y “negar haber recibido”, y con respecto a esta última modalidad, la apropiación se presumiría de derecho, si el que recibe una cosa mueble en virtud de un título que obliga a su entrega niega haber recibido ésta. Su estructura típica se construiría por dos momentos: el primero consistente en la posesión inicial de la cosa por parte del funcionario, en virtud de una competencia específica que obligue a su restitución posterior, y un segundo momento constituido por la apropiación de lo que se entregó, no devolviendo o negando haber recibido. Con respecto al tipo subjetivo, se exigiría el dolo y que concurra el elemento subjetivo consistente en el *animus rem sibi habendi*, o ánimo de apropiación definitiva por parte del funcionario público o autoridad.¹⁶⁰

¹⁵⁶ “Artículo 252.

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

¹⁵⁷ “Artículo 253.

1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

¹⁵⁸ De esta forma se delimitan ambas figuras, por un lado “quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (...) En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (...), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal.” MIR PUIG, Carlos, *op. cit.* en n. 72, p. 219

¹⁵⁹ *Ibid*, pp. 221-222

¹⁶⁰ *Ibid*, pp. 234-235

CAPÍTULO III

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ART. 233 DEL CÓDIGO PENAL COMO DELITO ESPECIAL

3.1 El concepto de delito especial

Dentro del estudio de los delitos elaborada por la doctrina¹⁶¹, existe una clasificación dogmática que distingue entre los delitos comunes y delitos especiales.¹⁶² Los delitos comunes han sido conceptualizados como aquellos que pueden ser cometidos cualquier persona, y por lo general comienzan redactados con las descripciones típicas “quien” o “el que” para caracterizar al sujeto activo.¹⁶³

Los delitos especiales han sido definidos como aquellos en que *‘sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (“cualificación de autor”)*’.¹⁶⁴ Otra definición entiende como delitos especiales a los delitos en que *“sólo pueden ser sujetos activos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”*¹⁶⁵ Mañalich sostiene que la estructura de un delito especial, está compuesta por el quebrantamiento de una norma especial, que está dirigida a un sujeto que debe reunir o exhibir un *“determinado estatus especial.”*¹⁶⁶

De este modo, la conceptualización de un delito especial queda definida por la existencia de las siguientes características: 1) Una *restricción del círculo posible de autores* del delito, 2) mediante un conjunto de *elementos* que son exigidos por el tipo legal.¹⁶⁷

¹⁶¹ Véase ROXIN, *DPPG*, *op. cit.* en n. 45, p. 328 ss.

¹⁶² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean; y RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 187.

¹⁶³ ROXIN, *DPPG*, *op. cit.* en n. 45, p. 338. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 162, p. 187

¹⁶⁴ ROXIN, *DPPG*, *op. cit.* en n. 45, p. 338

¹⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 7ª edición. Barcelona, Reppertor, 2005, p. 237. Otra definición la ofrece GÓMEZ Martín, Víctor. “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-01, 2012, p. 3, que señala que son *“aquellos delitos de los que sólo puede ser autor, en el sentido ontológico del término, aquel sujeto en quien concurran los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por la Ley, e incorporado a dicho concepto el elemento consistente en que la delimitación del círculo de posibles autores se encuentre justificada en términos de protección de bien jurídico”*.

¹⁶⁶ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 358

¹⁶⁷ GÓMEZ Martín, Víctor. *Los delitos especiales*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2003. [en línea] <http://hdl.handle.net/10803/1411> [consulta 12-12-16]. p, 20

Un concepto complejo de delito especial, como lo sostiene Gómez, sería aquel que añade que la restricción del círculo de posibles personas como destinatarios de una norma penal descansa en fundamentos o razones materiales, en términos del principio de protección del bien jurídico.¹⁶⁸

La cualificación especial ha sido analizada, siguiendo un concepto complejo de delito especial, en cuanto al estudio del fundamento sobre el cual se basa la delimitación del círculo de autores en el tipo.¹⁶⁹ Se han señalado ciertas distinciones formales construidas por la doctrina para efectos de depurar el contenido del injusto de este tipo de delitos.¹⁷⁰

3.1.1 La distinción entre *intraneus* y *extraneus*

La distinción de *intraneus* y *extraneus* queda constituida mediante una determinada cualificación, estatus especial, o propiedad requerida por la norma penal con el objeto de delimitar a sus destinatarios. Así, puede señalarse que un *intraneus* es aquel sujeto que exhibe las propiedades, cualidades o elementos que la norma penal define en su núcleo normativo, o en la posición del destinatario de ésta. El concepto de *extraneus* queda definido en términos opuestos, como aquél sujeto que no reúne o no satisface las cualidades especiales exigidas por la norma para constituirse como autor del delito. El *extraneus*, sostiene Mañalich, sólo podría intervenir en un delito especial como partícipe, siempre que el injusto del hecho ajeno pueda serle imputable accesoriamente.¹⁷¹

¹⁶⁸ GÓMEZ, *Los delitos especiales*, *op. cit.* en n. 167, p. 3. Mañalich, refiriéndose a las críticas que sostienen de que no se encontrarían razones sensatas para delimitar el círculo de destinatarios en base al principio de protección de bienes jurídicos, replica señalando que se desconoce por este argumento, que las normas de comportamiento reforzadas mediante sanciones penales, por definición, circunscriben los espacios jurídicamente reconocidos para la acción de sus destinatarios y, además, vienen a resolver conflictos referentes a cómo deben estar distribuidos los bienes jurídicos. MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 358

¹⁶⁹ GÓMEZ, *Los delitos especiales*, *op. cit.* en n. 167, p. 3

¹⁷⁰ Así, de manera sumaria, se han expuesto las siguientes distinciones formales por parte de la doctrina alemana: 1) Se ha clasificado en elementos referidos al hecho o referidos al autor. 2) Una segunda posición distingue entre elementos personales no comunicables y elementos objetivos comunicables. 3) Un tercer criterio delimita el círculo de autores mediante elementos referidos al autor y elementos referidos al bien jurídico. 4) Otra postura sostiene una distinción entre elementos referidos a valores y los valorativamente neutrales. 5) Finalmente, existe una posición que clasifica los elementos en elementos funcionalmente objetivos, elementos meramente tipificadores, y elementos relevantes para el desvalor del hecho. GÓMEZ, *op. cit.* en n. 165, pp. 4-6

¹⁷¹ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 358-359. Mañalich hace referencia a la distinción dogmática entre elementos del hecho y elementos de autoría. *Ibid.* Gómez (GÓMEZ, *Delitos de posición*, *op. cit.* en n. 165, p. 4) señala que aquellos se han dividido en elementos referidos al hecho o referidos al autor. Los primeros, serían comunicables a todo aquel interviniente que los conozca con independencia de su condición de

3.1.2 Delitos especiales propios e impropios

La doctrina ha distinguido dentro del concepto de delitos especiales, dos formas o categorías que puede asumir este tipo de delito, los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios.¹⁷² Una es la categoría de delitos especiales propios, caracterizada como aquellos delitos en los cuales el tipo penal designa como autor a sujetos que poseen una calidad especial, sin que exista una figura residual para los sujetos que no posean dicha calidad especial¹⁷³. En los delitos especiales propios, se sostiene, “*el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena*”.¹⁷⁴ También, se señala que este tipo de delitos “*describen una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos*”.¹⁷⁵

Al contrario de los delitos especiales propios, en los delitos especiales impropios “*el elemento del autor sólo opera agravando la pena.*”¹⁷⁶ Este tipo de delito, tiene correspondencia con un delito común, en el cual un sujeto no cualificado o *extraneus*, puede cometer el delito como autor.¹⁷⁷ La distinción entre los delitos especiales propios y los impropios, se basaría en que en los primeros la cualificación especial constituirá el fundamento de la ilicitud de la conducta, y en los segundos esta calidad sólo agravará la penalidad.¹⁷⁸

Se han formulado ciertas críticas a la concepción de los denominados delitos especiales impropios, así, Mañalich sostiene que, en virtud de la propia denominación, el concepto de delito especial impropio no existe como tal, puesto que lo que realmente se deja ver en esta figura, es la infracción de una norma común que se verá cualificada, por un determinado estatus personal señalado por la respectiva norma de sanción.¹⁷⁹ También, se ha cuestionado la

intraneus o *extraneus*. Los segundos sólo se podrían imputar al *intraneus* por ser elementos de naturaleza altamente personal.

¹⁷² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, en n. 162, p. 187.

¹⁷³ ROXIN, *DPPG, op. cit.* en n. 45, p. 338.

¹⁷⁴ *Ibid.* Otra definición con respecto a los delitos especiales propios señala que son “*aquellos en que la calidad del sujeto activo es determinante para la existencia del mismo, de tal forma que, faltando esta calidad, el hecho sería atípico; no existiendo pues, correspondencia alguna con un delito común.*” HADWA, Marcelo. “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”. *Política Criminal*, N°3, 2007, p. 2

¹⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. *DP, op. cit.* en n. 165, p. 231. El ejemplo clásico que se utiliza por la doctrina en general para caracterizar a este tipo de delito, es el delito de prevaricación. Así, quien carece de la condición de Juez, sería impune. *Ibid.*

¹⁷⁶ ROXIN, *DPPG, op. cit.* en n. 45, p. 338.

¹⁷⁷ MIR PUIG, S. *DP, op. cit.* en n. 165, p. 232

¹⁷⁸ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 182

¹⁷⁹ MAÑALICH, *La malversación..., op. cit.* en n. 75, p. 358

autonomía de esta categoría, esgrimiendo que corresponderían a delitos comunes con agravaciones, cuya naturaleza, constituirían sólo elementos típicos accidentales.¹⁸⁰ También con críticas a esta distinción, pero sustentadas desde la teoría de los delitos de infracción de deber, se sostiene que esta distinción sería superflua o meramente aparente. La razón de esta crítica, asemeja el concepto de delito especial a los delitos de infracción de deber, por tanto, siempre que se infrinja un deber se estaría ante un delito de infracción de deber, y si no existe esta infracción, el delito sólo constituiría un delito común, deviniendo inexistente el supuesto delito de “infracción impropio”.¹⁸¹

3.1.3. Otras distinciones referentes a los delitos especiales

Sobre la teoría de los delitos especiales, además de la distinción tradicional entre delitos especiales propios e impropios, también se han construido otras elaboraciones por la dogmática jurídica, reconociendo otras características respecto de estos delitos.

Una distinción es remarcada por Gómez, quien distingue entre delitos especiales en sentido estricto y delitos especiales en sentido amplio. Los primeros se caracterizarían porque en ellos los autores sólo podrían ser aquellos que se encuentren en una “*posición especial con respecto al bien jurídico protegido*”¹⁸² Estos delitos, también denominados como delitos de posición, se distinguirían de los delitos especiales en sentido amplio, llamados “*delitos especiales con elementos meramente tipificadores*”¹⁸³

Dentro del grupo de los delitos de posición, se distinguirían dos clases. Así, existiría un grupo de delitos que consistirían en el incumplimiento de una función institucionalizada y otros que se basarían en la infracción de una función social no institucionalizada.¹⁸⁴

Con respecto a los delitos especiales con elementos tipificadores, la restricción del círculo de autores obedecería más bien a razones de “*de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual.*”¹⁸⁵ De acuerdo con esta postura, en estos delitos la restricción del

¹⁸⁰ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 132. SÁNCHEZ-VERA Gómez-Trelles, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 254 ss.

¹⁸¹ SÁNCHEZ-VERA *op. cit.* en n. 180, p. 249 ss. y 255 ss.

¹⁸² GÓMEZ Martín, *op. cit.* en n. 164, p. 21.

¹⁸³ *Ibid.*, pp. 21-22

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 22

¹⁸⁵ *Ibid.*

círculo de posibles autores tiene como base, la evidencia empírica que el legislador recoge, de que cierto tipo de sujetos acostumbran a realizar este tipo de delitos.¹⁸⁶

Otra distinción construida sobre la categoría de los delitos especiales es la que distingue entre *delitos “especiales de deber”*¹⁸⁷ y *“delitos de posición.”*¹⁸⁸ Así, según esta postura, los delitos de posición no serían propiamente delitos especiales en el sentido tradicional, ya que para su configuración sólo se requeriría verificar que un sujeto se encuentre en la posición que señale la norma y que desde esa posición especial se genere el riesgo que la norma penal prohíbe.¹⁸⁹ En cambio, en los delitos especiales de deber, existiría un deber que constituiría el fundamento material del injusto.¹⁹⁰

3.2 El delito de malversación de caudales públicos como delito especial

Históricamente, los delitos especiales se han relacionado con los delitos de funcionarios.¹⁹¹ Así, el derecho alemán clásico asoció la categoría de los *delicta propria*¹⁹² con los delitos que sólo determinadas personas podían cometer. Lo más relevante en este tipo de delitos, era la infracción de los deberes que constituían el fundamento de los delitos de funcionarios, pasando a denominarse como *“delitos disciplinarios especiales”*.¹⁹³ Lo característico de estos delitos era el hecho de que un servidor del Estado lesionaba un deber que provenía de las obligaciones establecidas por el servicio o función pública.¹⁹⁴ En la doctrina actual, Roxin señala que el fundamento de los delitos especiales radicaría en la existencia de un deber extrapenal,

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 28. El autor ejemplifica este tipo de delitos, con los delitos de exhibicionismo masculino en Alemania (§ 183 StGB) y el delito de alzamiento de bienes, del Código Penal español (art. 257.1.1° CP) *Ibid.*

¹⁸⁷ Serían aquellos en que la infracción de un deber constituiría el eje del delito. Véase ROBLES, Ricardo y JAVIER, Eduardo. “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación.” *InDret*, 4/2008, pp. 11-12

¹⁸⁸ Serían aquellos en los cuales se delimita el círculo de autores en virtud de la posición idónea, en que se encuentran éstos, para lesionar el bien jurídico. *Ibid.*, p. 11

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 11

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 15

¹⁹¹ Véase GÓMEZ, *Los delitos especiales*, op. cit. en n. 167, p. 9, quien expone los orígenes históricos de los delitos especiales, como tipo de delitos incluidos en la denominación *delicta propria*, en oposición a los *delicta communia*, y de cómo la legislación alemana clásica adoptó esta clasificación.

¹⁹² La denominación hacía referencia, en el antiguo derecho penal romano clásico, “a los delitos que sólo podían ser cometidos por una clase determinada de ciudadanos (los militares)”, GÓMEZ Martín, Víctor. *Los delitos especiales*, op. cit. en n. 167, pp. 7-8

¹⁹³ *Ibid.*, p. 9

¹⁹⁴ *Ibid.*

ejemplificando este tipo de delitos con el conjunto de los denominados delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los cuales subyace un deber específico que compete a los implicados.¹⁹⁵ También en la doctrina española, Quintero, señala que las calidades de funcionario o juez, son exigidas por la ley, para caracterizar a los delitos especiales, en los cuales la calidad exigida en el tipo es determinante para la existencia del delito, o para agravar o atenuar la pena de su autor.¹⁹⁶

En el derecho chileno, Etcheberry sostiene que la agrupación de los delitos realizada en el título V del Libro II del Código Penal, tiene como sujeto activo a un empleado público¹⁹⁷. Agrega que este sujeto activo tiene un vínculo especial con la administración pública, y específicamente, éste consistiría en un deber que, al ser quebrantado, además de vulnerar un bien jurídico determinado, estaría infringiendo un deber específico de “*lealtad, de corrección y de eficiencia*”¹⁹⁸. Rodríguez y Ossandón señalan que la gran mayoría de los delitos que atentan contra la función pública estarían configurados como delitos especiales.¹⁹⁹ En la mayoría de los delitos tratados en el título V, la figura del sujeto activo está ocupada por el concepto de empleado público, sin perjuicio de existir delitos en los cuales puede un particular asumir funciones de especial relevancia social. En suma, señala la doctrina, no existiría un concepto único para elucidar la categoría de sujeto activo en estos delitos.²⁰⁰

En el caso del delito de malversación de caudales públicos en su modalidad apropiatoria (artículo 233 del Código Penal) se distinguen al menos dos posturas en la doctrina que entienden esta figura como un tipo de delito especial.²⁰¹ Una posición mayoritaria de la doctrina chilena sostiene que el delito de malversación de caudales públicos sería un delito especial impropio, al existir junto al delito de malversación, una figura delictiva residual o común. Otra posición minoritaria, cuestiona la existencia de los delitos especiales impropios, sosteniendo que el delito de malversación sería un delito especial (propio).²⁰²

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. TRAD. CUELLO Contreras, Joaquín y SERRANO Gonzalez, José Luis. Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 385-386. Sin embargo, este autor precisa que este tipo de delitos constituirían más bien delitos de infracción de deber, ROXIN, *DPPG*, *op. cit.* en n. 45, p. 338

¹⁹⁶ QUINTERO Olivares, Gonzalo. *Curso de derecho penal. Parte general (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)* Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, p. 495. En este caso, este autor agruparía en su definición tanto a los delitos especiales propios, como los delitos especiales impropios.

¹⁹⁷ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 204

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 126

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 182

²⁰² *Ibid.*, p. 182, p. 193

3.2.1 El delito de malversación del art. 233 del Código Penal como delito especial impropio

La posición mayoritaria en la doctrina nacional, entiende que el delito de malversación de caudales públicos constituiría un delito especial impropio²⁰³. En virtud de esto, existiría una figura básica residual del delito que podría constituirse de forma autónoma, separada de la cualificación especial de funcionario público, que agravaría la sanción.

Etcheberry sostiene que el delito de malversación de caudales públicos sería un delito especial impropio. Su argumento consiste en que, si se suprime hipotéticamente la calidad especial de funcionario público, de la conducta de malversación, ésta figura seguiría siendo punible, y en ese supuesto podría configurarse un delito de hurto, o la figura de apropiación indebida.²⁰⁴

Guzmán señala que el delito común sería siempre el delito de apropiación indebida, siempre que concurren en la actividad del autor los requisitos del art. 470 N°1.²⁰⁵ Politoff, Matus y Ramírez, señalan que la figura residual podría ser la de hurto común o la de apropiación indebida del art. 470 N°1.²⁰⁶ Bunster sostiene que el delito común sería el de hurto o robo.²⁰⁷ Rodríguez y Ossandón sostienen que se trataría en el fondo, de una apropiación indebida puesto que la figura base consistiría en una omisión de restituir.²⁰⁸

En referencia al delito de apropiación indebida, se sostiene que compartiría con la figura de malversación la tenencia legítima de un bien mueble ajeno. Sin embargo se ha señalado que el delito de malversación presenta ciertas diferencias con la figura de apropiación, que impedirían que la primera se constituyera como una modalidad especial de apropiación. La primera diferencia recaería respecto de las cosas que constituirían el objeto material, así, la apropiación

²⁰³ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 238. ETCHEBERRY, *DPPE, op. cit.* en n. 25, pp. 207-208. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389, p. 396. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 480. PIÑA, *op. cit.* en n. 87, p. 191. ²⁰³ MAYER, *op. cit.* en n. 62, p. 223

²⁰⁴ ETCHEBERRY, *DPPE, op. cit.* en n. 25, pp. 207-208. Este mismo autor distingue entre delitos de posición y aquellos que no son de posición. El primer grupo lo constituirían aquellos delitos en los cuales la calidad de empleado público es inseparable del delito, sin los cuales no podría existir. Ejemplificándolo con el delito de prevaricación. El otro grupo se caracterizaría porque el carácter de funcionario público no determinaría la antijuridicidad, sino que sólo constituiría una circunstancia agravante del delito. *Ibid.*

²⁰⁵ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 238.

²⁰⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 489.

²⁰⁷ BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 33. Este autor señala que “la calidad de empleado público del agente puede perfectamente ser separada de la acción que de hecho puede ser realizada por un funcionario o por un particular., aludiendo a las conductas atentatorias contra la propiedad. *Ibid.*

²⁰⁸ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 396

indebida se refiere a bienes muebles ajenos, que sean especies o cuerpos ciertos, admitiendo excepcionalmente bienes fungibles, como el dinero o efectos. A diferencia de lo anterior, la malversación de caudales públicos recae sobre caudales o efectos (especialmente en la modalidad del art. 233) de naturaleza pública, y restringidamente en ciertos casos, sobre bienes de particulares. Otras diferencias, se refieren a la penalidad de la malversación de caudales públicos, que se encuentra reglada de acuerdo a las cantidades de dinero sustraídos. Finalmente, las escalas de penalidad son muy superiores a las de la apropiación indebida.²⁰⁹

Sobre la postura que asocia el delito de malversación con la figura del hurto, se ha sostenido críticamente que resulta problemática la identidad entre las conductas típicas de ambas figuras.²¹⁰ El delito de hurto, en nuestra normativa, utiliza la expresión verbal de “apropiarse”,²¹¹ que ha sido conceptualizada bajo el contexto de este delito como la “realización de cualquier forma de sustracción que implique apoderarse de la cosa.”²¹² Este concepto de sustracción en el delito de hurto comprendería dos actos, uno constituido por el quebrantamiento de la custodia que el dueño tendría sobre un bien, y el segundo conformado por la configuración de una nueva custodia constituida por otro agente.²¹³ La diferencia de este concepto normativo de apropiación con el específico de la conducta típica de la malversación radicaría en que el sujeto de la malversación ya tendría la custodia de los caudales o bienes, por lo tanto, no se requeriría como elemento, el quebrantamiento de una esfera de custodia. Como bien se señaló anteriormente²¹⁴ en los casos de malversación se produce una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detentación.

Finalmente existen posiciones²¹⁵ que sostienen que la figura residual variaría dependiendo de la modalidad comisiva de la malversación. Así lo sostienen Politoff, Matus y Ramírez quienes señalan que en el caso que los caudales sean efectos públicos, entregados exclusivamente en administración, la sustracción se asimilaría a un delito de hurto.²¹⁶ En cambio, tratándose de la

²⁰⁹ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, pp. 184-186

²¹⁰ *Ibid.*, p. 189

²¹¹ Para un análisis de la conducta típica del hurto, véase OLIVER, Guillermo. “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI, 2011, pp. 359-395.

²¹² *Ibid.*, p. 361. Agrega este mismo autor, que en términos normativos, “como la ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, con ánimo de señor y dueño.” *Ibid.*, p. 362

²¹³ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 190

²¹⁴ Véase *supra* II 2.3.1.

²¹⁵ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 389. MAYER, *op. cit.* en n. 62, p. 223

²¹⁶ “comete la sustracción desde que retira para sí de dicha cuenta una cantidad, careciendo de título o finalidad pública que justifique el giro o retiro”. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 27, p. 494

entrega de bienes fungibles, estos autores sostienen que en este caso, se transfiere la propiedad de éstos al funcionario, por lo que la sustracción de estos fondos no podría asimilarse a un delito de hurto, sino que a la figura de apropiación indebida. Esta hipótesis se configuraría cuando el funcionario no cuente con los fondos sustraídos, en el momento que sea requerido a rendir cuenta de estos, esto es, que no realice el reintegro.²¹⁷

3.2.2 El delito de malversación del art. 233 del código penal como delito especial propio

Una posición minoritaria y reciente en la doctrina, sostiene que el delito de malversación de caudales públicos sería un delito especial propio. Así, Mañalich sostiene que los delitos de malversación constituirían delitos especiales propios al considerar que, “*la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo sólo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público, tal como éste se encuentra definido por el art. 260 del Código Penal*”²¹⁸ Esto no afecta, sostiene este mismo autor, de que las normas sobre malversación se encuentren superpuestas con respecto de otras normas delictivas que puedan constituir delitos comunes, sin perjuicio que pueda tener relevancia para el estudio de los concursos de delitos, específicamente en el concurso aparente.²¹⁹ Esta posición es apoyada por Balmaceda y Castro, quienes sostienen que al intentar asociar la figura de malversación en relación con algún delito residual en específico, necesariamente se acabaría admitiendo tantas figuras específicas de malversación, como especies de delitos comunes puedan serle aplicables. Así, podría darse la configuración de una malversación-hurto, o de una malversación-apropiación indebida, difuminando la específica figura delictiva del delito de peculado o malversación.²²⁰

En suma, la descripción del tipo delictivo de peculado, del artículo 233, como la de un delito especial (propio) tendría las siguientes características:

²¹⁷ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.* en n. 27, pp. 494-495

²¹⁸ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 358. Agrega este mismo autor, que la persona que exhibe este estatus ha de encontrarse en una posición relativa a los caudales que configuran el respectivo objeto de la acción.

²¹⁹ *Ibid.*, pp. 362-363

²²⁰ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, pp. 192-193

- 1) Constituye un delito especial, ya que el lugar del destinatario de la norma, sólo lo puede ocupar alguien que exhibe el estatus de funcionario público (definido por el artículo 260 del Código Penal)
- 2) La modalidad del comportamiento delictivo del peculado queda definida para el autor, en base a una posición de detentación o custodia de los caudales o fondos públicos, o de particulares en depósito, consignación o secuestro.²²¹
- 3) Esta posición del funcionario configura una obligación de conservación de los caudales, que implica la prohibición de sustracción de los fondos por parte del funcionario, o que consienta en que otra persona los sustraiga.²²²

3.3 Valoración crítica respecto del delito de malversación como delito especial impropio

Una postura crítica²²³ sobre la tesis que distingue entre delitos especiales propios e impropios, sostiene que un delito especial impropio “*no es más que el quebrantamiento de una norma general, esto es, un delito común, que se ve cualificado, desde el punto de vista de la correspondiente norma de sanción, en atención a un determinado estatus personal*”²²⁴ Un ejemplo de estos casos, sería el delito de parricidio que estaría estructurado por una cualificación (la relación de parentesco) del injusto predicable del delito de homicidio.²²⁵

Nuestra postura, considera que la comprensión del delito de peculado, como un tipo de delito especial impropio, carece de precisiones con respecto a la figura común que fungiría como equivalente a la figura típica del peculado del art. 233. Así, respecto de la asociación con el delito de hurto, sostenemos que la estructura de la conducta típica del peculado, difiere sustancialmente de la acción típica de apropiación que caracteriza al hurto. La característica del injusto del hurto, se basaría en la ruptura de una esfera de resguardo ajena, distinta de la perteneciente al sujeto activo, para poder realizar el apoderamiento de la cosa. Además, la conducta típica del hurto exige que la sustracción esté acompañada del *rem sibi habendi*, que

²²¹ MAÑALICH, *La malversación...*, op. cit. en n. 75, p. 367

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*, p. 358, pp. 362-363

²²⁴ *Ibid.*, p. 358

²²⁵ *Ibid.*, p. 361

junto al ánimo de lucro y el dolo, constituirían los elementos objetivos y subjetivos del tipo.²²⁶ Estos elementos no serían equivalentes a la conducta típica del peculado, especialmente con respecto a la exigencia de que los fondos se encuentren en una custodia ajena, ya que es el mismo funcionario quien, en consideración a su cargo, detenta los caudales, que se apropia de éstos, mutando fácticamente la esfera de custodia pública a la esfera privada.

La vinculación de los elementos de la conducta típica del delito de peculado con la figura de apropiación indebida, sería más a próxima a este respecto. En el injusto de apropiación indebida, es el mismo sujeto quien como mero tenedor de las especies o cuerpos ciertos, se apropia de éstos, exigiendo el ánimo de señor y dueño, al no restituirlos²²⁷. Aquí, al igual que en el peculado, la expresión de apropiación adquiere un sentido normativo, diferenciándose de la conducta de apoderamiento en el hurto. Sin embargo, y más allá de la relativa proximidad entre las conductas típicas, la diferencia capital entre el delito de apropiación indebida, y la figura del peculado, estriba en que, en ésta última figura, la cualificación especial constituye un requisito ineludible para que pueda perfeccionarse la infracción del deber que incumbe al funcionario público. La posición del *intraneus* con respecto a los caudales, está caracterizada por el cumplimiento de un estándar propio de los delitos de funcionarios. El referido estándar, está vinculado a una posición institucional, radicado en el correcto desempeño de la función pública en el ámbito patrimonial del Estado, en cumplimiento del principio de probidad administrativa.²²⁸

En definitiva, en virtud de la especificidad del injusto del peculado como delito especial (propio), sostenemos que la caracterización de este delito como un delito especial impropio es errada.

²²⁶ Véase OLIVER, Guillermo. “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXVI, 2011, pp. 360-362

²²⁷ Véase HERNÁNDEZ, Héctor. “La administración desleal en el derecho penal chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, 2005, pp. 210-215

²²⁸ De esta particularidad en el injusto de la malversación peculado, se comprendería de manera más precisa la tipificación de la modalidad omisiva del art. 233.

CAPÍTULO IV

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS DEL ART. 233 DEL CÓDIGO PENAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

4. Introducción

En el presente capítulo se desarrollará la exposición de las categorías que la dogmática penal ha concebido para comprender la idea de los delitos de infracción de deber. Comienza con la formulación inicial, construida por Claus Roxin para efectos de delimitar a los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) de los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) en atención a la intervención del sujeto como criterio para la determinación de la autoría. En seguida, se expondrá el desarrollo posterior del concepto que tuvo lugar en la doctrina penal alemana, especialmente bajo la reconstrucción de Gunther Jakobs, quien redefine el ámbito de los delitos de infracción de deber, ampliando la función del concepto como criterio de delimitación de autoría, pasando a constituir un fundamento de imputación jurídico penal del delito. Luego, se describirá el desarrollo posterior del concepto de los delitos de infracción de deber, fundamentalmente con la profundización efectuada por Javier Sanchez-Vera, quien desarrolla el aparato conceptual construido anteriormente por Jakobs, describiendo los deberes especiales y las instituciones positivas. Posteriormente se analizarán las críticas que se han esgrimido en contra de la teoría de los delitos de infracción de deber desde la doctrina. Finalmente se describirá la lectura por la doctrina nacional, del delito de malversación de caudales públicos como un delito de infracción de deber con sus consecuentes rendimientos normativos.

4.1 El surgimiento del concepto de delito de infracción de deber

El concepto de delito de infracción de deber como categoría dogmática, surge como respuesta frente a un rendimiento deficitario de la teoría del dominio del hecho con respecto a determinados delitos especiales. La teoría del dominio del hecho se refería a un criterio elaborado por la doctrina para explicar el contenido del concepto de autor en un delito. Así, es Hans Welzel quien formula un concepto inicial, dentro del sistema de la teoría finalista de

la acción, señalando que “*autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho pero no es señor sobre el hecho*”²²⁹ Este mismo autor, posteriormente precisó el concepto señalando que “*señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecuta el hecho*”.²³⁰ El dominio del hecho, concebido de esta forma, constituye un criterio que determinará a un sujeto como autor de un delito cuando éste domine la ejecución final del hecho, disponiendo de la decisión sobre el control final del hecho.²³¹ Posteriormente, en la doctrina se sostuvo que esta teoría requeriría no sólo de la finalidad sino que también se necesitaría una “*posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho*.”²³² Así, los elementos que conformarían este criterio de imputación serían uno de tipo subjetivo, al requerir una voluntad de realización (control final) en el autor, y uno de carácter objetivo presuponiendo una aportación exterior (un efectivo dominio del hecho) del ejecutor del hecho.²³³ Sin embargo, esta teoría planteó ciertas dificultades para determinar la autoría en tipos especiales donde se caracterizaba al sujeto como portador de una cualificación especial.²³⁴ En estos delitos, la consideración del dominio del hecho, resultaba insuficiente para imputar la realización de la conducta típica, puesto que ésta consistía en un deber que estaba establecido para ciertos sujetos cualificados.²³⁵ El deber jurídico contenido en este tipo de delitos, identifica como autor al sujeto, al cual va a incumbir su cumplimiento, deviniendo irrelevante el dominio del curso típico del suceso.²³⁶

²²⁹ WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, *op. cit.* en n. 45, p. 105. Para una explicación sobre el surgimiento de la teoría de los delitos de infracción de deber, véase CARO John, Antonio. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003 [en línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf [consulta: 15-12-16]. pp. 49-61

²³⁰ WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, 11ª ed. 1969, p. 100. Citado en: CARO, José, “Sobre la autoría en el delito de infracción de deber”, *Derecho Penal y Criminología*, N°80, Vol. 27, 2006, [en línea] <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/995/945> [consulta 12-12-2016]. p. 95

²³¹ MIR PUIG, S. *DP*, *op. cit.* en n. 165, p. 372

²³² *Ibid.*

²³³ CARO, *Algunas consideraciones...*, *op. cit.* en n. 229, pp. 53-54. MIR PUIG, S. *DP*, *op. cit.* en n. 165, p. 372

²³⁴ Véase ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, *op. cit.* en n. 195, p. 385

²³⁵ CARO, *Algunas consideraciones...*, *op. cit.* en n. 229, p. 54

²³⁶ *Ibid.*, p. 58. En el mismo sentido OSSANDÓN, María Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”. *Política Criminal*, N°1, 2006, p. 4

4.1.1 Concepción de los delitos de infracción de deber según Roxin

Roxin formula una distinción entre delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*). La tesis de este autor, es que la teoría de los delitos de infracción de deber, constituye una categoría que permitiría analizar de manera más precisa cierto tipo de delitos en los cuales se describe la existencia de un deber especial vinculado en el autor. Este deber, señala Roxin, no correspondería al deber de comportamiento exigido por la norma penal cuya infracción desencadena la sanción prevista, puesto que este deber existiría en todos los delitos.²³⁷ En los delitos de infracción de deber el autor queda estructurado por el incumplimiento de un deber especial, distinto de la lesión al bien jurídico que fundamentaría la punibilidad.²³⁸ La infracción de deber extrapenal funge como criterio del tipo para fundamentar la autoría en este tipo de delitos.²³⁹ Estos deberes “*están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general se originan en otras ramas jurídicas.*”²⁴⁰ Roxin ejemplifica con el delito de administración desleal (§266 StGB) y el delito de lesiones en el ejercicio del cargo (§340 StGB) como tipos penales en los cuales existe un deber jurídico específico de los sujetos determinados, cuya infracción va a fundamentar la autoría de estos delitos y la imputación.

La diferencia esencial entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, radicará en una relación especial entre el contenido del injusto y el sujeto cualificado, que será constitutiva en los delitos de infracción de deber, determinando quienes pueden vulnerar este deber como autores. De esta forma, sostiene Roxin, será el legislador quien considerará como figura central del suceso de la acción, es decir, como autores del delito, a quienes sean portadores de un deber especial.²⁴¹ Así, la categoría dogmática de infracción de deber no se construye de acuerdo al dominio externo que un sujeto posea, de un resultado en el mundo exterior, sino que está construido en virtud de un deber especial que porta la persona del autor.²⁴²

²³⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, op. cit. en n. 195, p. 387

²³⁸ OSSANDÓN, *Delitos especiales y de infracción de deber...*, op. cit. en n. 236, p. 4

²³⁹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit. en n. 195, p. 387. Sanchez-Vera señala que “(A)utor de todos estos delitos sólo podría ser quien lesione un deber que específicamente le obliga.” Véase SÁNCHEZ-VERA, op. cit. en n. 180, p. 30

²⁴⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit. en n. 195, p. 387

²⁴¹ *Ibid*, pp. 387-388

²⁴² SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n.186, p. 29

Como lo relevante para la descripción típica del delito es la lesión del deber extrapenal, de acuerdo con Roxin, quien quebranta este deber se constituye en autor, al cumplir con la realización de la descripción típica del delito.²⁴³ La consecuencia de este razonamiento es la exclusión de la participación, a título de autoría, respecto de los sujetos que no reúnan la cualificación descrita por el delito. En este caso, al no estar obligados por la norma penal a cumplir con el cumplimiento de un deber extrapenal, los *extraneus* no pueden constituirse como autores del delito. En este sentido, Roxin sostiene que la infracción de deber fundamenta la autoría, y la participación es secundaria, requiriendo la intervención sin necesidad de lesionar el deber extrapenal.²⁴⁴

Otra consecuencia de la categoría de infracción de deber, se relaciona con el ámbito de los delitos de omisión. En la diferenciación de comisión y omisión, Roxin señala que es irrelevante si la infracción del deber se realiza mediante acción o por omisión, asimilando todos los delitos de omisión impropia a la categoría de los delitos de infracción de deber.²⁴⁵

Ahora bien, el concepto de deber que está implicado en la formulación de Roxin para fundamentar la autoría, no queda desarrollado de manera sistemática²⁴⁶. No queda explicitado el fundamento de este tipo de deberes. Roxin señala que será una decisión valorativa del legislador determinar si un delito queda configurado como delito de dominio o delito de infracción de deber.²⁴⁷ Quien recoge la noción de delitos de infracción de deber, desarrollando una sistemática para fundamentar la categoría de los delitos de infracción de deber es Gunther Jakobs.

²⁴³ *Ibid*, p. 32

²⁴⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit. en n. 195, p. 404

²⁴⁵ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n. 186, pp. 33-34

²⁴⁶ Roxin (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit. en n. 195, p. 419) delimitará, sin implicaciones sistemáticas, un grupo de ciertos delitos, como delitos de infracción de deber. Entre ellos, están los delitos de funcionarios, propios e impropios, los delitos de profesionales, el delito de abuso de confianza o administración desleal, etc.

²⁴⁷ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n.186, p. 34

4.1.2 Concepción de Jakobs

Gunther Jakobs recoge el concepto inicialmente formulado por Roxin, desarrollando un fundamento normativo más profundo de la categoría de los delitos de infracción de deber, mediante un paradigma normativista del sistema del Derecho penal.²⁴⁸

Los conceptos que utiliza Jakobs para caracterizar a los delitos de infracción, surgen de la distinción formulada por Roxin respecto de los delitos de dominio y de infracción de deber, reformulando esta distinción al denominar a los primeros como delitos de dominio “en virtud de una organización” o “de organización”, y a los segundos como delitos de infracción de deber.²⁴⁹

Jakobs va a distinguir dos fundamentos distintos de imputación, tanto los delitos de dominio y de los delitos de infracción de deber. Por un lado, la imputación por defectos en la propia organización²⁵⁰ y por otro, la imputación fundamentada en responsabilidad derivada de ciertas instituciones.²⁵¹

En el caso de los delitos de dominio, quien “*interviene tiene con la víctima (potencial) una relación exclusivamente negativa: Quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga output alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno.*”²⁵²

La responsabilidad en estos casos va a surgir de un acto organizativo.

En el caso de los delitos por infracción deber, Jakobs primeramente va a distinguir delitos especiales en sentido amplio en los que únicamente se delimita un círculo de personas para caracterizar a las personas que sólo pueden atacar un bien de una determinada manera²⁵³ y delitos especiales en sentido estricto, en donde se describe un estatus especial por el cual el

²⁴⁸ Véase JAKOBS, Gunther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, Thompson Civitas, 2004, pp. 116-148

²⁴⁹ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n. 186, pp. 37-38

²⁵⁰ Esta responsabilidad está constituida en el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. Jakobs la caracteriza de la siguiente forma: “*La exclusiva facultad de disposición de la persona libre sobre su propio cuerpo, que en la concepción liberal es obvia, obliga como sinalagma al deber de cuidar de la inocuidad del mismo; pues sin merma de la libertad de esa persona nadie podría asumir de otra manera este cuidado.*” Véase JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, op. cit. en n. 248, p. 117

²⁵¹ JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, op. cit. en n. 248, p. 116 y ss. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n. 186, pp. 37-38

²⁵² JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, op. cit. en n. 48, p. 730

²⁵³ Estamos ante un grupo de delitos en donde sólo se restringe a ciertas personas como autores para caracterizar una situación en la que sólo es posible la actuación típica como tal, o de una forma relevante en términos prácticos. Corresponderían sólo a descripciones de la configuración de determinados ámbitos de organización, o elementos del tipo accesorios. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, op. cit. en n. 48, p. 830

obligado a va responder de ciertas expectativas que corresponderán a un determinado ámbito institucional. A diferencia de los deberes negativos de ampliación del propio ámbito de organización, este estatus especial está descrito por Jakobs como un "*haz, asegurado institucionalmente, de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión*"²⁵⁴

En el caso de los delitos de infracción de deber, el fundamento de la imputación no viene determinada por la libre organización del sujeto, sino que está adjudicada "*como consecuencia del status que ostenta dentro de la institución de que se trate*"²⁵⁵ Como ejemplo de instituciones²⁵⁶, Jakobs se refiere a los deberes estatales, que son desempeñados por sujetos titulares de una determinada función pública dentro del Estado.²⁵⁷

Señala Jakobs, que en estos delitos "*no se trata de perseverar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente.*"²⁵⁸ El concepto de institución se caracteriza por una relación entre el autor y un bien jurídico, cuyo vínculo ya estaba determinado con anterioridad al hecho punible.²⁵⁹ Estos deberes surgen de la función de protección de bienes o "*garantía de expectativas que se refieren al mantenimiento de bienes*"²⁶⁰ que estas instituciones²⁶¹ cumplen. Aquí, "*el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz.*"²⁶² Este estatus especial como sería el de un padre, policía o un juez, delimita una específica forma de comportarse de acuerdo un deber de naturaleza institucional que transforma a un sujeto en un obligado especial.²⁶³

²⁵⁴ *Ibid*, p. 831

²⁵⁵ *Ibid*, pp. 134-135

²⁵⁶ "*Se entiende por institución, en el sentido de las Ciencias Sociales, la forma de la relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta.*" JAKOBS, *Derecho Penal Parte General, op. cit.* en n. 48, p. 994

²⁵⁷ *Ibid*.

²⁵⁸ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General, op. cit.* en n. 48, p. 1027

²⁵⁹ La operación para delimitar los ámbitos de responsabilidad que hace Jakobs (JAKOBS, *Derecho Penal Parte General, op. cit.* en n. 46, p. 877) es la siguiente: "*hay que distinguir entre sí mediante el deber de la norma respectiva está completamente regulada la relación del autor con el objeto de ataque o si el deber sólo garantiza una relación existente ya con independencia de éste.*"

²⁶⁰ *Ibid*, pp. 993-994

²⁶¹ Aquí se trata de "*ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo*", véase JAKOBS, *Derecho Penal Parte General, op. cit.* en n. 48, p. 994

²⁶² JAKOBS, Gunther. *La imputación penal de la omisión y de la omisión*. TRAD. SANCHEZ-VERA, Javier. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, p. 55

²⁶³ CARO, *Algunas consideraciones...*, *op. cit.* en n. 229, p. 5. Jakobs (JAKOBS, *Derecho Penal Parte General, op. cit.* en n. 48, p. 878) con respecto al estatus especial señala: "*sólo se alcanza cuando el deber sancionado*

Con respecto a la participación delictiva, Jakobs coincidentemente con Roxin, también sostiene que, en la teoría de los delitos de infracción de deber, la autoría queda determinada por la lesión del deber. Pero, además, esta lesión va a constituir el fundamento esencial de la lesión jurídico penal.²⁶⁴ Además de constituir un delito especial, simultáneamente será un delito de infracción de deber, cuya consecuencia será que el obligado siempre se constituirá como autor dentro de su ámbito especial.²⁶⁵ El dominio del hecho carecerá de importancia, puesto que todo obligado especial en un delito de infracción de deber será autor.²⁶⁶ La distinción entre comisión y omisión perderá significación en los delitos de infracción de deber, ya que el sujeto que ocupe la posición como obligado especial, se constituirá como garante de la tutela institucionalmente asegurada de un bien. La relación del obligado especial con el bien siempre será directa, sin mediación accesoria.²⁶⁷ Con respecto a la participación, Jakobs sostiene que sólo aparecerá cuando el obligado no cumpla con todos los elementos de la autoría, en su persona.²⁶⁸

A diferencia de Roxin, Jakobs señala que no todos los delitos de comisión por omisión van ser delitos de infracción de deber, sino que sólo aquellos en que el sujeto sea obligado especial por fundamento de una relación institucional.²⁶⁹ En estos casos, el resultado de la infracción será imputado en virtud de la comisión por omisión de un deber.

4.1.3 Desarrollo posterior de los delitos de infracción de deber

La distinción de los roles institucionales señalados por Jakobs, para fundamentar los ámbitos normativos (instituciones) tanto de los delitos de dominio como los delitos de infracción de deber, es desarrollada posteriormente por Javier Sánchez-Vera. Este autor señala que hay una institución que data del antiguo derecho romano denominada como *neminem laedere*, cuya máxima se deja explicitar como el deber de no dañar a los demás.²⁷⁰ De acuerdo a esta institución, no se debe lesionar a los demás en el ejercicio de su libertad. Estos deberes no

jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario, padre, tutor, la persona en quien se deposita la confianza, etc.)”

²⁶⁴ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n. 181, p. 41.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n. 181, p. 39

²⁶⁷ JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, op. cit. en n. 48, p. 791

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 1028

²⁶⁹ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit. en n. 181, p. 47

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 83

necesitan de un fundamento jurídico especial ni requieren una posición jurídica en particular, ya que se derivan una prohibición general, de manera que la formulación está construida de forma negativa.²⁷¹

Sin embargo, según Sánchez-Vera también existirían instituciones positivas atendidas por el derecho penal. Así, recurriendo a las categorías de la tradición iusfilosófica alemana²⁷², Sánchez-Vera señala que existirían deberes positivos, mandatos, cuya función sería proteger la capacidad funcional de ámbitos de vida ya preformados, o como señala Jakobs de “deberes que obligan a la conformación de un mundo en común”²⁷³

Robles Planas traza una distinción en la categoría de los deberes positivos, distinguiendo deberes positivos generales y deberes positivos especiales²⁷⁴. Los primeros, estarían dirigidos a todos los ciudadanos y estarían basados en el principio de solidaridad intersubjetiva.²⁷⁵ Estos deberes se materializarían en los deberes de solidaridad activa (tales como la omisión del deber de socorro) y los de solidaridad pasiva (como la tolerancia en el estado de necesidad agresivo) Se caracterizarían por ser restrictivos en cuanto al alcance de la exigibilidad requerida a los ciudadanos para su cumplimiento.²⁷⁶

En cambio, los deberes positivos especiales estarían delimitados en cuanto a ciertos sujetos, que serían portadores de un estatus especial.²⁷⁷ Esta condición quedaría configurada cuando el propio sujeto, voluntariamente se hace parte dentro de una determinada institución, y la infracción de estos deberes institucionales permitiría imputarse al obligado especial. Sin embargo, Robles sostiene que la imputación de responsabilidad jurídico-penal debe quedar principalmente restringida a la afectación de deberes positivos que estén relacionados con los bienes jurídicos más elementales en casos de “*peligro existencial e inminente en situaciones de necesidad*.”²⁷⁸ El cumplimiento de estos deberes positivos principalmente queda radicado

²⁷¹ *Ibid*, pp. 84-85

²⁷² Para un análisis de los fundamentos filosóficos de las instituciones positivas en derecho penal, véase SÁNCHEZ-VERA, *op. cit.* en n. 180, pp. 95-105

²⁷³ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, *op. cit.* en n. 180, p. 101

²⁷⁴ ROBLES Planas, Ricardo. “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”. InDret, 4/2013, p. 6. Con similar distinción RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 114

²⁷⁵ ROBLES, *Deberes positivos y negativos*, *op. cit.* en n. 274, p. 6.

²⁷⁶ “(E)n ningún caso exigen del ciudadano sacrificios importantes en sus bienes jurídicos para cumplirlos”, *Ibid*, p. 7

²⁷⁷ Véase *supra* en n. 261

²⁷⁸ ROBLES, *Deberes positivos y negativos*, *op. cit.* en n. 274, p.13

en la función del Estado, y sólo subsidiariamente se pueden imponer esta clase de deberes positivos de modo general, en los ciudadanos.²⁷⁹

4.2 Críticas a la teoría de los delitos de infracción de deber

La teoría de los delitos de infracción de deber formulada por Roxin no ha estado exenta de críticas. Se ha criticado el carácter autoritario que el ordenamiento jurídico exhibiría si se castigara penalmente el mero hecho de infracción de normas imperativas o deberes, a diferencia de la concepción tradicional que concibe al delito como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos vitales para la sociedad.²⁸⁰ En la doctrina nacional, se señala que la doctrina de los delitos de infracción de deber se basaría en una concepción premoderna del Derecho. Así, sostiene Mañalich, que bajo la comprensión de la referida doctrina, las obligaciones contenidas en las normas penales encontrarían fundamento por fuera de las propias normas de comportamiento penal, encontrándose vinculadas a una determinada “institución”.²⁸¹ Semejante comprensión del fundamento, señala este autor, no establecería de manera precisa las obligaciones que los portadores de tales deberes tienen que cumplir.²⁸² Una crítica semejante realiza Gómez, quien sostiene que la teoría de la infracción de deber conduce a una petición de principio, al postular los deberes jurídicos penales como realidades ontológicas preexistentes a la norma penal. Al partir de la categoría preestablecida, de infracción de deber, se abandona la reflexión previa y crítica de las condiciones que permiten establecer el contenido de la norma, cuya infracción constituiría el delito.²⁸³

También se ha criticado por conducir a la separación entre dos conceptos de autores, uno vinculado a la categoría de los delitos de dominio y otro concepto de autor relacionado con la

²⁷⁹ *Ibid*, p. 13. Cuando los deberes positivos institucionales son ampliados a los particulares, Robles Planas señala que estaríamos ante el caso de deberes de colaboración, y pone como ejemplo a los operadores jurídicos en las hipótesis de prevención del blanqueo de capitales. En estos casos de ampliación de deberes, la exigibilidad de su cumplimiento y la sanción penal deben estar estrictamente fundamentadas. *Ibid*, p. 16

²⁸⁰ GÓMEZ, *Los delitos especiales*, *op. cit.* en n. 167, p. 487

²⁸¹ Definida bajo los términos de Jakobs (JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, *op. cit.* en n. 48, p. 994) como una “*forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad.*”

²⁸² Según Mañalich (MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 360) la teoría de los delitos de infracción de deber invierte la operación de derivación de los deberes específicos cuya relevancia jurídico penal son exigibles respecto de una norma jurídico penal de comportamiento. Así, la teoría ya señalada infiere inductivamente los deberes específicos o las “instancias de infracción de deber” a partir de cómo se aparecen estos deberes fenoménicamente en los delitos.

²⁸³ GÓMEZ, *Los delitos especiales*, *op. cit.* en n. 167, pp. 489-490

infracción de un deber. Esta distinción sería consecuencia de un análisis o construcción utilitarista de cada tipo concreto.²⁸⁴ Roxin responderá esta crítica, esgrimiendo que ambas categorías se remiten a un concepto unitario de autor relacionado con una figura central del suceso, el “personaje central” o “protagonista”. No obstante, señala Gómez, al postular como premisa el concepto de figura central del suceso, Roxin caería en una petición de principio, al no explicitar los criterios bajo los cuales se permita establecer quién va a ocupar semejante posición.²⁸⁵

Además, se ha criticado que esta teoría infringe la exigencia de tipicidad de la conducta punible, al fundamentar la autoría directa del delito de la sola infracción del deber. Los límites mediante los cuales se demarca el hecho típico, devienen prescindibles para concretar la conducta, dependiendo de un criterio normativo que operaría atribuyendo la autoría de manera inmediata, sin distinguir niveles intermedios o formas de autoría distintas de la directa.²⁸⁶

Otra crítica que se ha formulado a la teoría referida es que en ciertos casos el tipo penal exigiría, además de la infracción de deber, la realización de una conducta mediante el dominio del hecho. Y en ese caso, se estaría atentando contra el principio de legalidad si solo se exigiera la infracción de deber.²⁸⁷

Se ha criticado también, el carácter “extrapenal” de los deberes jurídicos infringidos por el autor del delito. Si se entiende que el deber infringido está fuera del Derecho penal, podría sostenerse entonces, que no existiría diferencia entre la infracción del *intraneus* y el *extraneus* con respecto a la norma penal.²⁸⁸

La concepción desarrollada por Jakobs de la teoría de los delitos de infracción de deber también ha sido objeto de críticas. Una primera objeción señala que atentaría contra el principio de legalidad, al afirmar que en este tipo de delitos sería irrelevante si la conducta se realiza como acción u omisión.²⁸⁹ En ciertas ocasiones, la redacción de los tipos penales especiales sólo admitirá exclusivamente modalidades de acción o de omisión.

²⁸⁴ GÓMEZ, *Delitos de posición*, op. cit. en n. 165, p. 13

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶

²⁸⁷ ABANTO Vásquez, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber””, *Revista Penal*, N°14, 2004. [en línea] http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/abanto%20vasquez.pdf [consulta: 17-11-16]. p. 11

²⁸⁸ “Desde el punto de vista del injusto penal, las conductas del “extraneus” y del “intraneus” serían idénticas, porque infringirían un deber penal común, y solo desde un punto de vista extrapenal tendrían distinto contenido de injusto”. GÓMEZ, *Los delitos especiales*, op. cit. en n. 169, p. 515

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 528-529

Otra crítica, respecto de la denominada institución negativa del *neminem laedere*, sostiene que es difícil de aceptar su pretendida naturaleza de institución, y que incluso si se acepta esta relación entre la libertad de organización y la responsabilidad por ese ámbito de organización no es suficiente para constituir un estatus propio de institución.²⁹⁰

4.3 Los delitos contra la función pública como delitos de infracción deber

En la doctrina nacional, un sector minoritario ha sostenido que los delitos de funcionarios públicos podrían comprenderse mediante la teoría de los delitos de infracción deber.²⁹¹ Según señalan Rodríguez y Ossandón, la función pública se ejerce mediante el cumplimiento de los deberes que les impone la ley, a los agentes públicos, para el correcto desempeño del interés general. Estos deberes se derivarían del Estado, mediante leyes que imponen deberes dispuestas para el cumplimiento de los funcionarios. Estos autores conciben el deber específico, núcleo de los delitos de infracción de deber, en un sentido objetivo y dirigido al correcto desempeño de la función pública en servicio de los ciudadanos. Frente a la crítica de la doctrina, respecto del carácter autoritario que subyace a los delitos de infracción de deber, Rodríguez y Ossandón defienden esta categoría, señalando que el “deber del cargo” no constituiría el bien jurídico.²⁹² Apelando a lo sostenido por Jakobs²⁹³, estos autores señalan que este deber se constituye como un objeto de protección por cuanto es esencial para el mantenimiento de una institución, como el Estado de Derecho, cuya función es satisfacer los derechos fundamentales de los ciudadanos.²⁹⁴

Rodríguez y Ossandón afirman que la tanto la Administración Pública, como la Administración de Justicia se dejarían exhibir como instituciones positivas, en los términos de Jakobs²⁹⁵ Esto

²⁹⁰ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 361

²⁹¹ En la doctrina nacional, véase RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 114 y ss. OSSANDÓN, *Delitos especiales...*, *op. cit.* en n. 236, pp. 3 y ss.

²⁹² RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 115.

²⁹³ “La protección de bienes (más exactamente: la garantía de expectativas que se refieren al mantenimiento de bienes) representa siempre una de entre las diversas funciones de las instituciones respectivas.” JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, *op. cit.* en n. 48, p. 994

²⁹⁴ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 116

²⁹⁵ El Estado se constituiría mediante las prestaciones que debe cumplir de forma irrenunciable, como la seguridad exterior, o los principios básicos del Estado de Derecho, entre otras. Uno de los principios básicos de un Estado Derecho, según Jakobs, sería el principio de igualdad y legalidad de la Administración. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, *op. cit.* en n. 48, pp. 1007-1009

permitiría beneficiar la interpretación de los ilícitos penales correspondientes a los delitos contra la función pública, ofreciendo pautas o criterios más claros para delimitar los bienes jurídicos colectivos que entran en consideración en este tipo de delitos, como lo sería la función pública, la probidad administrativa, la administración de justicia, entre otros. Además, sostienen estos autores, permitiría otorgar mayor seguridad jurídica para efectos de determinar la autoría, frente los déficits de la teoría de los delitos de dominio.²⁹⁶

Frente a la objeción sostenida por la doctrina²⁹⁷ que cuestiona el fundamento de los delitos de infracción de deber, esgrimiendo que los ámbitos institucionales no delimitan los ámbitos relevantes de protección penal, ni especifican las formas de lesión de tales instituciones, Rodríguez y Ossandón sostienen que sólo las lesiones a los deberes del cargo que posean especial gravedad material pueden justificar una sanción punitiva.²⁹⁸

Se ha sostenido, que ciertos delitos contra la función pública se han establecido más para sancionar determinados incumplimientos en la función pública, que para castigar conductas en virtud del daño real y efectivo que pudieren producir a tales instituciones. En esas hipótesis, lo realmente significativo consistiría en el incumplimiento del deber en sí mismo, que ostentaría la relevancia material para lesionar un bien jurídico. Esta situación se explicaría bajo la tesis de que, en estos casos, se produce una infracción de un deber positivo o prestación propio de un determinado rol especial o ámbito institucional, que el funcionario público como sujeto portador del deber estatal, incumple.²⁹⁹ Lo determinante en este tipo de delitos, sostienen Rodríguez y Ossandón, sería fundamentar “*el contenido objetivo del deber específico que recae sobre un determinado sujeto.*”³⁰⁰

²⁹⁶ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, pp. 116-117

²⁹⁷ Véase ROBLES, *Deberes positivos y negativos, op. cit.* en n. 281, pp. 8-9, quien sostiene que el concepto de institución que elabora Jakobs, presenta las siguientes deficiencias: 1) No delimita de manera clara los deberes positivos que deben ser relevantes para la imputación penal. 2) No permite establecer claramente la imputación de un daño a la lesión de una institución sin que exista una relación de imputación objetiva.

²⁹⁸ Aquellas lesiones “*que se dirigen contra bienes jurídicos de la comunidad de los particulares*” o solo cuando éstas sean especialmente relevantes para la mantención de la convivencia humana. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 117

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 118

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 119

CAPÍTULO V
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
MALVERSACIÓN DE CAUSALES PÚBLICOS DEL ART.233 DEL CÓDIGO
PENAL

5. Introducción

En el presente capítulo se desarrollará la principal cuestión, que sirve de base a la pregunta sobre la participación del *extraneus* en el delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal. Así, comenzará formulando la problemática derivada de la ausencia de norma legal en nuestra normativa nacional, que permita solucionar los supuestos de intervención conjunta de sujetos no cualificados en los delitos de funcionarios públicos, como delitos especiales. Se plantearán previamente ciertas clarificaciones frente a distinciones que la doctrina penal ha realizado frente al concepto de delitos especiales. Luego se desarrollará, lo que en la doctrina nacional se ha denominado como el problema de la comunicabilidad de las calidades especiales en el *extraneus*, o, en otros términos, de la punibilidad de un sujeto no cualificado de cuando interviene en un delito especial. Dentro de esta cuestión, se expondrá de manera sistemática las respuestas que la doctrina nacional ha propuesto en esta materia, diferenciando posturas que aceptan la comunicabilidad del tipo especial sin restricciones, otra posición que adopta distinciones entre delitos especiales propios e impropios para resolver la comunicabilidad, y, por último, ciertos autores que sostienen la impunidad de los *extraneus* en los delitos especiales. Posteriormente se revisará de manera pormenorizada, la postura de los autores nacionales, frente a la participación de sujetos no cualificados en el delito de malversación o peculado del artículo 233 del Código Penal. Además, se describirá la posición reciente, de cierto sector de la doctrina nacional que analiza el delito de malversación de caudales públicos, mediante la categoría de los delitos de infracción de deber, y sus consecuencias para el tratamiento de la participación del *extraneus*. Inmediatamente después, se recogerán las críticas que se han formulado a la doctrina de los delitos de infracción de deber, ilustradas en el delito de malversación ya referido.

5.1 Formulación del problema

Los delitos contra la Administración Pública, o también denominados delitos funcionarios, han sido entendidos por la doctrina en general como delitos especiales. Así, es el caso del delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal, que requiere que el sujeto activo ostente la calidad de empleado público, delimitando el círculo de sujetos que pueden cometer estos delitos.

Una cuestión que ha sido debatida intensamente por la doctrina se refiere a los efectos que tiene la intervención de sujetos no cualificados en aquellos delitos especiales, como el delito de malversación. Al exigir la calidad especial de funcionario público, estos delitos limitan el círculo de sujetos que pueden cometer estos ilícitos, excluyendo a las personas que no reúnen estas condiciones o calidades especiales. La problemática que se presenta se refiere a cuál es el tratamiento del Derecho penal chileno, respecto de aquel sujeto no cualificado, denominado *extraneu* o *extranei*, que interviene en situaciones de codelincuencia o participación con otros sujetos cualificados o *intraneus* en un delito especial. En nuestro Ordenamiento Penal, no se resuelve este problema de modo expreso, existiendo distintas posiciones en la doctrina nacional que plantean soluciones a la cuestión.

Las interrogantes que pueden plantearse son las siguientes: 1) ¿Cuáles son las razones de la restricción del círculo de autores referido al delito de malversación de caudales públicos? 2) ¿Cuáles son las consecuencias de la intervención de sujetos que no reúnen las calidades especiales exigidas por el delito de malversación de caudales públicos? 3) ¿Pueden ser castigados por el mismo título de imputación del delito de malversación o por un delito distinto? 4) ¿Bajo qué modalidad de intervención pueden intervenir en un delito especial?

En el presente capítulo se desarrollarán las respuestas que la doctrina penal chilena han planteado para resolver el tratamiento penal que recibe el partícipe *extraneus* en un delito especial, como el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal.

5.1.1 Consideraciones preliminares

La primera cuestión tiene que ver con los elementos que utiliza el tipo penal para restringir el círculo de autores. En general, esta delimitación queda señalada mediante las descripciones que concretan el “quien” del hecho típico, utilizando las expresiones “funcionario público”, “juez”, entre otras denominaciones. Sin embargo, en ciertos casos el círculo de autores también puede quedar limitado mediante la descripción de la acción típica del supuesto de hecho, donde la consumación de la acción solo puede realizarse por determinadas personas, o cuando solo ciertos sujetos se encuentran en la situación que presupone el tipo penal.³⁰¹

El segundo punto se presenta con respecto a los fundamentos o razones de la limitación a ciertos autores de los delitos funcionarios. Aquí, se han desarrollado por la doctrina distintas explicaciones.³⁰² Una posición dominante en la doctrina, se refiere a la teoría de los delitos de infracción de deber elaborada por Roxin³⁰³, quien sostiene que en los delitos funcionarios existiría un contenido de injusto especial, que se materializa en la infracción de un deber jurídico extrapenal por parte del funcionario, constituyéndose la infracción de este deber como el criterio determinante de la autoría. Esta teoría, ha sido acogida recientemente por un sector minoritario de la doctrina chilena.³⁰⁴

Otra cuestión relevante se refiere a la distinción que la doctrina ha realizado dentro de la categoría de los delitos especiales, entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Así, se sostiene por la doctrina, que en los delitos especiales, la calidad especial exigida por el tipo va a ser determinante para fundar la ilicitud del hecho, por lo tanto, faltando esta calidad en el sujeto, el comportamiento quedaría impune.³⁰⁵ En cambio, en el caso de los

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Véase RUEDA Martín, María Ángeles. “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N°8, 2001, p. 132 y ss., donde se refiere a la teoría de la infracción de un deber jurídico (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *op. cit.* en n. 195, pp. 385-435) la teoría de la relación entre el autor idóneo y el bien jurídico protegido.

³⁰³ Véase *supra*, p.

³⁰⁴ Véase OSSANDÓN, *Sobre la calidad de funcionario público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 2. RODRIGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1. OSSANDÓN, *Delitos especiales y de infracción de deber...*, *op. cit.* en n. 236, p. 3. HADWA, *op. cit.* en n. 174, pp. 1-18. VAN WEEZEL De la Cruz, Alex. “Expectativa de Conducta y actuación en Lugar de Otro.” *Revista de Ciencias Penales*, N°1, Volumen XLII, 2015, p. 71. VAN WEEZEL De la Cruz, Alex. “Lesiones y violencia intrafamiliar”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°2, 2008, p. 251

³⁰⁵ Esta postura no es unánime. Hay quienes consideran, que en este caso al *extraneus* se le imputará por el mismo delito del *intraneus*, y otro sector que sostiene que sólo pueden intervenir como partícipes, y no como autores del delito.

delitos especiales impropios, la calidad especial exigida por el tipo penal no es determinante de la punibilidad, sino que constituirá un elemento agravatorio o atenuador de responsabilidad penal, y en el caso de no concurrir esta calidad especial en el interviniente, el hecho será castigado en virtud de un título penal común o residual.³⁰⁶

5.2 El problema de la comunicabilidad o incommunicabilidad de la calidad especial

En los supuestos de intervención conjunta³⁰⁷ en un delito especial, donde un sujeto cualificado o *intraneus* actúa con otro u otros individuos no cualificados o *extraneus*, se plantea por la doctrina la cuestión sobre la punibilidad de los sujetos partícipes que no reúnen las calidades especiales exigidas por el tipo penal.³⁰⁸ Ossandón señala que el problema no parece bien planteado de esa forma, puesto que el asunto no trataría sobre comunicar la calidad de funcionario público a un *extranei*, sino que descansa sobre la interrogante acerca de la posibilidad de imputar un tipo penal a una persona que no está incluido dentro de los sujetos destinatarios del delito.³⁰⁹

Respecto de este tema, no existe regulación legal expresa en nuestro Código Penal para resolver la cuestión antes referida. Frente a esta situación, la doctrina nacional ha adoptado soluciones que pueden agruparse en tres posiciones más o menos definibles como siguen³¹⁰: 1) Comunicabilidad absoluta o extrema³¹², 2) Comunicabilidad relativa o limitada³¹³ y 3) Incommunicabilidad absoluta o extrema.

³⁰⁶ OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 7

³⁰⁷ Entendida en un sentido amplio, esto es, ya sea como autor o partícipe.

³⁰⁸ Respecto del tratamiento de este tema en la doctrina nacional, véase BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, pp. 247-270. COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dir.). *Código penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Legal Publishing, 2011, pp. 372-382. OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, pp. 6-9. En el derecho español, véase GOMEZ, *Los delitos especiales*, *op. cit.* en n. 167, pp. 124-252

³⁰⁹ OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 7

³¹⁰ Para una similar sistematización de posiciones, véase COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, p. 372

³¹² OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 7. En el mismo sentido, BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 252

³¹³ También denominada como incommunicabilidad limitada, OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 8

5.2.1 Comunicabilidad absoluta o extrema³¹⁴

Esta posición sostiene que, en todos los casos, ya sea delitos especiales propios e impropios, el *extraneus* responderá por el mismo título de castigo o delito especial respectivo, a título de autor o partícipe. Los principales argumentos de esta posición son los siguientes:

- 1) Se respeta el principio de unidad o indivisibilidad del título de imputación. De acuerdo con este principio, todos los intervinientes deben ser imputados por el mismo hecho delictivo. El único hecho que se comete no podría ser considerado jurídicamente de diferente manera para cada uno de los intervinientes.³¹⁵
- 2) Principio de accesoriedad. Los partícipes responden del mismo delito cometido por el autor, por constituir la conducta principal del autor la que determina la participación de éstos en el delito. Esta accesoriedad estaría reconocida en el artículo 51 y ss. del Código Penal, que establece que la pena de los cómplices y encubridores se regula conforme a la penalidad establecida para el autor del delito.³¹⁶
- 3) Falta de norma legal expresa que regule la comunicabilidad.³¹⁷ Se sostiene que no existe ninguna norma legal que regule la punibilidad del *extraneus* en un delito especial, y que el artículo 64 del Código Penal no regula esta hipótesis.³¹⁸
- 4) Imputación por el dolo del partícipe. Este argumento, sostenido por Garrido, consiste en que los partícipes responderán por el delito en que hayan intervenido tanto objetiva como subjetivamente.³¹⁹ Si el sujeto sabe que actúa, o colabora con un empleado público en el

³¹⁴ Esta posición sería minoritaria en la doctrina, pero dominante en la jurisprudencia en relación a la mayoría de los delitos especiales, y con especial énfasis en los delitos funcionarios. COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, p. 372

³¹⁵ Conforme a este principio, los partícipes del delito deben responder en todos los casos, respecto del mismo delito por el que responde el autor, véase NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno, parte general*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II, p. 211

³¹⁶ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 254. Cury (CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 7ª edición. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2007, p. 643) critica este argumento señalando que la accesoriedad respecto de la autoría no puede quedar supeditada a que al partícipe se le extiendan todas las consecuencias penales que sólo concurren en el autor.

³¹⁷ OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 7

³¹⁸ NOVOA, *op. cit.* en n. 315, p. 217. GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2007, Tomo II, p. 432.

³¹⁹ GARRIDO, *DPPG, op. cit.* en n. 318, pp. 431-432, quien señala que “(si el sujeto sabe que interviene en la muerte del padre de la persona con la que delinque, o que malversa fondos porque colabora en la acción que en tal sentido realiza un empleado público, tiene dolo de parricidio en el primer caso y de malversación en el segundo, aunque no tenga la calidad de hijo o de empleado público)”.

delito de malversación, por ejemplo, conoce las circunstancias que el delito contiene para describir la acción típica.³²⁰

- 5) Solidaridad o colaboración psicológica: el interviniente *extraneus* se haría parte del hecho delictuoso, identificándose personalmente con el injusto cometido por el funcionario público.³²¹
- 6) Finalidad de la ley al proteger delitos de especial entidad: Novoa sostiene que la ley penal, al tipificar conductas delictivas cometidas por funcionarios públicos, considera de especial relevancia la protección de los bienes jurídicos que están implicados. Teniendo en cuenta la especial entidad de los bienes jurídicos protegidos por estos delitos, se justificaría que se sancione de igual forma al *extraneus* que participa en estos delitos.³²²

5.2.2 Comunicabilidad relativa o limitada

Esta posición, mayoritaria en la doctrina chilena³²³, sostiene que hay que distinguir entre delitos especiales propios e impropios.³²⁴ De acuerdo con esta posición, en los delitos especiales impropios regiría la regla de la incomunicabilidad de las calidades especiales. El *extraneus* respondería del delito común o residual en el cual pueda subsumirse su conducta. La excepción tendría lugar en el caso de los delitos especiales propios, hipótesis en la cual el *extraneus* respondería por el mismo título de castigo que el *intraneus*.³²⁵ En el caso de los delitos especiales impropios, se aplicaría el artículo 64 del Código Penal³²⁶, no comunicándose

³²⁰ *Ibid.* Se critica este argumento por Cury (CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 646) quien señala que el *extraneus* no puede intervenir subjetivamente en la acción típica de un delito que restringe la autoría a ciertos sujetos.

³²¹ NOVOA, *op. cit.* en n. 315, p. 215

³²² *Ibid.*,

³²³ CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 646. ETCHEBERRY, *DPPG*, 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, tomo II, p. 81 y ss. GRISOLÍA Corbatón, Francisco. “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”. *Revista de Ciencias Penales*, 3ª Época, N°1, 1975, p. 23 y ss. BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 44. LABATUT, *op. cit.* en n. 59, p. 194 y ss.

³²⁴ COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, p. 372. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *op. cit.* en n. 27, pp. 424-425

³²⁵ COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, p. 374

³²⁶ “Art. 64. Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.”

la calidad personal y sancionándose al *extraneus* con el delito residual que fuere aplicable.³²⁷

Los principales argumentos consisten en los siguientes:

- 1) Principio de unidad en relación con el hecho³²⁸: Grisolía, refiriéndose respecto de la indivisibilidad del título, sostiene que la doctrina confunde los conceptos de “unidad de delito” y “unidad de hecho”.³²⁹ De un mismo hecho, pueden derivarse distintas calificaciones jurídicas para cada uno de los intervinientes³³⁰. En virtud de esto, cada interviniente deberá responder en virtud del hecho típico que se materialice de acuerdo a sus circunstancias personales.³³¹
- 2) Principio de accesoriedad del hecho³³²: La accesoriedad (y la unidad) se refieren a un hecho.³³³ Los artículos 15 y 16 del Código Penal se refieren en todas sus hipótesis al hecho cometido, por lo tanto, la intervención se configura respecto de un hecho, no de un delito.³³⁴
- 3) Limitación al dolo: Cury señala que resulta problemático entender que el *extraneus* pueda realizar con dolo un tipo delictivo respecto del cual se exigen cualidades personales que no posee o exhibe.³³⁶

³²⁷ La razón de esta división radicaría en la teoría de la tipicidad sostenida por Beling, que distingue entre “tipo en sentido estricto” (*Tatbestand*) y “figura delictiva” (*Delikttypus*), véase COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, p. 375. CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 645. GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, p. 20. Etcheberry (ETCHEBERRY, *op. cit.* en n. 25, p. 208) señala que es necesario distinguir cuándo corresponde aplicar la regla del art. 64, y para ello, distingue entre los delitos en los cuales la circunstancia agravante o atenuante constituye parte integral del tipo rector de la figura penal. Para ello, sostiene, hay que enfocarse en la función que tiene la circunstancia en el tipo, mediante una operación hipotética en la cual se suprime mentalmente dicho elemento del delito. Si la figura sigue constituyendo un delito luego de la supresión, la circunstancia suprimida sólo consistiría en una agravante que habría sido añadida al delito base. En el caso contrario, si la circunstancia es suprimida y desaparece el hecho delictivo, entonces ésta constituye elemento fundante del injusto delictivo.

³²⁸ OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 8

³²⁹ GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, p. 24.

³³⁰ Cury (CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 645) argumenta que es incorrecto afirmar que no se puedan derivar calificaciones jurídicas diversas de un mismo hecho. Señala que estos casos se dan a propósito del concurso de delitos, materia que se regula en el artículo 75 del Código Penal.

³³¹ OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 8. Grisolía (GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, pp. 20-21) sostiene que “a veces el único hecho es susceptible de ser calificado (valorado), en atención a la intención específica o por la personal condición de algunos de los participantes, conforme a figuras delictivas diversas.”

³³² En los casos de participación accesoria en hecho ajeno, señala Grisolía, que la accesoriedad lo será respecto del hecho realizado y no respecto de un delito. (GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, p. 26)

³³³ Grisolía, (GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, p. 24) señala, citando a Carrara, que “*las circunstancias materiales inherentes al hecho criminoso se comunican en entre los diversos copartícipes del delito, pero las circunstancias inherentes a las personas no se comunican, pues la complicidad nunca es adhesión a la persona, sino al hecho, es decir, es real, no personal.*”, CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá, p. 505.

³³⁴ OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, *op. cit.* en n. 18, p. 8

³³⁶ CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 646

- 4) Razones de justicia material: Grisolía sostiene que resultaría absurdo que se castigue de forma más severa a quien ha participado como partícipe en el delito de otro sujeto, que si hubiera cometido el delito como autor.³³⁷
- 5) Aplicación del artículo 64 del Código Penal: Grisolía destaca que el argumento fundado en la inexistencia de norma positiva para resolver el problema de la comunicabilidad es falso. Sostiene que la norma del artículo 64 del Código Penal al referirse a circunstancias agravantes o atenuantes, no excluye su referencia a circunstancias que hayan sido incorporadas a una descripción típica.³³⁸ Así, estas circunstancias no tendría un sentido restringido, haciendo referencia a los elementos que modifican la figura o tipo penal, que no son fundantes o constitutivas del delito, y que cumplen la función de aumentar la intensidad del injusto penal.³³⁹ Con respecto a los delitos especiales propios, se sostiene que no quedan bajo la aplicación de esta norma, porque el artículo 64 se refiere a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y no a los elementos que fundan el ilícito, comunicándose al *extraneus* las calidades especiales del *intraneus*.³⁴⁰ Frente a este punto, Etcheberry sostiene que el *extraneus* no puede concurrir como coautor material del delito, y sólo puede pensarse en él como inductor, cooperador (coautor o cómplice) o en encubridor del delito.³⁴¹ Cury, con distinto fundamento, sostiene que los delitos especiales propios constituyen delitos de infracción de deber³⁴², por lo que sólo se puede imputar participación a título de autor al *intraneus*, quien es el sujeto a quien le incumbe el quebrantamiento del deber jurídico extrapenal, concurriendo los *extraneus*

³³⁷ GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, p. 27.

³³⁸ GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, p. 29. La referencia a la expresión circunstancias, señala Grisolía, se ha entendido como diferente a la locución “elementos del delito”. Sostiene Grisolía (GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, pp. 29-30) que la referencia de la voz circunstancias es amplia, incluyendo la expresión de elementos del delito. La misma posición, la comparte Cury (CURY, *op. cit.* en n. 316, pp. 646-647) quien señala que la Comisión redactora del Código Penal chileno, en las razones de inclusión del inciso final del artículo 1°, referida “a que no se tomarán en consideración las circunstancias no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad” se utilizó el ejemplo del hijo que por error mata a su padre, a pesar de que la relación de parentesco no constituía una circunstancia agravante separada del delito, sino que una calificante del delito.

³³⁹ *Ibid.*, p. 31. En similar sentido, Cury (CURY, *op. cit.* en n. 316, pp. 646-647) quien señala que el Código penal chileno no distingue entre aquellas circunstancias minorantes o agravatorias (también llamadas privilegiantes o calificantes) que están incorporadas a la descripción de los tipos penales, de aquellas que están establecidas separadamente. Por tanto, el artículo 64 abarcaría tanto a las circunstancias agravantes o atenuantes, como las privilegiantes o calificantes.

³⁴⁰ OSSANDÓN, *Delitos especiales y de infracción de deber...*, *op. cit.* en n. 236, pp. 8-9

³⁴¹ ETCHEBERRY, *DPPE*, *op. cit.* en n. 25, p. 208

³⁴² *Ibid.*, p. 617, p. 647

sólo como partícipes del delito³⁴³ y siendo castigados por la pena contemplada para éstos.³⁴⁴

Si bien, esta postura resuelve el problema de la impunidad del *extraneus* en los delitos especiales propios, se han realizado ciertas críticas a esta posición por las siguientes razones: a) Se le castiga al *extraneus* con la misma pena que al *intraneus*, a pesar de no tener la calidad especial que el delito exige.³⁴⁵ b) Además, supone un tratamiento desigual con respecto al *extraneus*, según se esté ante la hipótesis de un delito especial propio, o ante un delito especial impropio. En el primer caso, se castigará con la misma pena del delito al *extraneus*, cuando la calidad especial fundamenta el injusto. Y en el segundo caso, se le atenuará su responsabilidad al *extraneus*, haciéndolo responder por un delito común o residual, cuando la calidad especial constituya una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal del *intraneus*.³⁴⁶ Esta solución, ha sido criticada por Van Weezel, quien señala que “*arroja de un golpe al ciudadano corriente en situación cualificada de deber y lo nivela, por ejemplo, con el juez que prevarica o con el funcionario que malversa fondos a su cargo*”³⁴⁷

5.2.3 Incomunicabilidad extrema

Esta posición sostiene que, ante la inexistencia de norma expresa al respecto, las calidades personales nunca se pueden comunicar al *extraneus*, de modo que sólo puede responder del delito común que pueda ser aplicable, debiendo quedar impune en su defecto.³⁴⁸ Las principales razones de esta postura son las siguientes:

- 1) Razones de justicia material: se ha criticado la posición de quienes abogan por la comunicabilidad limitada, puesto que implica un desigual tratamiento penal del *extraneus* en los delitos especiales propios. Así, se estaría extendiendo la punibilidad a un *extraneus*

³⁴³ “(e)l comportamiento de los *extraneus* es accesorio del único echo fundante del injusto derivado del quebrantamiento del deber extrapenal, pero como, a causa de que no son obligados, ellos no pueden vulnerar dicho deber, su posición será siempre sólo la de meros partícipe, nunca la de coautores.”

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 129. OSSANDÓN, *Delitos especiales y de infracción de deber...*, *op. cit.* en n. 236, pp. 2-3

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ VAN WEEZEL De la Cruz, Alex. *Delitos tributarios*. Santiago, Editorial Jurídica, 2007, p. 115.

³⁴⁸ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, p. 262. COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, pp. 377-378. OSSANDÓN, *Delitos especiales y de infracción de deber...*, *op. cit.* en n. 236, p. 8

por delitos en los cuales el injusto está fundamentado por la infracción de un deber especial y exclusivo del *intra-neus*.³⁴⁹

- 2) Interpretación sistemática del artículo 64: si esta norma dispone expresamente que no se comunican las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en las condiciones personales del sujeto, como argumento *a fortiori* no habría razón para entender que sería distinto respecto de aquellas circunstancias que fundan el injusto penal.³⁵⁰ Además, si sólo existe esa disposición que expresamente regula el tema de la comunicabilidad de forma precisa, resulta contra intuitivo que la ley extienda indiscriminadamente a los *extranei*, la calidad especial de un sujeto cualificado que está obligado a cumplir un determinado deber especial en el caso de los delitos especiales.³⁵¹
- 3) Respeto por la legalidad: de acuerdo a la legislación vigente, no existe una cláusula general que regule la punibilidad de los *extranei* como intervinientes en un delito especial. Por tanto, ampliar el castigo a sujetos no cualificados de delitos especiales, conduciría a imponer una pena no reconocida por la ley al *extraneus*, vulnerando el principio de *nulla poena sine lege* y contraviniendo la finalidad de la norma, al castigar penalmente a un particular por deberes o funciones que no puede quebrantar.³⁵²
- 4) Existencia de delitos que castigan expresamente al *extraneus* en un delito especial propio. De acuerdo a este argumento, cuando el Código Penal castiga a un particular por un delito de funcionario público, lo hace expresamente. Un ejemplo de ello, es la tipificación en el artículo 250 del Código Penal, del delito de cohecho del particular o soborno. Cury sostiene que, la ley busca en estos casos establecer explícitamente la punibilidad del particular, que, ante la ausencia de tal tipificación, quedaría sin castigo.³⁵³
- 5) Inidoneidad de las penas asociadas a los delitos especiales: Esta situación se produciría particularmente en las penas previstas para los delitos de funcionarios públicos,

³⁴⁹ COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 314, pp. 378-379. En un sentido similar, Van Weezel (VAN WEEZEL, *Delitos Tributarios, op. cit.* en n. 347, p. 115) quien critica esta postura al castigar al *extraneus* por un delito en el cual la ley establece de forma absoluta la calidad o estatus del sujeto activo, de tal forma que, si no concurre esta calidad, el hecho devendría impune.

³⁵⁰ COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, p. 378. Este argumento lo sostuvo Cury, hasta la segunda edición de su libro (CURY, *Derecho Penal Parte General*. 2ª edición, 1985) Posteriormente, cambió de parecer y terminó apoyando la posición de la comunicabilidad limitada, para salvar lagunas de punibilidad.

³⁵¹ COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, pp. 378-379

³⁵² GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, p. 265

³⁵³ CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 231. También se ha ejemplificado con los delitos de presentación de testigos falsos del art. 207 en relación con el falso testimonio, el delito de torturas para los *extranei* en el art. 150 B (sustituido recientemente con la dictación de la Ley 20.968). COUSO y HERNANDEZ, *op. cit.* en n. 308, p. 379

compuestas por penas de libertad, inhabilitación especial y la suspensión del cargo. Como consecuencia, se trastornaría el tratamiento penal del *extraneus*, a quien no le competen estos cargos públicos, sin poder ser alcanzado por éstas.³⁵⁴

5.3 Intervención del *extraneus* en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal

Frente al delito de malversación de caudales públicos, y la participación de extraños en supuestos de intervención conjunta, la doctrina ha planteado las siguientes posturas:

Guzmán, cuestiona la afirmación de la doctrina de que el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal pueda ser calificado como delito especial impropio. A este respecto, señala que el tipo penal referido contiene ciertos elementos que lo diferencian de aquellos delitos comunes que han sido señalados por la doctrina como los delitos residuales del peculado del art. 233, entre aquellos, el delito de hurto y el de apropiación indebida. Estos elementos consistirían en la posibilidad de la comisión por omisión, y la exclusión del ánimo de lucro en el tipo.³⁵⁵ En relación a la autoría y participación, Guzmán sostiene que la autoría del delito de malversación siempre será atribuible al funcionario que tenga a su cargo los fondos o caudales de la sustracción. Para todos los demás sujetos, tanto extraños como funcionarios públicos que no se encuentren en la posición de custodia de los caudales, Guzmán señala que no pueden realizar o perpetrar el delito de malversación.³⁵⁶ No obstante, señala este autor, el *extraneus* que interviene sustrayendo en coautoría con el funcionario a cargo, deberá responder por el delito común³⁵⁷ con el requisito de que cumpla con los elementos de la descripción típica del delito de hurto.³⁵⁸ En el caso que no estén presentes estos elementos, el *extraneus* sería impune.

³⁵⁴ GUZMÁN, *op. cit.* en n. 33, pp. 253-254

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 236

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 236-237

³⁵⁷ En este caso, plantea, se rompería la unidad del título de la imputación.

³⁵⁸ Ya sea, el *animus lucrandi*, o el *rem sibi habendi*.

Frente al delito de peculado del artículo 233³⁵⁹, Bunster sostiene que, si la calidad especial de funcionario público es suprimida de la acción típica, y la conducta puede ser imputada a un particular, o a un funcionario que no se halle en una relación de custodia con los caudales, a título de hurto o robo.³⁶⁰ En estos casos, señala Bunster, el *extraneus* puede participar en la ejecución y decisión del hecho típico, y su conducta puede eficazmente producir el mismo resultado, en términos equivalentes al empleado público, descrito en el tipo penal. Sin embargo, añade este autor, el particular no puede ser coautor del delito de malversación, por no concurrir en él la calidad de empleado público. Por lo tanto, su participación del *extraneus* como autor, debe ser castigada a título de un delito contra la propiedad.³⁶¹

Etcheberry señala que, en el delito de malversación³⁶², la calidad de funcionario público constituye una circunstancia agravante incorporada al tipo. De esta forma, entender que la calidad personal de empleado público constituye una circunstancia agravante del delito. En este caso, la calidad de funcionario público es comunicable al *extraneus*, y por tanto este debe ser castigado por la figura delictiva remanente, que podría ser el tipo penal de hurto o apropiación indebida.³⁶³

La posición de Cury se expresó, en un primer momento, adoptando la tesis de la incomunicabilidad extrema, según la cual las circunstancias personales de los *intraneus* nunca se comunicaban a los sujetos no cualificados.³⁶⁴ No obstante, con posterioridad Cury modifica su postura, sosteniendo que debía distinguirse entre los delitos de infracción de un deber³⁶⁵, en

³⁵⁹ A diferencia de otras formas de malversación, correspondientes a los artículos 236 (malversación por aplicación pública diferente) y 237 (negativa a un pago o entrega) que para Bunster, constituirían “delitos de posición” en los cuales la acción típica no puede concebirse sin la figura del empleado público.

³⁶⁰ BUNSTER, *op. cit.* en n. 32, p. 33

³⁶¹ *Ibid.*, p. 34. Bunster agrega que tanto la autoría y las formas accesorias de participación, tales como la complicidad o encubrimiento (esta frase no se entiende). *Ibid.*

³⁶² Etcheberry distingue entre los delitos en los cuales la calidad de empleado público determina la antijuridicidad de la conducta. Por ende, si no concurre tal calidad, la conducta no existe o deja de ser delictiva. Etcheberry sostiene que el delito de malversación no es un delito de posición. ETCHEBERRY, *DPPE, op. cit.* en n. 25, p. 208

³⁶³ *Ibid.*, pp. 207-208. Similar postura en PIÑA, *op. cit.* en n. 87, p. 191, quien además considera que la modalidad comisiva del peculado, permitiría castigar al empleado público como autor del delito de malversación. Sostiene que la tipificación de esa modalidad, lo sustrae del régimen general de intervención, por el cual el *intraneus* sería castigado como partícipe del delito de hurto, que cometería como autor el *extraneus*.

³⁶⁴ Véase CURY, *op. cit.* en n. 316, pp. 229 y ss.

³⁶⁵ Según Cury (CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 616) estos delitos son “*aquellos en los que la lesión del bien jurídico se produce mediante el quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal (civil, administrativo, procesal, pero también profesional o de cualquier otra índole)*”

donde incluía a los “delitos cualificados propios”³⁶⁶ y aquellos delitos en los cuales la posición jurídica se originaba por una relación con una institucionalidad determinada³⁶⁷, y los delitos de dominio, donde encuadraba a los delitos cualificados impropios.³⁶⁸ Para Cury, al constituir la malversación un delito cualificado impropio, la conducta de los extraños partícipes sería accesoria del hecho que funda el tipo no cualificado (el delito base o residual)³⁶⁹ Tampoco descarta la intervención a título de coautoría, planteando que, como esta forma de autoría no es accesoria, los problemas de comunicabilidad no se van a presentar, y por tanto el coautor *extraneus* de un delito calificado impropio (especial impropio) se le imputará el título del correspondiente delito calificado impropio.³⁷⁰

Novoa hace especial referencia al delito de malversación de caudales públicos sosteniendo que estaríamos ante un supuesto en donde el *extraneus* incurriría en responsabilidad penal propia y distinta, si es que realizara por sí mismo el hecho típico. Si el sujeto no cualificado, realiza de manera propia e independiente la sustracción de fondos públicos, su conducta sería imputable por la realización del delito de hurto o el tipo penal de apropiación indebida.³⁷¹ Sin embargo, y de acuerdo con el principio de unidad e invisibilidad del título de imputación, el delito de malversación cometido por el *intraeus* como autor, comunica accesoriamente la conducta realizada por el *extraneus*, siendo castigado por el mismo título de peculado. En este caso, sostiene Novoa, prima el hecho del autor, que será considerado como el único hecho (principio de unidad del título), que calificará jurídicamente la conducta de los partícipes (principio de accesividad)³⁷² Finalmente, agrega Novoa, el *extraneus* deberá responder del delito de malversación de caudales públicos, como coautor o como partícipe, según sea el caso, del hecho punible del *intraeus*.³⁷³

³⁶⁶ Que para este autor eran aquellos en donde el deber cuya infracción fundamentaba el injusto, derivaba de una determinada cualidad personal del sujeto. Ejemplo de aquellos, eran el delito de prevaricación de los arts. 223 y ss., el delito de negociaciones incompatibles del art. 240, las exacciones ilegales del art. 241, entre otros. CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 616

³⁶⁷ Ejemplo de estos delitos, eran los artículos 206 a 209 del Código Penal, el perjurio del art. 210, así como todos los delitos de omisión,

³⁶⁸ En estos delitos regía la incomunicabilidad de las circunstancias personales agravantes o atenuantes.

³⁶⁹ CURY, *op. cit.* en n. 316, p. 647

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ NOVOA, *op. cit.* en n. 315, p. 216

³⁷² *Ibid.* Se entienden aplicados los principios de unidad o indivisibilidad del título de imputación, y el principio de accesividad.

³⁷³ *Ibid.*, p. 215

5.4 Intervención del *extraneus* en el delito especial de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal

Para Mañalich, la característica esencial de los delitos especiales propios es el quebrantamiento de una norma especial, cuyos destinatarios están especificados por su pertenencia a un círculo de individuos que poseen una cualificación personal. En estos términos, el delito de peculado constituiría un delito especial propio, ya que la posición del destinatario de la norma la ocupa una persona que ostenta la calidad especial de funcionario público, definido conforme al art. 260 del Código Penal.³⁷⁴ De tal forma, sólo el funcionario público, quien es portador de una cualificación especial, es el que puede infringir el deber jurídico penal del delito de peculado a título de autor.³⁷⁵ Para que la infracción de la norma le pueda ser imputable al autor es necesario que, “*de esa persona pueda predicarse la no omisión de la acción prohibida o la no ejecución de la acción requerida*”³⁷⁶, y además que esa persona exhiba el estatus de destinatario del delito de malversación. Y por consideraciones estrictamente formales sólo puede venir en consideración como autor del delito especial quien cuenta como *intraneus*. El hecho de que un *extraneus* domine en igual medida el hecho no altera en lo absoluto esa determinación. Un *extraneus* sólo podría intervenir en el delito de malversación, posibilitando o facilitando la infracción del deber primario del delito de peculado, que sólo puede ser imputable al funcionario público como autor. De este modo, la participación del *extraneus* se caracterizaría por ser auxiliar, consistente en una infracción de deber secundaria.³⁷⁷ Así, el *extraneus* sólo podría intervenir en el delito de peculado como partícipe en sentido estricto,

³⁷⁴ Es necesario tener en cuenta la norma del artículo 238 que establece una ampliación de los destinatarios del delito de peculado, “*al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.*”

³⁷⁵ MAÑALICH, *La estructura de la autoría mediata*, op. cit. en n. 104, p. 410. Mañalich señala que las normas que sólo tienen como destinatarios a sujetos cualificados, pertenecen a los elementos de la antinormatividad del comportamiento que determinan la modalidad de imputación. Se trataría, de descripciones que no serían “*subjetivamente fungibles*”. *Ibid*, p. 388

³⁷⁶ MAÑALICH, “*Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas*”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21, N°2, 2014, p. 247

³⁷⁷ MAÑALICH, *La estructura de la autoría mediata*, op. cit. en n. 104, p. 389. Este mismo autor señala: “*el partícipe no quebranta, por sí mismo, norma alguna, lo cual significa: tampoco alguna “norma derivativa”. Al partícipe se imputa, antes bien, el quebrantamiento de la misma norma cuyo quebrantamiento es imputable al autor (o a los coautores), pero precisamente a título de participación en una (única) infracción de deber por parte de otro(s), cuyo comportamiento representa un presupuesto constitutivo de la significación “accesoriamente” delictiva del comportamiento de aquel.*” MAÑALICH, *Omisión del garante e intervención delictiva...*, op. cit. en n. 376, p. 249

siéndole imputable el delito de peculado, mediante las modalidades de intervención propias de la participación, que serían la inducción y la complicidad.³⁷⁸ Sin perjuicio de que esta posición reconozca la posibilidad de que el *extraneus* pueda intervenir de manera accesoria en un hecho ajeno, la normativa del Código Penal referentes a la autoría y participación, tendría un campo de aplicación de la autoría, extendida a ciertas formas de complicidad.³⁷⁹

5.5 Aplicación de la doctrina de los delitos de infracción de deber a la participación del *extraneus* en el delito de malversación del art. 233 del Código Penal

Algunos autores nacionales³⁸⁰, sostienen que el delito de malversación de caudales públicos es un delito de infracción de deber³⁸¹. Ossandón señala que la figura de malversación se distingue de un delito común, por contener un deber institucional positivo, cuya infracción constituiría el fundamento particular del delito.³⁸² Van Weezel agrega que, el deber del funcionario establecido en el art. 233, respecto de los caudales o efectos que tiene a su cargo, constituyen un deber institucional fundado en una relación o cualificación que el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto como funcionario público.³⁸³

Una primera solución de la doctrina que acogió esta teoría, señalaba que el *extraneus* participe en un delito de infracción de deber, quedaba impune, ya que la cualificación especial lo excluía del cumplimiento del deber especial. Así señalaban Rodríguez y Ossandón que: “*(L)a ausencia del deber que fundamenta la punibilidad del autor cerraría la posibilidad de la responsabilidad para el interviniente en quien no concurre y las reglas de accesoriadad no*

³⁷⁸ “Así, responde como inductor quien provee una razón, o bien quien no desactiva una razón, que efectivamente (co-)determina a otro a ejecutar u omitir la acción respectivamente prohibida o requerida. Como cómplice, en cambio, responde quien colabora a que otro quede en (mejor) posición, o bien quien no colabora a que otro no quede en (mejor) posición, de ejecutar la acción prohibida u omitir la acción requerida, según corresponda.” MAÑALICH, *Omisión del garante e intervención delictiva...*, op. cit. en n. 376, p. 250

³⁷⁹ Así, lo sostendría Novoa (NOVOA, op. cit. en n. 315, p. 211) quien es del parecer que la normativa nacional asimila casos de complicidad (art. 15 N°3) como autoría.

³⁸⁰ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit. en n. 1, p. 135. OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público...*, op. cit. en n. 18, p. 11. VAN WEEZEL, *Delito Tributarios*, op. cit. en n. 347, p. 116. HADWA, op. cit. en n. 174, p. 15

³⁸¹ Precisamente, respecto del delito de malversación y fraude al fisco, sostienen Rodríguez y Ossandón (RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit. en n. 1, pp. 134-135) que la forma de autoría queda limitada de forma directa al *intraneus*, excluyendo la coautoría y autoría mediata. En el caso particular de la malversación del artículo 233, el tipo sanciona tanto la sustracción, como el consentimiento de que otro sustraiga los caudales.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ VAN WEEZEL, *Lesiones y violencia intrafamiliar...*, op. cit. en n. 304, p. 251

*serían aplicables.*³⁸⁴ Posteriormente, Ossandón ha sostenido que el *extraneus* que interviene en un delito de infracción de deber, no puede ser considerado autor de estos delitos, por no tener el deber que sirve de fundamento, no obstante sí puede ser partícipe, ya que, si bien “*no resulta competente para infringir directamente la norma penal que emana del artículo 233 ó 239, bien se le puede imputar una colaboración en la infracción del deber del funcionario.*”³⁸⁵ No obstante, Ossandón agrega que el *extraneus* también podría cometer un delito común de lesión del patrimonio en la hipótesis de que tenga el dominio fáctico de la situación. Este caso, se daría cuando fuese el particular quien sustraiga los fondos, con el consentimiento del funcionario que los tiene a su cargo. En tal evento, podría configurarse un concurso ideal de delitos, en virtud del cual, el *extraneus* podría ser responsable del delito común de hurto³⁸⁶, y además ser responsable como partícipe del delito de malversación de caudales públicos (delito de infracción de deber).³⁸⁷

Van Weezel propone una vía para obtener un tratamiento penal atenuado de la participación de un *extranei* en un delito de infracción de deber como el de malversación. Esta solución consiste en castigar al sujeto no cualificado mediante las normas de complicidad establecidas en el art. 16 del Código Penal.³⁸⁸ Su argumento para excluir al *extranei* del tratamiento penal de los autores, contenido en el art. 15 del Código Penal, radica en que el *extranei* no quedaría comprendido dentro de la norma del tipo especial del peculado. Esta restricción, referida a quienes pueden constituirse como autores en el delito de malversación, implicaría desplazar la aplicación legal del art. 15, como norma de imputación de flaqueo. De esta forma, el *extranei* no podría ser “considerado autor”, ya que la norma del tipo especial de malversación limita la autoría sólo a quien incumbe el deber especificado por la norma, esto es, al empleado público. Van Weezel sostiene que, en este caso debe primar el principio de especialidad, en virtud del cual debería ser aplicada la norma de comportamiento contenida en el tipo especial (art. 233 CP), por sobre la disposición del art. 15 del Código Penal.³⁸⁹ Así, hace subsumible la

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ OSSANDÓN, *Sobre la calidad de empleado público*, op. cit. en n. 18, p. 11

³⁸⁶ Ossandón señala que este caso puede darse cuando el particular tiene el dominio fáctico de la situación. *Ibid.*

³⁸⁷ Esta hipótesis, la señala precisamente respecto del particular que se encarga de sustraer los fondos, con el consentimiento del funcionario que los tiene a su cargo.

³⁸⁸ Véase VAN WEEZEL, “El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2° del Código Tributario”, Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 1° de julio de 2008, causa Rol N° 638-2008, *Jurisprudencia al Día*, Año III, N°101, 2008. [en línea] http://www.legalpublishing.cl/LSJ/extras/200811-1/pdfs/JAD_382.pdf [consulta: 15-12-16]. pp. 1165-1166

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 1166

intervención del *extranei* en el delito de peculado, determinada por la aplicación del artículo 16 del Código Penal, haciendo responsable penalmente al partícipe *extranei*, por su intervención de forma accesoria a título de complicidad.

5.5.1 Consideraciones críticas respecto del delito de malversación como delito de infracción de deber

Se han expuesto ciertas críticas a la teoría de los delitos de infracción de deber, que en el caso particular del delito de malversación de caudales públicos del art. 233, son las siguientes:

1) Difumina los contornos de la exigencia de la tipicidad de la conducta que constituye el delito especial.³⁹⁰ Para esta doctrina, la relación del bien jurídico con el portador del deber es siempre directa, de carácter personal, y no importa la forma como organice su conducta³⁹¹ Así, sólo el obligado por el deber será autor, y una vez infringido este deber siempre se constituirá en autor directo, prescindiendo del dominio efectivo o concreto que tenga respecto del hecho.³⁹² En el caso del delito de malversación del art. 233, las conductas tipificadas son calificadas como autoría directa, suponiendo una idéntica infracción de deber de custodiar los bienes que están a cargo del funcionario, identificando la comisión y la omisión como equivalentes en la infracción del deber.³⁹³ De esta forma, la relación del *intraneus* va a ser siempre directa, excluyendo a autoría mediata, la coautoría, y la participación.³⁹⁴

Esta solución es criticada por Mañalich, quien sostiene, que ante casos como el delito de peculado del art. 233, donde se tipifica tanto la modalidad comisiva de sustracción como la modalidad omisiva de no impedir la sustracción de los fondos por un tercero, lo determinante siempre será que el *intraneus* deba responder penalmente cuando satisfaga la descripción típica

³⁹⁰ MAÑALICH, *La estructura de la autoría mediata, op. cit.*, en n. 104, p. 408

³⁹¹ “(Que no depende de cuánto se domine en una situación típica.” RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 134

³⁹² *Ibid*, pp. 134-135

³⁹³ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 135. Así también lo sostiene Sánchez-Vera (SÁNCHEZ-VERA, *op. cit.* en n. 180, p. 184) quien a propósito del delito de malversación del art. 432 del Código Penal español (artículo modificado por la LO 1/2015 del 30 de marzo) señala que todas las formas de intervención son equiparadas bajo el título de autoría, ya sea que el funcionario a través de su acción se apropie de los caudales públicos, o ya sea que induzca a un tercero para los sustraiga. En ambos casos, habrá quebrantado su deber de custodia.

³⁹⁴ *Ibid*, pp. 134-135

correspondiente.³⁹⁵ Además, el citado autor sostiene, que devendría irrelevante la tipificación que el legislador ha establecido en los artículos 233 referentes a la modalidad comisiva y omisiva de peculado y 234 consistente en la modalidad omisiva de peculado por negligencia, si es que se reconociera el carácter de delito de infracción al delito de malversación.³⁹⁶

2) La otra objeción, consiste en el supuesto “deber extrapenal” cuya infracción, constituiría la autoría del *intraneus* en la doctrina de los delitos de infracción de deber. Señala Mañalich, que en esta teoría se confunden los criterios para delimitar el círculo de individuos que pueden infringir el deber jurídico penal de la norma, con los criterios por los cuales se puede adscribir autoría respecto del delito.³⁹⁷ En la teoría de los delitos de infracción de deber, la posición extra penal, que normalmente se configurará de forma institucional, determinará quién es el sujeto cualificado de la norma especial³⁹⁸ Mañalich, señala que hay que distinguir entre las reglas que nos permiten determinar quienes pueden ser autores de un delito, como es caso de los delitos especiales, especificando un círculo de sujetos en virtud de una cualificación especial, de las reglas que nos permiten establecer que el quebrantamiento de una norma pueda ser imputable a un sujeto como hecho propio (reglas o criterios de imputación) Así, que la posición institucional de un obligado especial nos permita determinar que ese sujeto (el funcionario público en el art. 233) es según la norma, quien puede infringir tal deber, nada nos permite señalar, de cómo a este sujeto puede resultarle atribuible a él como hecho propio (autoría como modalidad de imputación) la infracción de tal deber.³⁹⁹ De otro modo, sostiene Mañalich, admitir la tesis de los delitos de infracción de deber, según la cual, el *intraneus* resulta responsable penalmente sólo en virtud de una infracción de deber (extra-penal) “*equivale a validar una estructura de responsabilidad cuasi-objetiva, al modo de un verssari in re illicita.*”⁴⁰⁰

³⁹⁵ MAÑALICH, *La estructura de la autoría mediata...*, *op. cit.* en n. 104, p. 408

³⁹⁶ MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 367

³⁹⁷ Véase MAÑALICH, *Omisión del garante e intervención delictiva...*, *op. cit.* en n. 376, pp. 243-244

³⁹⁸ En el caso del delito de malversación, lo sería el empleado público del art. 233, en relación con el art. 260, y todo sujeto que se encuentre en la hipótesis que describe el art. 238, todos del Código Penal.

³⁹⁹ MAÑALICH, *Omisión del garante e intervención delictiva...*, *op. cit.* en n. 376, pp. 243-244. Esta posición nos permite entonces determinar que, el *extraneus* sólo puede serle imputable de manera accesoria el quebrantamiento del deber contenido en el delito de peculado, como partícipe en el hecho principal y propio del funcionario público.

⁴⁰⁰ MAÑALICH, *La estructura de la autoría mediata*, *op. cit.* en n. 104, p. 410. Así también MAÑALICH, *La malversación...*, *op. cit.* en n. 75, p. 362

5.6 Soluciones de *Lege Ferenda*

5.6.1 Inclusión de una norma especial de punición del *extraneus*

Se ha señalado por la doctrina, que el problema respecto de la intervención de los *extraneus* en delitos especiales, residiría en la falta de una norma expresa que solucione estos supuestos. Así, se ha destacado que, en el derecho comparado, existen disposiciones que regularían de manera expresa el tratamiento penal de los *extraneus* en tipos penales especiales. Un ejemplo de ello, estaría establecido en el derecho alemán. El § 28 StGB dispone lo siguiente:

“§ 28. *Características personales especiales*

(1) *Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (Instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1.*⁴⁰²

(2) *Si la ley determina que características personales especiales agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces esto solo rige para los partícipes (autor o partícipe), en quien concurran.*”⁴⁰³

Otro caso, corresponde a la regulación del Código Penal español que, en su artículo 65. 3 dispone:

“3. *Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate*”

En ambos casos, se otorgan facultades para la determinación de la pena, obligatorias en la disposición alemana, y facultativas en la norma española, de disminución sobre la pena que corresponda al partícipe *extranei*.

⁴⁰² Para una lectura en la doctrina alemana de esta disposición, véase Puppe (PUPPE, Ingeborg, Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. Band II, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, p. 19. Citado en: ROBLES y_RIGGI, *op. cit.* en n. 187, p. 16) quien señala que, en los delitos especiales se conformarían por una posición especial de deber. Esta posición estaría compuesta por dos elementos típicos, un elemento que tiene el *intraneus* de poder acceder directamente (como autor) a un bien jurídico protegido, y esta posibilidad no la tendría, sino mediadamente el *extraneus* (como cómplice o inductor) El segundo elemento está conformado por la lesión de un deber estrictamente personal que sólo afectaría al *intraneus*, que no podría transmitirse al *extraneus*. El argumento de esta autora, con respecto al § 28 I, es que esta disposición reconocería este doble carácter (conformado por ambos elementos típicos) imputándole sólo de manera atenuada al *extraneus* el elemento de autoría, como modalidad de intervención accesoria (el *extraneus* sólo podría agredir de manera indirecta el bien jurídico, mediante la inducción o complicidad)

⁴⁰³ Código Penal Alemán. TRAD. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Universidad Externado de Colombia, 1999.

En la doctrina chilena, también se sostuvo que de *lege ferenda* se necesitaba de una norma especial de punición para los partícipes no cualificados. Así Grisolía, teniendo en cuenta la disposición alemana (§ 28.1) sostenía que era menester la inclusión en el Código Penal de una regla de castigo especial para el *extraneus*.⁴⁰⁴

5.6.2 Inclusión de delitos penales especiales específicos para el *extraneus*

También se ha destacado por la doctrina, la adopción de que el Código Penal tipifique de manera expresa las conductas de los *extraneus* mediante delitos específicos.⁴⁰⁵ Balmaceda y Castro señalan que así es el caso del delito de soborno, del art. 250 del Código Penal.⁴⁰⁶

Cabe destacar la reciente modificación del Código Penal, mediante la Ley 20.968⁴⁰⁷, que tipificó el delito de torturas cometido por empleado público, en el artículo 150 A, y que, en su inciso tercero, expresamente castiga al particular “*que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.*” Otro caso, es la inclusión del inciso final del art. 150 que castiga expresamente al que, “*sin revestir la calidad de empleado público*” participe en la comisión del delito contenido en el artículo referido (incomunicación de una persona privada de libertad, y detención o arresto arbitrario) Finalmente, cabe señalar la inclusión del art. 150 F, que castiga explícitamente al particular que, “*en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare*” los delitos de apremios ilegítimos, y apremios ilegítimos con resultado calificado.

⁴⁰⁴ GRISOLÍA, *op. cit.* en n. 323, p. 23. En un sentido similar, manifestándose a favor de esta idea, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *op. cit.* en n. 1, p. 130. OSSANDÓN, *Delitos especiales y de infracción de deber...*, *op. cit.* en n. 236, p. 3, p. 9

⁴⁰⁵ BALMACEDA y CASTRO, *op. cit.* en n. 4, pp. 272-273

⁴⁰⁶ *Ibid.* Además, señalan otras normas, como el delito de falsificación de instrumento público cometido por particular (art. 194) y el delito de apremios ilegítimos causados por particular (antiguo art. 150 B, modificado recientemente por la Ley 20.968 de 20 noviembre del año 2016, que sustituyó este artículo, por el delito de tortura calificado)

⁴⁰⁷ Esta modificación, además de tipificar el delito de torturas, cambió la denominación del párrafo 4° del título III del libro segundo por el siguiente: “*4. De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*”. Además, agregó los artículos 150 C (regla especial de determinación de la pena en el delito de torturas y torturas calificadas), 150 D (delito de apremios ilegítimos cometido por funcionario público), 150 E (delito de apremios ilegítimos con resultados calificados), y 150 F (norma especial que castiga al particular que ejecute los actos referidos del art. 150 D o E)

Nos parece que la inclusión en el Código Penal, de tipos específicos que sancionan al *extraneus* en la comisión de delitos de empleados o funcionarios públicos, apoya la tesis de cierto sector minoritario de la doctrina, que estima la incomunicabilidad del tipo especial al *extraneus*, y que fuese sostenido en un primer momento por Cury, quien aducía la existencia del art. 250 del Código Penal como razón para sostener que sólo en virtud de esa norma legal expresa, el *extraneus* podía ser castigado penalmente. En razón de ello, y por ser los casos de tipificación excepcionales, la regla general era la impunidad del *extraneus* en los delitos especiales.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ CURY, *op. cit.* en n. 350, p. 231

Conclusiones

Finalmente, se plantearán de forma concisa las conclusiones de esta investigación, enfocadas en el desarrollo de la problemática expuesta, ilustrándolo mediante la exposición del delito analizado.

a) La restricción del círculo de autores en los delitos funcionarios, tiene como fundamento particular, el cumplimiento de una función pública. Esta función pública, preeminentemente de origen estatal, determina que existan ciertos bienes de vital importancia que deben protegerse para resguardar los derechos de los ciudadanos, labor propia de un Estado liberal y democrático de derecho. Así, el origen de la función pública, como deber impuesto a los sujetos que la desempeñan, va desde un carácter especialmente de corte estamental y autoritario en el s. xix, al desarrollo actual de mecanismos democráticos que conforman y regulan la actuación del Estado de Derecho. Estas reglas de funcionamiento en la actividad estatal, se han protegido mediante normas de distinta naturaleza. En el caso del derecho penal, estas normas están establecidas para aplicarse cuando la gravedad de las conductas atenta contra el vital funcionamiento de actividad del Estado. Esto es particularmente así, los funcionarios públicos cometen actos de corrupción. El derecho penal busca sancionar estas conductas de corrupción, puesto que esta forma de ataque a los bienes jurídicos que están en juego, pone en cuestión el propio funcionamiento del Estado.

b) Los delitos que sancionan las conductas lesivas del interés público en la Administración del Estado, establecen normas especiales de comportamiento, dirigidas a los sujetos que desempeñan esta función pública. En la dimensión patrimonial de la Administración, se busca resguardar que los funcionarios actúen bajo estándares de probidad, con el objeto de proteger los intereses patrimoniales del erario público. El delito de malversación, está establecido para sancionar a los funcionarios o sujetos que según la ley, tengan a su cargo fondos de carácter públicos, o de particulares en los supuestos de una labor de custodia de éstos. El injusto particular del delito de malversación establecido en el artículo 233 del Código Penal, mira a quienes están en la posición del cumplimiento de un deber impuesto por la función pública. Estos sujetos, que normalmente serán empleados fiscales o funcionarios públicos, son quienes pueden lesionar de manera especialmente grave el patrimonio fiscal, a través de conductas atentatorias del principio de probidad establecido para el desempeño de sus cargos.

c) El delito de malversación, se debe entender como un delito especial, porque responde a la particularidad del injusto que lo conforma. Mira a quienes están obligados por una vinculación institucional, a resguardar la correcta actuación de los órganos de la Administración, en su faceta económica o patrimonial. El carácter especialmente gravoso de las penas establecidas para quien sustrae fondos fiscales, tiene como correlato la confianza depositada de quienes desempeñan esta labor en la actuación del Estado. Puesto que los sujetos que por un cargo o función pública custodian el patrimonio del Estado, los marcos de actuación deben ser más rigurosos, con respecto a quienes no compete este deber específico. Podemos sostener entonces, que la restricción de los sujetos que pueden lesionar este deber, está justificada por la especial posición que ostentan. Una persona que no ostenta la calidad de funcionario público, queda excluido por efecto de la restricción del sujeto que puede comportamiento, como destinatario principal del cumplimiento del mandato este tipo penal. Es más, la especificidad del delito de malversación comporta una doble restricción, por un lado mira a quienes detentan una cualificación impuesta por ley, referida en el art. 260 del Código Penal, y además establece una exigencia con respecto a la posición que el empleado público debe tener con respecto a los caudales o efectos públicos. Sin perjuicio, de que según el art. 238, personas distintas de las especificadas generalmente como funcionarios públicos puedan ser destinatarias de esta norma de comportamiento, los elementos de antinormatividad de la conducta restringen el círculo de sujetos mediante la cualificación de funcionario público de manera expresa a quienes pueden infringir este deber de custodia de los fondos. Así, la posición especial de custodia o conservación de los fondos públicos, no la poseen más que los sujetos especialmente señalados por la Ley.

d) De esta forma, la intervención de sujetos no cualificados en los delitos especiales, como los delitos funcionarios, queda limitada por las siguientes razones: los *extraneus* al no estar vinculados institucionalmente con los deberes propios que se imponen a quienes cumplen con la función de custodia de caudales públicos, no pueden constituirse como autores. La especial relación que posee el funcionario con los caudales, conforma una posición cualificada que impone deberes que son ajenos a los particulares. Así, la intervención debe quedar restringida, de forma que la imputación de la realización del delito de peculado o malversación apropiatoria, sólo puede hacerse de forma accesoria a un hecho principal. Este hecho principal, presupone que quien está obligado como destinatario especial de la norma, pueda serle

imputable esta infracción de deber como hecho propio, esto es, como autor del delito. La imputación como autor, se hará en virtud de la imputación de la infracción, a quien debía en la situación comportarse conforme a la norma de comportamiento. El sujeto no cualificado, si bien puede intervenir en la realización del tipo descrito, incluso dominando materialmente el hecho como en los supuestos de sustracción de fondos, no puede ocupar la posición de quien está obligado como sujeto especial a respetar la norma de comportamiento. El particular puede tomar parte en la ejecución del hecho, sólo de forma accesoria, ya que su intervención es dependiente de la infracción de deber principal, imputable al funcionario a cargo de los caudales. Su participación se limitaría a infringir de forma auxiliar, el deber jurídico penal del delito de malversación.

e) La cuestión que la doctrina nacional ha denominado el problema de la comunicabilidad de la calidad especial del delito especial, si bien, ha podido desarrollar soluciones para poder castigar a *extraneus* en delitos de funcionarios públicos, ha adoptado respuestas que pueden considerarse como sanciones desproporcionadas con respecto al injusto de la participación accesoria de los particulares en un delito especial. En algunos casos se castiga con el mismo rigor de la sanción penal del delito de malversación, en el caso de quienes sostienen la comunicabilidad del delito especial al *extraneus*, lo que termina desdibujando el sentido de la sanción penal a quienes están especialmente obligados por su calidad de funcionario público. Esto es aún más extremo, cuando se sostiene por autores como Novoa, que los *extraneus* puedan ser castigados por el mismo título de imputación, en calidad de autores. Una cuestión, es poder salvar lagunas de punibilidad, y otra es difuminar la especial naturaleza de los delitos especiales, que responden a un tipo de infracción restringida a ciertos sujetos.

La posición de quienes apoyan la tesis de comunicabilidad limitada, también deja ciertas dudas sobre la pertinencia de la aplicación del art. 64 del Código Penal para delimitar la punibilidad de los *extraneus*. Así, de los autores que sostienen la aplicación del artículo 64, asumen que la calidad especial del delito de malversación solo constituye una cualidad agravatoria de la sanción. De esta posición se puede señalar que no hay razones claras para concluir que el tipo penal de peculado, pueda entenderse como un delito común, en virtud de las especificaciones propias de la conducta típica del delito. La otra dificultad de esta posición estriba en que, si asumiéramos que el tipo penal de malversación pudiera ser asimilado por una figura residual, tampoco existe unanimidad en la doctrina respecto de qué figura típica correspondería

subsumir la conducta de malversación. También es insuficiente la conclusión de algunos autores que sostienen que la equivalencia de la conducta típica deba hacerse frente a cada caso particular. Frente a la posición que sostiene que la conducta típica puede subsumirse en la descripción del tipo penal de hurto, sostenemos que la solución implica problemas de descripción típica de ambas conductas, que giran en torno a la acción típica de sustracción, que exhibiría distintas significaciones en cada caso. Lo relevante, de la imputación de la conducta de malversación, no estriba en la verificación de una conducta ejecutiva en quien corresponda el deber de omitir la sustracción o impedir que no se verifique la sustracción por otro sujeto. La imputación de la realización del delito de malversación, es un criterio normativo, que puede satisfacerse sin verificar alguna conducta de dominio efectivo del hecho en el funcionario competente. Así, un *extraneus* puede efectivamente realizar la conducta de sustracción en la hipótesis material de apoderamiento, y no serle imputable la realización como autor de un delito de hurto. La imputación por ser un criterio de atribución normativa, puede establecer que el *extraneus* contribuyó mediante su conducta de forma auxiliar, aún dominando efectivamente los hechos de la sustracción, si se verifica que esta infracción pueda serle normativamente imputable al empleado público, en virtud de su posición específica de responsabilidad, de haber podido impedir la sustracción por parte de terceros.

f) Finalmente, de la revisión de la literatura nacional, nuestra postura apoya la lectura dogmática que afirma la posibilidad de la intervención del *extraneus* bajo el principio de accesoriedad, en virtud del cual, pueda tener parte en un hecho ajeno, atribuible a un *intraneus* como obligado principal, ayuda a clarificar de forma consistente la estructura de imputación de sujetos que están excluidos de la norma penal, como destinatarios principales de la norma de comportamiento. Además, y en abono de una posición que sostiene que el delito de malversación es un delito especial propio, nuestra postura es que las características del injusto de malversación, guardan relación con un fundamento especial en los delitos contra la función pública, constituido por una cualificación especial, que radica en un deber jurídico especial derivado de esta posición institucional. Esta caracterización constituida por la existencia de un deber jurídico especial, nos provee de los criterios para sostener que sólo los funcionarios públicos pueden ser atribuidos como autores en estos delitos.

Bibliografía

- ABANTO Vásquez, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber”” Revista Penal, N°14, 2004, [en línea] http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/abanto%20vasquez.pdf [consulta: 17-11-16]
- ALEXY, Robert. “Derechos individuales y bienes colectivos” *En su: El concepto y la validez del Derecho*. Trad. SEÑA, Jorge. Barcelona, Gedisa, 1994
- ARTAZA, Osvaldo. “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica de delito de cohecho”. Política Criminal, vol. 11, N°21, 2016
- ASUA BATARRITA, Adela. *La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración*”. *Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*. En su: Delitos contra la administración pública. Bilbao, Instituto Vasco de administración pública, 1997
- BALMACEDA, Gustavo y CASTRO, Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al fisco*. Santiago, Librotecnia, 2015
- BUNSTER, Álvaro. *La malversación de caudales públicos*. Santiago, Universidad de Chile, 1948
- CARO John, Antonio. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003 [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf> [consulta: 15-12-16]
- _____ “Sobre la autoría en el delito de infracción de deber”, Derecho Penal y Criminología, N°80, Vol. 27, 2006, [en línea] <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/995/945>> [consulta 12-12-2016].
- CATALÁN Sender, Jesús. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*. Barcelona, Ed. Bayer Hnos, 1999

- COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dir.). Código penal comentado. Libro primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing, 2011
- CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 7ª edición. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2007
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Corrupción y delitos contra la administración pública. Insuficiencias y límites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”, Revista de Derecho, N° 7, 2004. [en línea] <<http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1531>> [consulta: 13-12-16].
- DONNA, Edgardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Editores Rubinzal-Culzoni. 2001, Tomo III
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1997, Tomo IV
- _____ *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, Tomo II
- GARCÍA Conlledo, Miguel. “Corrupción y delitos contra la administración pública. Insuficiencias y límites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”. Revista de Derecho, N°7, 2004. [en línea] <<http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1531>> [consulta: 13-12-16]
- GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. “Autoría y participación”. Revista de Estudios de la Justicia, N°10, 2008
- GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2007, Tomo II
- _____ *Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2010, Tomo III
- GOMEZ Martín, Víctor. *Los delitos especiales*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2003. [en línea] <<http://hdl.handle.net/10803/1411>> [consulta 12-12-16].
- _____ “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 14-01, 2012

- GRISOLÍA Corbatón, Francisco. “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”. Revista de Ciencias Penales, 3^a Época, N°1, 1975
- GUZMÁN Dálbora, José Luis. "La malversación de caudales públicos en el Código Penal Chileno". En su: Estudios y Defensas Penales. 2^a edición. Santiago, LegalPublishing, 2007
- _____ “El tipo de injusto y la continuación criminal en el delito de fraude al fisco y a ciertos entes públicos menores” En su: Estudios y defensas penales, 3^a edición. Santiago, LegalPublishing, 2009
- HADWA, Marcelo. “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”. Política Criminal, N°3, 2007
- HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 04-14, 2002
- _____ “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, En su: La teoría del Bien Jurídico. Trad. ALCÁCER, Rafael. Madrid, Marcial Pons, 2007
- HERNÁNDEZ, Héctor. “La administración desleal en el derecho penal chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, 2005
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Trad. CUELLO, Joaquín. SERRANO Gonzalez, José. Madrid, Marcial Pons, 1995
- _____ *La imputación penal de la omisión y de la omisión*. TRAD. SANCHEZ-VERA, Javier. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996
- _____ *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, Thompson Civitas, 2004
- KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, Lecciones y Ensayos, N°86, 2009. [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf> [consulta: 13-12-16].

- KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, Trad. GARCÍA Cavero, Percy. Política Criminal, N° 3, Vol. 2, 2007
- LABATUT Glenda, Gustavo. *Derecho Penal*, 7ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II
- MAÑALICH, Juan Pablo. “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, Revista de Estudios de la Justicia, N°12, 2010
- _____ “La estructura de la autoría mediata”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIV, 2010
- _____ “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, Política Criminal, vol. 7, N°14, 2012
- _____ “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 21, N°2, 2014
- *Norma, causalidad y acción.*
- MAYER Lux, Laura. “El patrimonio del Estado como objeto de protección penal”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIX, 2007
- MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona, Ed. Bosch, 2004
- “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LXVIII, 2015
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 7ª edición. Barcelona, Reppertor, 2005
- MORALES, Óscar. *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración de caudales públicos*. Navarra, Ed. Aranzadi, 1999
- NOVOA Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno, parte general*. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II
- OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho.” Revista de Estudios de la Justicia, N°5, 2004

- _____ “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI, 2011
- OSSANDÓN Widow, María Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”. *Política Criminal*, N°1, 2006
- _____ “Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°8, 2012. [en línea] <CL/DOC/1200/2013> [consulta: 13-12-16].
- PIÑA Rochefort, Juan Ignacio. “Malversación de caudales públicos, causa Ministerio Público contra J.A.D.M. y L.A.M.Q. (Informe en Derecho)”, *Doctrina Procesal Penal*, 10, 2011
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean y RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003
- _____ *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2004
- QUINTERO Olivares, Gonzalo. *Curso de derecho penal. Parte general (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)* Barcelona, Cedecs Editorial, 1996
- ROBLES Planas, Ricardo y RIGGI Javier, Eduardo. “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, *InDret*, 4/2008
- ROBLES Planas, Ricardo. “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”. *InDret*, 4/2013
- RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN Widow, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2008
- RODRÍGUEZ Collao, Luis. “Delimitación del concepto penal de corrupción”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, 2004
- _____ “La función pública como objeto de tutela penal”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, 2005

- _____ “La función pública como objeto de tutela penal”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, 2005
- _____ “La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político criminales”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVII, 2006
- ROBLES, Ricardo y JAVIER, Eduardo. “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación.” InDret, 4/2008
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. Madrid, Civitas, 1997
- _____ *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, 2000
- RUEDA Martín, María Ángeles. “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, N°8, 2001
- SÁNCHEZ-VERA Gómez-Trelles, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002
- SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, Política Criminal, vol. 7, N° 14, 2012
- VAN WEEZEL De la Cruz, Álex. *Delitos Tributarios*. Santiago, Editorial Jurídica, 2007
- _____ “El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2° del Código Tributario”, Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 1° de julio de 2008, causa Rol N° 638-2008, Jurisprudencia al Día, Año III, N°101, 2008. [en línea] <http://www.legalpublishing.cl/LSJ/extras/200811-1/pdfs/JAD_382.pdf> [consulta: 15-12-16]
- _____ “Lesiones y violencia intrafamiliar”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°2, 2008
- _____ “Expectativa de Conducta y actuación en Lugar de Otro.” Revista de Ciencias Penales, N°1, Volumen XLII, 2015

- VIDELA, Lino. “Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos y fraude al fisco”, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°22, 2009
- VILLEGAS, Elky. “*Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales.*” 2010 [En línea] <https://works.bepress.com/elky_villegas/1/> [consulta: 13-12-16].
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Trad. FONTÁN, Carlos. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma, 1956